

A PROVA ILÍCITA E A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

GUSTAVO JAQUES*

SUMÁRIO: Introdução; I Liberdades públicas; Direito de ação e produção probatória; II Vedação da ilicitude. Cláusula pétrea e visão crítica; III Exceção constitucional. Interpretação restrita. Uso indevido no Processo Civil ou do Trabalho. Prova emprestada. Coisa julgada; IV Conflito de interesses e aplicação da proporcionalidade motivada; V Teorias doutrinárias: admissibilidade e inadmissibilidade. Ilicitude por derivação; VI Interpretação jurisprudencial; Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Os estudiosos do direito têm se deparado com uma questão de extraordinária importância para o nosso sistema constitucional-processual: a admissão, ou não, das provas ilícitas. Para a abordagem deste tema, há posicionamentos divergentes, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Assim, longe de uma pacificação sobre o tópico, há a necessidade de uma reflexão sob a ótica constitucional, a fim de se alcançar a solução da quase totalidade dos casos submetidos a exame. Para as exceções, caberá a aplicação da proporcionalidade, com motivação.

O estudo traz em seu bojo a vedação constitucional das provas ilícitas, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988. Neste dispositivo pulula a ideia de preservação das liberdades públicas (direitos, garantias e liberdades fundamentais – por exemplo – intimidade, em sentido amplo), noções estas entrelaçadas à dignidade da pessoa humana – valor fundamental do Estado Democrático de Direito – art. 1º, III, da CF.

No entanto, não há direitos absolutos. Neste aspecto, quando em conflito interesses resguardados na Constituição, caberá o uso da proporcionalidade, de forma excepcional, no intuito de preservação do interesse de maior valor. A proporcionalidade é um critério buscado, por muitos autores, no direito estrangeiro. Entretanto, tal aplicação é também critério de justiça e de auxílio na hierarquização de valores, já presente no direito brasileiro, valendo, apenas, a referência à experiência do direito alienígena, cômicos das peculiaridades próprias de cada sistema. O estudo do tema parte dessas propostas reflexivas.

* Juiz do Trabalho/TRT4. Mestre em Direito. Especialista em Processo Civil. Professor na Pós-graduação (UNISINOS, UNIRITTER e FEMARGS). Ex-Procurador do Estado/RS e Juiz do Trabalho/TRT23.

I LIBERDADES PÚBLICAS – DIREITO DE AÇÃO E PRODUÇÃO PROBATÓRIA

No meio social, especialmente, há o confronto¹ de dois interesses de importância substancial para os indivíduos. Por um lado, o interesse público na repressão ao aumento da criminalidade, com a admissão de qualquer meio de prova. Sob outro prisma, as liberdades dos indivíduos, conquistadas na atual Carta Política (art. 5º, X), com a restrição a determinados meios de prova. As liberdades são ilimitadas? A resposta é negativa. As liberdades públicas sofrem restrições². Os indivíduos estão inseridos na sociedade, fato que guia à convivência recíproca de interesses, por vezes, conflitantes. A solução para este conflito advém da harmonização dos direitos fundamentais em colisão, já que a absolutização de qualquer direito conduziria à observância irrestrita pelos demais indivíduos, de forma a tornar incoerente o ordenamento jurídico quando em choque dois direitos ditos intocáveis.

A partir dessas reflexões, emerge a discussão sobre o alcance do direito de ação. O autor (e também o réu) tem ampla liberdade na produção das provas dos fatos trazidos ao julgador, ou há limites à busca desenfreada pela verdade, em prol da ética e de outros direitos básicos? O sistema constitucional preconiza a harmonização destes dois direitos fundamentais (direito de ação e direito à privacidade).

A Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXXV o direito de ação, já que nenhuma lesão ou a ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Qual a interpretação a ser adotada: este direito de ação é meramente formal, ou seja, traduz-se no mero ajuizamento da ação, ou é substancial, com a efetiva prestação jurisdicional. A melhor interpretação (e não a única resposta correta) é a orientada para a efetiva apreciação jurisdicional.

Com isso, não basta propiciar ao jurisdicionado o ajuizamento da ação, mas, também, a possibilidade de defender o direito invocado. Daí advém a produção probatória – o direito das partes de convencerem o julgador sobre os fatos trazidos ao processo. Dessa forma, o direito de ação somente se efetiva com a oportunidade de produção probatória, associada, é claro, à análise judicial do produto obtido, oriunda do direito das partes de influenciar a construção do convencimento do julgador.

É norte do direito a busca pelos fatos históricos que sustentam a pretensão deduzida em Juízo, independentemente do tipo de processo (penal, civil ou trabalhista). Não é convincente o argumento de que o processo civil se

¹ O confronto, inicialmente mais vinculado à esfera penal, atualmente, ampliou-se quanto aos interesses em conflito, nas esferas civil e trabalhista. Todavia, dada as circunstâncias, às vezes, somente se alcança a verdade possível, já que a justiça perfeita é um ideal. A opção constitucional é, como regra, pela preservação das liberdades públicas.

² Na mesma linha, sob a ótica da solidariedade social, merece reprodução o esclarecimento de Maria Celina Bodin de Moraes (Danos à pessoa humana. RJ: Renovar, 2003, p. 108): "Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, (...), já que não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* (...)"

satisfaz com a verdade formal³. A verdade é uma só⁴. Mas a retratação dos acontecimentos é relativa, porquanto, às vezes, pode não corresponder aos fatos históricos. Conexo a este aspecto, John Rawls, filósofo atual, aborda a questão da justiça. A nossa justiça é uma justiça procedimental e, por vezes, imperfeita. A verdade judicial pode não corresponder à verdade histórica⁵.

³ Não se deve confundir a busca da verdade, com a possibilidade conferida, com maior amplitude, ao juiz criminal de determinar a produção de provas (por exemplo, a interceptação das comunicações telefônicas pode ser determinada pelo juiz, de ofício – art. 3º., Lei 9.296/96). A busca da verdade não difere conforme o tipo de processo. Aliás, o art. 5º., LVI, da CF menciona a expressão “processo”, sem fazer qualquer distinção entre processo civil, do trabalho ou penal.

⁴ Até mesmo esta frase, reiteradamente dita por muitos autores, é relativa. A verdade varia no tempo e no espaço. Ainda, a verdade pode não ser bem compreendida, na falta de um percepção adequada dos fatos. Assim, uma testemunha pode confundir uma pessoa, e ter certeza de que está falando ‘a verdade’. Bastante esclarecedor o comentário do mestre Moacyr Amaral Santos (Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Saraiva, 1983, volume 1, p. 2): “exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade ‘terra plana, de ontem’ transformou-se na verdade ‘terra redonda, de hoje’; a verdade ‘a pena é uma vingança’ se traduz na verdade ‘a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados”.

⁵ A citação, embora extensa, é essencial para compreensão do fenômeno processual. Diz o pensador: *a idéia intuitiva é conceber o sistema social de modo que o resultado seja justo qualquer que seja ele, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites. A noção da justiça procedimental pura é melhor entendida através de uma comparação entre justiça procedimental perfeita e justiça procedimental imperfeita. Para ilustrar a primeira, considere-se o caso mais simples de divisão justa. Um certo número de homens deve dividir um bolo: supondo que a divisão justa seja uma divisão equitativa, qual será o procedimento, se é que existe um, que trará esse resultado? Questões técnicas à parte, a solução óbvia é fazer com que um homem divida o bolo e receba o último pedaço, sendo aos outros permitido que peguem os seus pedaços antes dele. Ele dividirá o bolo em partes iguais, já que desse modo pode assegurar para si próprio a maior parte possível. Esse exemplo ilustra os dois traços característicos da justiça procedimental perfeita. Primeiro, há um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes de o processo acontecer. E, segundo, é possível criar um procedimento que com certeza trará o resultado desejado. Naturalmente, há aqui certas suposições, como a de que o homem escolhido é capaz de dividir o bolo em partes iguais, quer a parte maior possível, e assim por diante. Mas podemos ignorar esses detalhes. O essencial é que haja um padrão independente para decidir qual resultado é justo e um procedimento que com certeza conduzirá a ele. É evidente que a justiça procedimental perfeita é rara, para que não se diga impossível, em casos de interesses muito mais concretos. A justiça procedimental imperfeita é exemplificada pelo processo criminal. O resultado desejado é que o réu seja declarado culpado se, e somente se, ele cometeu o crime de que é acusado. O procedimento do julgamento está estruturado para buscar e estabelecer a verdade em relação a isso. Mas parece impossível determinar as regras legais de modo que elas sempre conduzam ao resultado correto. A doutrina do processo examina quais procedimentos e critérios de provas, entre outros elementos semelhantes, são os mais indicados para alcançar esse propósito de uma forma coerente com as outras finalidades da lei. Podemos esperar que ordenações diferentes para depoimentos perante o tribunal produzam os resultados certos em diferentes circunstâncias, não sempre, mas pelo menos na maior parte do tempo. Um julgamento é, portanto, um exemplo de justiça procedimental imperfeita. Mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida, e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se chegar ao resultado errado. Um homem inocente pode ser considerado culpado, um homem culpado pode ser libertado. Nesses casos falamos de um erro judiciário: a injustiça não nasce da falha humana, mas de uma combinação fortuita de circunstâncias que frustra a finalidade das normas legais. A marca característica da justiça procedimental imperfeita é que, embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele (Uma Teoria da Justiça, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 91-92)*

Assim, a produção probatória pode não confirmar o que aconteceu, efetivamente, no plano dos fatos. O essencial é que haja um critério que auxilie na busca da melhor prestação judicial possível (verdade possível – processual), porém dentro de limites. A existência de limitação decorre da conjugação dos esteios constitucionais previstos no art. 5º, XXXV e LVI, da Constituição Federal, e, também, do intuito de humanização do processo, a fim deste não servir como instrumento de uma disputa sem regras. Dessa harmonização, resulta que o direito de ação, no que diz respeito à produção probatória, deve ser exercido dentro da licitude. Logo, o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando limites⁶.

II VEDAÇÃO DA ILICITUDE – CLÁUSULA PÉTREA E VISÃO CRÍTICA

O art. 5º, LVI, da CF/88 dispõe que **são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**. Por vedação constitucional, não se pode juntar, no processo, prova advinda de meio ilícito. A Carta Política é taxativa. Se o meio empregado é ilícito, a prova se contamina e, por corolário, vicia o processo, quando este se sustenta apenas naquela demonstração trazida aos autos. O inciso em comento é exemplificado, na preservação da intimidade⁷, pelo inciso XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. A respeito da ilicitude, não fica esta configurada quando a pessoa contra quem foi produzida a prova não se opõe⁸, desde que esteja em condições de consentir, ainda que tacitamente. A prova unilateral, com ciência apenas do interessado, não foi recepcionada no nosso sistema constitucional. É ilícita, como regra. Excepcionalmente, quando em conflito interesses ponderáveis, caberá a aplicação da proporcionalidade.

Não se admite a prova advinda de violação de correspondência, de comunicação telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, neste último caso, por expressa exceção da própria Constituição.

As referidas disposições constitucionais são cláusulas pétreas, por força do art. 60, § 4º, IV (direitos e garantias individuais). Além da garantia da privacidade, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo é uma das vias de preservação da fundamental igualdade dos indivíduos (art. 5º, *caput*, da CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna). Assim, pode-se até mesmo tecer comentário crítico ao texto constitucional, no sentido de que podem ocorrer injustiças, mas não há como, na prática, buscar

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Provas Ilícitas na Constituição*. In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v. 3, p. 18.

⁷ Em sentido amplo, porquanto há distinção entre esfera privada e esfera íntima. Nesta, estabelece-se o contexto íntimo do indivíduo, ainda que conectado a algumas pessoas, de especial confiança. Na esfera privada, o contexto envolve um determinado grupo de pessoas, ou seja, o círculo social do indivíduo.

⁸ Nesse sentido, aplicável o disposto no art. 383 do CPC (1973). Em sentido contrário, há argumento pela apreciação da licitude da prova como matéria de ordem pública.

superar a vontade do constituinte e, por consequência, do povo (art. 1º, § único, da CF/88). Mudanças desta envergadura devem decorrer de revolução ou nova assembleia constituinte, se for o caso.

Partindo da premissa da inadmissibilidade da prova ilícita como cláusula pétreia, fica clara a resolução da quase totalidade dos casos submetidos a exame. Não se admitirá qualquer prova contaminada pelo meio ilícito empregado. No entanto, quando presentes outros interesses em discussão, também resguardados como cláusulas pétreas, cabível a harmonização, conforme a prevalência no caso concreto. É o uso da ponderação mediante aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma excepcional.

III EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL – INTERPRETAÇÃO RESTRITA – USO INDEVIDO NO PROCESSO CIVIL OU DO TRABALHO – PROVA EMPRESTADA – COISA JULGADA

Reforça a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a regra da inviolabilidade das comunicações telefônicas. A exceção, prevista no art. 5º, XII, da CF, é a utilização, nos limites da lei, quando autorizada judicialmente, e desde que relacionada à investigação criminal ou instrução processual penal (a Lei 9.296/96 regula a matéria).

No conflito de interesses em discussão, desde que com autorização judicial, o constituinte entendeu prevalente a persecução penal em detrimento da preservação da intimidade das comunicações telefônicas. A exceção prevista no próprio texto constitucional merece ser tratada como tal, ou seja, admitida de forma restrita.

O juiz com atribuições na esfera civil ou trabalhista não pode autorizar a violação da garantia fundamental. Além disso, não é válido transportar comunicações telefônicas, autorizadas restritivamente no juízo criminal, para o processo civil ou para o processo do trabalho. A **prova emprestada** não deve ser admitida neste caso⁹.

Não é admitida, também, a **execução da sentença penal no processo civil**, quando a prova for embasada, exclusivamente, na excepcional autorização judicial, porquanto os fins são diversos. No processo civil, o bem tutelado é patrimonial, cedendo espaço para a preservação da intimidade. Embora respeitável, não é convincente o argumento de que já houve violação da intimidade, quando da utilização da prova no processo penal. Não houve

⁹ Dessa forma, João Carlos Pestana de Aguiar Silva afirma (As Provas no Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19-20): “Há doutrina e jurisprudência minoritárias defendidas por respeitáveis vozes, que consideram válida para a área cível a prova colhida através da Lei 9.296 de 24.07.1996, pois depurada de qualquer vício que a possa macular. Daí valer como prova emprestada nas lides cíveis. Conduzidas às últimas conseqüências, teremos um absoluto contorno à legalidade, pela violação à ordem constitucional ditadas por normas fundamentais. Bastaria o pedido, dirigido ao juiz criminal, de gravação de conversa telefônica para fins de *investigação criminal e em instrução processual* por indícios de existência de delito penal e, em quase tudo, ser colhido tal meio de prova realmente destinado ao processo civil. Mas não foi esse o intuito normativo da Lei 9.296/96 (vide arts. 1º e 2º)”.

violação (há segredo de justiça – art. 1º da Lei 9.296/96), mas harmonização com outro interesse em discussão. Se usado no processo civil, sem dúvida haveria a violação. Ademais, não cabe alegação de coisa julgada, no intuito de usar a sentença penal para executar como título executivo no cível. Neste caso, o instituto da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF) deve ser conjugado com os demais dispositivos constitucionais (art. 5º, XII e LV, CF). A preservação da intimidade prepondera na harmonização do conflito, **como regra**.

Dessa forma, o constituinte restringiu a hipótese, expressa, ao disposto no art. 5º, XII, da CF. Todavia, não se trata de absolutizar uma determinada cláusula pétrea, até porque há outras a serem preservadas. Assim, existem outras hipóteses excepcionais, embora não expressas, que estejam implícitas no sistema constitucional, como forma de resguardo da unidade do ordenamento, como a legítima defesa¹⁰. O descortino da intimidade, em sua força máxima, harmoniza-se com o texto constitucional quando há conflito com outro interesse de maior valor¹¹.

IV CONFLITO DE INTERESSES E A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Pelo exposto, a regra é a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Este é o referencial constitucional, eleito para nosso Estado Democrático de Direito. Para afastá-lo é necessário que o próprio sistema constitucional assim o admita. Na ocorrência de conflitos de interesses em debate, e não podendo a prova ser produzida por outros meios disponíveis, há a possibilidade de superação deste entrave, a partir de uma interpretação sistemática e unitária do sistema constitucional. Cumpre hierarquizar os interesses discutidos no caso concreto, como forma de se encontrar a melhor interpretação possível, desejo do exegeta, mas, sem dúvida, não a única resposta correta¹². Para auxiliar nesta incumbência, sobrepuja-se a aplicação da proporcionalidade.

O instituto da proporcionalidade (direito alemão), razoabilidade (direito americano) ou proibição de excesso (direito português) foi importado pela doutrina e jurisprudência brasileiras¹³. O critério da proporcionalidade cada vez

¹⁰ Alexandre de Moraes afirma: “Excepcionalmente, porém, serão admitidas provas obtidas pelas vítimas contra seu agressor, que em face de sua anterior conduta criminosa tenha violado a esfera de liberdades públicas daquela, pois presente a legítima defesa, excludente de ilicitude da obtenção da prova” (Provas Ilícitas e Proteção aos Direitos Humanos Fundamentais. In: Boletim IBCCrim. São Paulo: 1998, nº 63, p. 13).

¹¹ Por exemplo, para proteção dos interesses da criança, quando houver disputa pela guarda, admite-se uma gravação de conversa telefônica que demonstre a inadequação de um dos genitores.

¹² Nessa linha, o pensamento de Aulis Aarnio (*Lo Racional como Razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. esp. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

¹³ No direito alemão (“*verhältnismäßigkeitsprinzip*” ou “*verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”). Os alemães usam mais a segunda expressão, embora não haja uma diferença substancial entre as duas expressões. A tradução literal corresponde a princípio da relação sob medida. A ponderação do aspecto relacional/relativo dos direitos fundamentais já está presente na própria

mais ganha relevância no sistema jurídico brasileiro, a partir da minimização do mero positivismo jurídico, sendo, no campo do Direito Administrativo, as primeiras manifestações no intuito de limitar os poderes estatais. O intérprete não deve se embasar apenas nas regras fixadas pelo legislador, mas, também, nos princípios jurídicos expressos ou implícitos. No conflito entre regras, dito antinomia, o sistema jurídico oferece solução com os critérios da cronologia, hierarquia ou especialidade. As regras se excluem. Na colisão de princípios não podemos seguir a mesma orientação, já que estes devem ser harmonizados.

A proporcionalidade é um critério ou princípio implícito no sistema brasileiro¹⁴. O fundamento da proporcionalidade decorre do Estado Democrático de Direito, estatuído pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, caput), em oposição ao período anterior de insegurança jurídica quanto

denominação do princípio. Para aprofundamento da análise da proporcionalidade, ver a obra de LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56-59 e 62-68. Também, o artigo de GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. *Mundo jurídico* (<http://www.mundojuridico.adv.br>), julho/2012. No direito norte-americano há a ideia de razoabilidade. Nesse sentido (embora classifique como a quarta corrente – não há diferença quanto aos argumentos desenvolvidos), Ada Pellegrini Grinover sustenta: “como quarta escola, filiada a esta última e ainda sustentando a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas com certas atenuações, podemos citar a tendência que se delineia na jurisprudência constitucional alemã e que se prende a princípios já expostos pela Corte Suprema norte-americana: trata-se do que se convencionou chamar de critério da proporcionalidade, na Alemanha, ou critério da razoabilidade, nos EUA. Isto significa que certa doutrina reconhece a inconstitucionalidade e conseqüentemente a ineficácia da prova colhida com infração aos direitos fundamentais do homem; ao mesmo tempo, abranda-se a proibição, em casos excepcionalmente graves e quando a prova ilícita for a única a ser produzida, com o objetivo de tutelar outros valores fundamentais” (Provas ilícitas. In: *Jurispenal do STF*, v. 37. São Joaquim da Barra: Legis Summa, 1981, p. 23).

¹⁴ Este estudo não se deteve em determinar se é critério ou princípio, porquanto compreendido que o papel principal é a solução de colisão de princípios. Todavia, para aprofundamento da diferença entre regras e princípios há a doutrina de Alexy (apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 225-226, tradução do autor): “Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização (Optimierungsgebote). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (definitive Gebote). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas subsunção. (.).”

à origem da legislação, que ora derivava do Poder Executivo, ora do Poder Legislativo. Também, a proporcionalidade está ancorada no 5º, LIV, da Constituição ao tratar do devido processo legal, compreendido tanto no aspecto formal, quanto no substancial. Exemplificativamente, o disposto no art. 5º, V, quando prevê o direito de resposta *proporcional* ao agravo sofrido pelo indivíduo. Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana cristaliza-se na aplicação da proporcionalidade.

Na Corte Suprema do Brasil, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *leading case* do acolhimento da aplicação da proporcionalidade foi proferido no julgamento de 01.07.1993, na ADI-MC 855/PR, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 01.10.1993. Na referida decisão, o princípio da proporcionalidade foi alegado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade no sentido de que não haveria como pesar cada botijão entregue ao consumidor no momento da venda, pois não seria razoável e proporcional dotar cada caminhão de aparelhos para tanto, com custos para os destinatários do produto. Por maioria, esse foi um dos argumentos acolhidos pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, embora o Ministro Relator não tenha feito uma análise do princípio da proporcionalidade, mas mera menção.

No âmbito infraconstitucional, o art. 2º da Lei 9.784/99 prevê como princípios a serem obedecidos pela Administração Pública a razoabilidade e a proporcionalidade.¹⁵ A razoabilidade deve ser entendida como a ponderação ou hierarquização dos princípios em jogo. A proporcionalidade, em sentido amplo, envolve a adequação (entre os meios utilizados para alcançar os fins da lei) e a necessidade (indispensabilidade da medida restritiva adotada), além da proporcionalidade em sentido estrito, que se aproxima da razoabilidade.¹⁶

¹⁵ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...), *razoabilidade, proporcionalidade*, (...). Par. ú. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...); VI - *adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*; (...)

¹⁶ Esclarecendo a definição dos subprincípios da proporcionalidade, Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 250-251, grifo do autor) afirma: “O subprincípio da *adequação (Geeignetheit)* exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medidas que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

A proporcionalidade é um conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pelo intérprete, observadas as peculiaridades do caso concreto.¹⁷ No intuito de proceder à escolha da melhor interpretação possível, o intérprete precisará hierarquizar os interesses em litígio. **O ponto chave é a hierarquização.** No entanto, para hierarquizar, há que se atribuir valor aos bens em conflito, com o auxílio da aplicação da proporcionalidade.

O exegeta necessitará, com a indispensável motivação da decisão¹⁸, flexibilizar o mínimo possível os interesses em debate, considerando a essencialidade dos bens em discussão, a fim de manter ao máximo a proteção aos valores e princípios fundamentais do sistema constitucional¹⁹. Assim, a proporcionalidade é a harmonização de valores e princípios fundamentais. Harmonizar envolve transigir e ceder. Não quer dizer eliminar um dos interesses postos na controvérsia – calcados em um valor ou princípio fundamental, mas, sim, conciliar e flexibilizar a aplicação no caso concreto.

Dessa maneira, a proporcionalidade, de forma motivada, e sob o prisma da essencialidade, será o critério auxiliador na hierarquização dos bens discutidos em juízo, quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis (aliás, o art. 2º, II, da Lei 9.296/96 prevê tal necessidade).

V TEORIAS DOUTRINÁRIAS: ADMISSIBILIDADE, INADMISSIBILIDADE E INTERMEDIÁRIA – ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

Há três correntes doutrinárias sobre a utilização, no processo, da prova obtida por meio ilícito. Duas posicionam-se de forma antagônica. A terceira, é a via intermediária. A primeira corrente doutrinária apregoa a inadmissibilidade,

É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que, nem sempre, a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.”

¹⁷ Nesse sentido, Branco afirma que: “O importante é perceber que essa prevalência somente é possível de ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. No máximo, pode-se colher de um precedente uma *regra* de solução de conflitos, que consistirá em afirmar que, diante das mesmas condições de fato, num caso futuro, um direito haverá de prevalecer sobre o outro.” (bid., p. 183, grifo do autor).

¹⁸ Com isso, minimiza-se a crítica, lançada por alguns autores, a respeito da subjetividade do uso da proporcionalidade. Primeiro, entendemos que não há subjetividade em sentido amplo, porquanto o julgador procederá à hierarquização de valores, de forma motivada, a partir da estrutura básica do nosso Estado Democrático de Direito. Em sentido estrito, dado que o julgador é um ser humano e convive no meio social, não há como se negar certa subjetividade à decisão judicial, sob pena de se automatizar a prestação jurisdicional, isto é, transmutar-mos a figura do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88) para um juiz robótico. Aliás, no ordenamento jurídico, há vários conceitos jurídicos indeterminados, deixados à apreciação judicial (por exemplo, o conceito de relação de trabalho e o conceito de interesse público). O fundamental é a coerente e razoável motivação.

¹⁹ Nesse sentido, Freitas (obra citada, p. 194): “(..). Proporcionalidade significa, sobretudo, *sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais*. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora para o preceito, vendo-o como algo mais do que a simples vedação de excessos”.

de forma radical, da prova obtida por meio ilícito. A segunda, ao contrário, admite, de forma livre, a apreciação de tal prova no processo.

Os defensores da inadmissibilidade sustentam que o ordenamento jurídico deve ser visto de forma unitária, e não apenas sob a ótica do direito processual. A unidade do ordenamento encontra base no devido processo legal, no contraditório e na proibição contida no art. 5º, LVI, da CF. Deste modo, a ilicitude no âmbito material, derivada da violação de direitos fundamentais dos indivíduos, afeta²⁰ o processo. O outro argumento é de ordem administrativa e mais relacionado à esfera penal. Se não houvesse freios para se obter provas, o Estado, por intermédio de seus agentes, usaria todos os meios de coação para obter confissões dos acusados.

Os autores que sustentam a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito partem da distinção entre prova ilícita e prova ilegítima²¹. A prova ilícita, concernente ao direito material, pode ser admitida no processo, desde que apresentada no momento oportuno e com a garantia do contraditório. Responsabiliza-se o agente, mas se aproveita a prova, fazendo eco ao princípio latino “male captum, bene retentum”²². Apenas se a prova for também ilegítima, ou seja, não for válida processualmente, é que não se admite a apreciação judicial.

Quanto à aplicação da proporcionalidade, a regra é a não admissão de provas ilícitas. Todavia, está presente a ideia de que não há direitos absolutos²³. No caso concreto, havendo conflito de interesses de relevo constitucional, sob o prisma dos valores e princípios fundamentais, é possível ceder à aplicação

²⁰ Este entendimento tem relação com a ideia de contaminação trazida pela doutrina dos frutos da árvore envenenada, importação da jurisprudência norte-americana: “fruits of the poisoned tree”.

²¹ Ambas são provas proscritas pelo ordenamento jurídico. No entanto, há diferenças. A prova ilegítima encontra óbice no próprio sistema processual, e há pacificação sobre a rejeição. No que se refere à prova ilícita há dissenso doutrinário e jurisprudencial quanto à inadmissibilidade. A prova ilícita é aquela produzida com afronta às garantias fundamentais previstas no direito material (exemplos: violação da comunicação telefônica, confissão sob constrangimento e furto de documentos), estando, desta forma, conectada ao momento de formação da prova. A prova ilegítima ocorre quando há afronta ao direito processual, ou seja, a produção da prova se dá em desalinho com o procedimento estabelecido (exemplos: oitiva de testemunha suspeita; juntar a prova após o momento probatório ou com prejuízo do contraditório), estando, assim, relacionada ao ingresso da prova no processo. O sentido da expressão direito material ou processual alberga tanto as regras, quanto os princípios.

²² O momento da colheita da prova diz respeito ao direito material e o momento de sua produção em juízo concerne ao direito processual. Daí porque se conclui que a prova ilícita, que não seja também ilegítima, há de ser admitida no processo, devendo apenas punir-se, pelo ato cometido, o seu responsável. Essa teoria foi muito bem condensada por Franco Cordero, processualista penal de Turim, que utiliza expressão bastante significativa para tal prova: *male captum, bene retentum*, o que foi mal colhida (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Também se filiam a essa corrente autores como Carnelutti, na Itália, e Rosenberg, na Alemanha (Ada Pellegrini Grinover, Provas Ilícitas. In: Jurispenal do STF, v. 37. São Joaquim da Barra: Legis Summa, 1981, p. 22).

²³ A vida (bem maior do ser humano) pode ser sacrificada, por exemplo: 1) pena de morte (art. 5º, XLVII, CF/88); 2) aborto decorrente de estupro e, também, de feto anencéfalo (ADPF 54).

da proporcionalidade para solução da controvérsia, especialmente quando não houver outro meio de prova. A tese defendida por esta doutrina assemelha-se ao sustentado neste texto. Neste estudo, defende-se a utilização da proporcionalidade com maior restrição para admissão da prova obtida por meio ilícito, porquanto a aplicação se dará, apenas, quando em debate valores ou princípios fundamentais, prevalecendo, como critério de desempate, a inadmissibilidade. Se não houver tal conflito, nem se menciona a proporcionalidade: não se aceita a prova. Aliás, a utilização deste critério também é respaldada pelo princípio da segurança jurídica, já que o uso desmedido da proporcionalidade inviabilizaria a unidade e sistematização constitucional.

Questão debatida na doutrina e na jurisprudência é a **prova ilícita por derivação**. A discussão no Brasil advém do estudo comparado da jurisprudência norte-americana da teoria dos *fruits of the poisoned tree* (teoria dos frutos da árvore envenenada)²⁴. Esta teoria tem relação com a inadmissibilidade da prova ilícita. Se uma determinada prova está viciada na origem, porquanto obtida a partir de uma prova ilícita, não há como ser transmitida de forma imune. O vício se comunica da árvore para os frutos. Não há como ser ministrada uma “pílula” para limpar a contaminação. A planta envenenada (prova ilícita originária) produz frutos venenosos (provas posteriores dependentes). O constituinte não estabeleceu um antídoto para provas obtidas por meio ilícito.

Dessa maneira, a regra é a não admissão das provas derivadas. Todavia, a contaminação não atinge todo processo, mas, sim, as provas derivadas da prévia ilicitude, cuja influência desta seja determinante. Ainda, as provas autônomas, e não decorrentes da ilicitude, devem ser aproveitadas no processo. Além disso, aplicável a proporcionalidade, havendo conflitos de interesses de substancial relevo constitucional. Dessa forma, excepcionalmente, são admitidas as provas derivadas (nos casos de aplicação da proporcionalidade); regularmente, válidas as provas assimiladas (provas autônomas e/ou não decorrentes, exclusivamente, das provas ilícitas).

Há, também, o chamado “prestígio da prova ilícita”, sentido de o julgador se influenciar pela prova ilícita. Após a juntada aos autos, com tramitação do feito regular, o juiz pode acabar conferindo prestígio, no foro íntimo, à prova anexada. Dessa maneira, cabíveis duas medidas (respectivamente, prévia e posterior): 1) não admitir a juntada da prova ilícita (de imediato, apreciar a admissibilidade); 2) se juntada aos autos a prova, e por apreciação posterior excluída, o juiz deve se considerar suspeito para o julgamento da causa.

VI INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Merece exame o entendimento do Supremo Tribunal Federal (os acórdãos, na maioria, enfocam o aspecto penal) e do Tribunal Superior do Trabalho, levando em conta os principais julgados sobre o tema.

²⁴ A este respeito, ver o estudo de KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano XXIII, nº 66, p. 61-84, mar. 1996.

1) Antes da vigência da Lei 9.296/96.

O STF entendia que não poderia o juiz criminal autorizar a produção da prova, porquanto não regulamentado o art. 5º, XII, da CF²⁵. O julgador não poderia se afigurar como legislador para enumerar as hipóteses em que caberia a autorização judicial. Com a edição da Lei 9.296/96, perdeu objeto a discussão. No entanto, o argumento permanece no âmbito cível e trabalhista, motivo pelo qual reforça o posicionamento pela inadmissibilidade da prova ilícita nestas searas, apenas, excetuado o conflito de interesses de relevo, com aplicação da proporcionalidade.

2) Apreensão de documentos sem autorização judicial²⁶.

O STF não admite a apreensão de documentos sem autorização judicial. Entende que o conceito de “casa” é amplo, de modo a albergar os espaços privados não abertos ao público, como o local de atividade profissional. Por consequência, a prova obtida, sem autorização judicial, não poderá ser usada, já que ilícita. Entretanto, se não houver oposição do proprietário, não se configura a ilicitude.

3) Illicitude por derivação.

O STF inclina-se por não admitir provas que derivem, direta ou indiretamente, da prova ilícita produzida²⁷. A divergência ocorre no caso concreto, porquanto

²⁵ HC 73351/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 09.05.1996, 1ª Turma. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art.5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. (...).

²⁶ HC 82788/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 12.04.2005, 2ª Turma. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação de direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”.

²⁷ HC 80949/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, 1ª Turma. EMENTA: I. (...)5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe,

subjetiva a análise da vinculação, ou não, da prova ilícita com as demais provas produzidas.

4) Gravação feita por um dos interlocutores.

O STF admite a gravação feita por um dos interlocutores. Entende que não há ilicitude na gravação, especialmente se objetiva a servir como prova negativa ou exercício de legítima defesa²⁸. No entanto, já houve decisão pela inadmissão²⁹.

5) Direito ao silêncio.

O STF entende que não se pode coagir o indiciado a confessar, porquanto há o direito ao silêncio, conforme o art. 5º, LXIII, da CF. No entanto, se o indiciado delatar, via gravação, terceiros, a prova não se considera ilícita, já que não se enquadra no resguardo constitucional mencionado³⁰.

Pelo demonstrado através desses exemplos, advindos na quase totalidade da seara penal, o posicionamento do STF é de respeito à garantia estatuída no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Embora não se aceite, pacificamente,

no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incidível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. (...).

²⁸ Exemplos: 1) HC 74678/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 10.06.1997, 1ª Turma. Observação: a situação envolvia um agente fiscal que extorquia uma empresa. O empresário gravou. 2) AI-Agr 503617/PR, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 1º.02.2005, 2ª Turma. Unânime. A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II/V. (...). 3) AI 578858 Agr/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe nº 162 de de 28.08.2009, pp. 150-151. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. (grifado)

²⁹ Caso Collor. AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994, Tribunal Pleno. (...). 1.1 Inadmissibilidade como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

³⁰ HC 69818/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 03.11.1992, 1ª Turma. Ementa: I – Prova obtida por meios ilícitos: invocação do artigo 5º, LVI, da Constituição: Improcedência. Precedentes inaplicáveis. 1. À espécie – gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam – não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas – base dos precedentes recordados – mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, LXIII), corolário do princípio “nemo tenetur se detegere”, o qual entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; acresce que, no caso, à luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica. II – (...).

a aplicação da proporcionalidade, visualizamos a sua aplicação em algumas decisões. Aliás, nos julgados em que foi rechaçada a proporcionalidade, houve ponderação de valores (por exemplo, perseguição criminal contraposta à violação do domicílio). Ora, o posicionamento da Suprema Corte não afasta a aplicação da proporcionalidade, desde que presente a existência de um valor fundamental (exemplos: direito ao silêncio; direito à legítima defesa).

Quando há ponderação de valores, há aplicação da proporcionalidade, que, conforme já demonstrados, está implícita no sistema constitucional brasileiro. Dessa forma, o nosso sistema, implicitamente, deixa uma fenda para o intérprete harmonizar interesses em conflito, isto é, usar da proporcionalidade no caso concreto, até porque não há direitos absolutos. Além disso, o STF reconhece a contaminação das provas derivadas da prova ilícita. A questão é saber se há dependência ou vinculação entre as provas posteriores e a prova ilícita. Outra questão é a gravação ambiental, admitida pelo Supremo. Neste aspecto, embora o entendimento dominante, a questão merece maior reflexão, porquanto não houve autorização de um dos interlocutores, salvo se em conflito interesses de relevo, caso em que cabível a hierarquização dos valores (exemplo: intimidade do acusado em conflito com legítima defesa da vítima).

Passa-se ao exame de decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

1) TST rejeita gravação telefônica como meio de prova de dano moral (RR 761175/2001, DJ 26.03.2004, 4ª Turma)³¹. No caso, o empregador prestou informações sobre a conduta de um ex-empregado a uma suposta agência de empregos. O ex-empregado (balconista de uma farmácia) gravou a conversa. Com base na gravação postulou indenização por danos morais. A 4ª Turma do TST, acolhendo o voto do Relator, Ministro Milton de Moura, entendeu que a gravação de conversa telefônica entre o ex-patrão e um terceiro, interceptada pelo balconista, é prova ilícita para comprovação de suposto dano moral. Destacou o Ministro Relator: “sendo evidente que a hipótese não é de interceptação de ligação telefônica por ordem judicial para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, correto acórdão regional ao concluir pela ilicitude da prova produzida pelo trabalhador”.

Não foi admitida a chamada escuta telefônica (feita por terceiro, mas com ciência de um dos interlocutores), embora nominada na decisão como

³¹ GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. INTERCEPÇÃO DA CONVERSA POR TERCEIRO. PROVA ILÍCITA. ARTIGO 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. É prova ilícita, nos termos do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, a gravação de conversa telefônica entre o reclamado e terceiro, interceptada pelo reclamante sem o conhecimento de ambos os interlocutores, para fim de comprovação de suposto dano moral. A jurisprudência, tanto do excelso STF, quanto a do colendo STJ, pacificou-se no sentido de que é lícita a gravação de conversa telefônica somente quando feita por um dos interlocutores, mesmo que sem o conhecimento do outro, mas não se pode admitir que uma exceção ao princípio da inviolabilidade das comunicações telefônicas venha a ser interpretada extensivamente, sob pena de afronta à hermenêutica jurídica e à mens legis da Constituição Federal de 1988.

interceptação telefônica (gravação feita por um terceiro sem ciência dos interlocutores). Esta somente se admite via autorização judicial, e na hipótese restrita do art. 5º, XII, da CF. Aliás, embora a distinção doutrinária entre escuta e interceptação, o posicionamento pela inadmissibilidade se mantém, inclusive, no STF. A diferença se dá na gravação clandestina, que, muitos julgados, admitem³².

Como regra, não se admite nenhuma das formas de gravação mencionadas, incluindo-se, a chamada gravação clandestina (feita por um dos interlocutores – telefônica, ambiental, etc.), ante a previsão constitucional proibitiva. Na situação concreta, ponderam-se os interesses em conflito. No caso concreto referido, no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, preponderou a restrição constitucional. Entretanto, as violações da honra e da imagem do trabalhador devem ser melhor sopesadas, dada a hierarquia dos valores em discussão.

2) Conversa obtida por grampo telefônica não permite justa causa (RR 5300/2001-036-12-00.9, 28/10/04, 2ª. Turma). O caso retrata o uso de prova emprestada do juízo criminal para fins de justificar o despedimento de uma empregada. Com a autorização do juízo criminal, foram realizadas escutas telefônicas, com ciência do empregador. Uma empregada, embora não envolvida com os delitos, teria demonstrado solidariedade a um outro empregado. Assim, o empregador entendeu que houve quebra da confiança, embasadora do despedimento por justa causa. O Relator do recurso de revista, juiz convocado Horácio Senna Pires, afirmou: “embora as gravações tenham sido autorizadas judicialmente, a autorização dizia respeito apenas à investigação de crime contra o patrimônio imputado a outras pessoas”.

A decisão proferida foi a melhor possível, dentre as opções no ordenamento jurídico. Se a autorização judicial destina-se, especificamente, para investigação criminal, conforme restrição constitucional, não se admite o uso desta prova em qualquer outro tipo de processo (por exemplo, no processo trabalhista). É a não admissão da prova emprestada.

Diante destes dois exemplos, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho está sensível às garantias constitucionais. No entanto, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atualmente, há certa inclinação

³² Sobre a distinção entre gravação clandestina e interceptação, sintetiza Ricardo Rabonese (Provas obtidas por meios ilícitos. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 46): “a gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, sub-repticiamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais). Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação for realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação *stricto sensu*; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for sem o conhecimento, será considerado como interceptação ambiental”.

para admissão de gravação ambiental, conforme os próximos dois exemplos abaixo transcritos.

3) Turma aceita gravação telefônica como prova em ação contra a Fiat (RR-16400-26.2009.5.13.0022, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 02.09.2011)³³. O empregado não obtinha novo emprego. Considerando que havia trabalhado durante 14 anos na função de gerente de assistência técnica, buscou verificar a razão da dificuldade de nova contratação, após ser desligado da empresa sem justa causa. Então, solicitou a um amigo para fazer ligações no intuito de obter informações. Por intermédio de uma conversa telefônica, gravada por um interlocutor sem o conhecimento do outro, confirmou a existência de restrições feitas pela empresa ao seu nome. O trabalhador sustentou que este era o único meio de prova, para amparar o pedido de dano moral e material. O entendimento da Turma foi de que a gravação de conversa telefônica não se confunde com a interceptação telefônica, desde que não haja previsão legal de sigilo. O TST confrontou princípios constitucionais e entendeu que a não contratação poderia configura “lista negra”, conduta atentatória da ordem constitucional, afronta ao Poder Judiciário e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

4) Gravação de conversa telefônica é aceita como prova em ação de dano moral (RR-21500-05.2008.5.15.0001, j. 30.05.2012, 1ª Turma)³⁴. No caso, a empresa foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral por ter prestado informações sobre a trabalhadora a um possível novo empregador. O TST manteve a decisão regional por entender ausente violação do art. 5º, LVI, da CF/88, já que o entendimento adotado estava respaldado por precedentes do Supremo Tribunal Federal.

5) Existência de outros meios de prova (RR-1513/2002-663-09-00, DJ 02.05.2008, 1ª Turma)³⁵. Neste caso, o TST entendeu desnecessária a

³³ 1. (...). 2. A gravação de conversa telefônica destinada a comprovação de fatos em juízo, desde que ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, não se confunde com interceptação telefônica, despindo-se de qualquer mácula de ilicitude. Precedentes desta Corte e do E. STF. Recurso de revista conhecido e provido.

³⁴ A gravação de conversa, realizada por um dos interlocutores, não se enquadra no conceito de interceptação telefônica, razão pela qual não se pode considerá-la meio ilícito de obtenção de prova. O uso desse meio em processo judicial é plenamente válido, mesmo que o ofendido seja um terceiro, que não participou do diálogo, mas foi citado na conversa e obteve a prova por intermédio do interlocutor. Se a obtenção é lícita, o produto, ou seja, a prova, também o é. Na hipótese a reclamante viu sua honra ser maculada por declarações da ex-empregadora, no intuito de frustrar sua admissão em um novo emprego, o que, obviamente, só poderia ter sido documentado por um terceiro, que foi quem recebeu as informações depreciativas a respeito da trabalhadora. Intacto o art. 5º, LVI, da CF. Precedentes do STF e desta Corte.

³⁵ PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO REALIZADA SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS INTERLOCUTORES. Revela-se inócuo o debate acerca da ilicitude da gravação realizada sem o devido conhecimento dos interlocutores e após o desligamento do reclamante, porquanto restou amplamente comprovada nos autos, tanto pela documentação trazida como pelo depoimento das testemunhas ouvidas em juízo, a existência de coação na adesão ao PDI, tendo em vista a promessa de garantia de emprego continuidade na prestação de serviços por meio de empresa terceirizada.

avaliação da licitude da gravação realizada sem o consentimento dos demais interlocutores, porquanto os demais meios de prova existentes corroboram a promessa de manutenção do reclamante no emprego.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria está longe de ser pacificada. O objetivo era fomentar a reflexão da questão mantendo-se no prisma constitucional. O art. 5º, LVI, da Constituição Federal proscree a prova obtida por meio ilícito. Excepciona, expressamente, no mesmo artigo, no inciso XII. Pode-se permanecer neste ponto, e não se admitir nenhuma outra exceção. Entretanto, no sistema constitucional há garantias implícitas. A ideia de proporcionalidade, como harmonização de valores e princípios fundamentais, está prevista, tacitamente, na Constituição e, expressamente, no art. 2º da Lei 9.784/99. A interpretação sistemática envolve a hierarquização e, logo, a proporcionalidade nesta tarefa, desde que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis.

Assim, em regra, não se admite a prova obtida por meio ilícito. Esta compreensão aplica-se, também, à prova por derivação, à prova emprestada, à execução civil de sentença penal. A argumentação tem por base as liberdades públicas e a dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas de fundamental valor estatuídas na Constituição. Adicionam-se, ainda, a preservação da segurança jurídica e a vigência do Estado Democrático de Direito. Excepciona-se, no caso concreto, a ponderação de valores e princípios fundamentais em conflito, a partir da hierarquização. Nesse sentido, em parte, é o posicionamento da doutrina e da jurisprudência do STF e do TST.

Embora os posicionamentos adotados no estudo em questão, até por segurança jurídica, a questão permanece em aberto, para futuras reflexões, pois o direito e a sociedade estão em constante mutação. A conclusão estanca o pensamento³⁶.

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. esp. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALVES, Rubem A. *O Poeta, o Guerreiro, o Profeta*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas Ilícitas. In: *Jurispenal do STF*, v. 37. São Joaquim da Barra: Legis Summa, 1981, p. 20-28.

Ademais, o Tribunal Regional deixou claro que o trecho da gravação apenas corroborou a prova oral colhida, que à sociedade comprovava promessa de manutenção do reclamante no emprego. Recurso de revista não conhecido.

³⁶ Nessa linha, Rubem A. Alves (*O poeta, o guerreiro, o profeta*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 14): *não gosto de conclusões. Conclusões são chaves que fecham (do latim con e claudire fechar). Palavras não conclusivas, que deixam abertas as portas das gaiolas para que os pássaros voem de novo. Cada conclusão faz parar o pensamento.*

- _____. As Provas Ilícitas na Constituição. In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de estudos jurídicos, 1991, v. 3, p. 18-32.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. *Mundo Jurídico* (<http://www.mundojuridico.adv.br>), jul. 2012.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16.12.93. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXIII, nº 66, mar. 1996, p. 61-84.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MORAES, Alexandre. Provas Ilícitas e Proteção aos Direitos Humanos Fundamentais. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo, 1998, nº 63, p. 13-14.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RABONESE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed., Trad. Alvaro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1983.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As Provas no Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.