

# REVISTA DO ADVOGADO

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO Nº 42 ABRIL/94



## CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL

# "AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL"

CELSO BASTOS

*Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Estadual Paulista.*

Sabe-se que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter **absoluto**. Veja-se, por exemplo, o direito à propriedade: a concepção individualista deste direito foi abandonada em razão da função social que devem cumprir os bens para realização do bem comum. O direito à propriedade permanece, mas as restrições se estabelecem para um melhor condicionamento do exercício deste direito dentro da convivência social.

Da mesma forma, o **direito à prova**, derivado da **ampla defesa**, não significa que o interessado possa valer-se a qualquer momento de qualquer prova, mas, apenas, que pode utilizar-se daquelas provas aptas a evidenciar os fatos cruciais a serem apreciados, ou seja, daquelas que podem influenciar no julgamento; o que contribui também para a celeridade da prestação jurisdicional, elemento essencial para a efetividade da Justiça.

Tal concepção limitada do direito à prova reforça-se quando lembramos que a garantia da **ampla defesa** não pode se desvincular do **princípio do contraditório**. Ou seja, cabe ao Estado zelar pela "paridade de armas" entre os sujeitos do processo, dando-lhes as mesmas possibilidades de pleitear a produção de provas. Atitude esta que só pode se efetivar pela delimitação da possibilidade da produção de provas ao campo do lícito e do legítimo.

Antes da Constituição de 1988 a legislação processual já previa diversas hipóteses de inadmissibilidade de provas, não apenas restringindo-as ao campo do lícito e do legítimo, mas também ao da praticidade, como ocorria com a proibição da prova exclusivamente testemunhal para comprovar a existência de contrato com valor superior a dez salários mínimos (artigo 401 do CPC).

Ademais, o Código de Processo Civil no artigo 332 admitia apenas as provas obtidas por meios legais e legítimos. Disposição que sempre se aplicou ao processo penal pelo que dispõe o artigo 3º do Código Processual Penal.

Por sua vez, o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21.10.69) também permitia a produção de qualquer espécie de prova, desde que esta não atentasse contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares (artigo 285).

Esclareça-se que existem duas modalidades pelas quais uma prova pode ser ilícita. A primeira refere-se à forma de geração da prova, isto é, a ilicitude resultaria do não cumprimento dos **dispositivos processuais** previstos para a produção de determinada prova, ou então da adoção de meios não autorizados pela lei processual, o que de certa forma é a mesma coisa.

Todavia, há outra modalidade

pela qual a prova pode ser ilícita: quando, nada obstante adotarem-se procedimentos aceitos pelo direito, do ponto de vista adjetivo ou processual, atenta-se contra um direito individual. Como exemplo podemos citar a gravação de conversas telefônicas. Embora o procedimento consistente na utilização de um gravador possa ser aceitável, há uma interceptação telefônica, o que lesa o sigilo das comunicações telefônicas, assegurado pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A distinção ora feita é aceita pela doutrina, embora os autores se percam na tentativa de uniformizar uma terminologia.

Segundo alguns doutrinadores, quando a proibição é colocada por uma lei processual, a prova seria ilegitimamente produzida e quando a proibição é de natureza material, a prova seria ilicitamente obtida.

Feita esta distinção, a pergunta que se coloca é a de se saber a qual destas ilicitudes (material ou processual) se refere o Texto Constitucional. Levando em conta a regra de hermenêutica, segundo a qual a Constituição deve ser interpretada de acordo com o sentido mais comum das palavras, e uma outra, comum a todo o direito, que diz que onde a norma não discrimina não cabe ao intérprete fazê-lo, é de rigor concluir-se que os meios ilícitos a que alude a Constituição abarcam tanto os que ofendem a lei processual como a material. Na verdade, vê-se que a expressão escolhida

pelo constituinte é suficientemente ampla para colher quaisquer formas de ilegalidade.

Apesar de já ser do conhecimento de todos estas limitações ao direito de prova, sempre houve certa imprecisão na discussão doutrinária, pois sempre se admitiu que somente há limitação de um direito fundamental se esta advém de uma previsão geral de índole constitucional.

Desta forma, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição não apenas ratifica uma tradição legislativa brasileira - segundo a qual cabe ao direito repugnar a ilicitude dos atos, não importando ao que eles se refiram -, mas soluciona definitivamente o impasse doutrinário apontado, pois, a limitação ao direito de prova advém da própria Constituição de 1988.

Outro enfoque passível de análise no presente tema é o de que as chamadas provas ilícitas suscitam uma questão muito relevante para o Direito Constitucional, que é a da harmonização ou compatibilização no exercício dos direitos individuais.

Tal fenômeno ocorre porque os direitos individuais não são linhas que apontam para um mesmo ponto de convergência sem se tocarem. Pelo contrário, são setas voltadas para determinados valores que, embora distanciadas num primeiro momento, a medida em que são percorridas com maior insistência, aproximam-se de outros direitos, podendo chegar, inclusive, a colidir com os mesmos, gerando, desta forma, um autêntico conflito, cuja harmonização se impõe.

Fala-se numa otimização dos direitos individuais, o que consiste no encontro do ponto em que há o maior exercício possível de um dos direitos com o menor sacrifício daquele com o qual entra em choque.

O direito à ampla defesa, que se volta à proporcionar ao acusado toda possibilidade de provar a sua inocência, analisado isoladamente, independe de reflexão sobre os meios pelos quais as provas são obtidas. Seria como que se ignorasse a possível ilicitude dos meios - pelo que o responsável deveria certamente responder civil, penal, ou administrativamente, conforme o caso - em proveito da verdade que as provas encerram, pois o fato de poderem ser ilícitas não significa que não contenham a verdade. Ou seja, em princípio, o saber-se como uma prova foi obtida não deveria ter relevância. Já tendo o ilícito sido praticado, nenhum mal haveria em se utilizar o seu subproduto útil, que seria fazê-lo valer como meio probatório.

No entanto, nosso ordenamento não admite tal interpretação isolada, pois o direito não pode ser compartimentado e dividido em blocos estanques. É próprio do nosso sistema o preocupar-se com qualquer direito que resulte lesado, não sendo característico da nossa ordem jurídica prestar valia a atos praticados contra a mesma, pois tal atitude traduzir-se-ia em um estímulo velado à prática de atos desta espécie.

Neste ponto reside outra razão porque as provas ilícitas não podem ser admitidas. Não é apenas porque tenham sido consumadas com infringência de um direito, mas porque, na medida em que estas fossem admitidas, o direito estaria adotando uma postura contraditória a seus próprios princípios. Estaria, ao mesmo tempo, protegendo os direitos individuais e estimulando a sua violação pelo eventual reconhecimento de efeitos jurídicos para provas ilícitas. Seria um estímulo para que se praticasse uma violência contra um direito assegura-

do pela Constituição ou pelas leis.

Ressalte-se, ainda, que o propósito constitucional é o de prestigiar e defender os direitos fundamentais, assim é preciso reconhecer que o comando contido no inciso LVI do artigo 5º deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado.

Imagine-se a hipótese em que uma correspondência furtada possa servir de prova absolutória. Sua não-utilização poderia levar alguém a responder por anos de cadeia, nada obstante o fato de estar-se diante de um elemento material absolutamente controlador da inocência do acusado.

Não se pode esquecer que aqui também há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca a importância e relevância para o da própria vida. É por isso que, sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que, em algumas ocasiões, são aceitas em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça, para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa.

Destarte, com as regras apontadas abrem-se as portas a uma interpretação ponderada e equilibrada do Texto Constitucional, permitindo que se dê eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas, sem, contudo, extremar este princípio a ponto de se impedir a eficácia de outros direitos constitucionais também fartamente protegidos, como o da liberdade e o da vida.