

FHC e as gravações clandestinas

*Já que a licitação tem de ser pública,
não estão resguardadas conversas
que não poderiam ser ocultadas do
público*

CELSO BANDEIRA DE MELLO

Vem sendo debatido com grandes equívocos jurídicos o tema das fitas gravadas clandestinamente contendo conversa do presidente da República, na qual ele concorda que seu nome seja utilizado para pressionar eventual licitante a associar-se ao banco Opportunity no episódio da alienação de empresa do Sistema Telebrás.

Gravações clandestinas ferem o direito à intimidade. Por isso são ilícitas. Por meio delas, uma vez apresentadas, torna-se público o que não deveria sê-lo. Capta-se aquilo que as partes do diálogo tinham o direito de que fosse reservado, particular, pessoal. Entretanto, como é óbvio, o direito à intimidade não está preservado em relação àquilo que a lei exige seja obrigatoriamente público e acessível ao público. A Lei de Licitações estabelece entre os princípios da licitação a publicidade (repita-se: publicidade), a moralidade, a igualdade e a impessoalidade (art. 3º). Mais: expressamente dispõe que, até a abertura, serão "públicos e acessíveis ao público todos os seus atos", salvo, naturalmente, o conteúdo das propostas. Ora, leilão promovido pelo poder público é uma modalidade de licitação; sabe disso qualquer um que tenha rudimentos de direito administrativo ou experiência mínima em administração pública. Nem poderia deixar de saber, pois está estampado na lei, cujo art. 22 diz: "São modalidades de licitação: 1) concorrência; 2) tomada de preços; 3) convite; 4) concurso; 5) leilão". Já que a licitação tem de ser pública, com seus atos acessíveis ao público, resulta evidente que não estão resguardadas pela proteção à intimidade conversas que não poderiam ser ocultadas do público. Logo, não estão protegidas contra gravações, mesmo feitas sem o conhecimento dos que burlavam a lei.

Em suma: não há, no caso concreto, o bem jurídico consistente no direito à "intimidade", como excelentemente observou o professor Luiz Alberto Machado, ilustre penalista da Universidade Federal do Paraná. Noticiar ao público o que a lei quer que seja público é cumprir o direito, não descumpri-

lo. O conteúdo das gravações em causa pode se usado como prova, ao menos em crime de responsabilidade. A própria Constituição estabelece o princípio da publicidade dos atos da administração e dispõe que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral (...), salvo aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado". Logo, seria absurdo imaginar que protege o que não poderia ser sigiloso, e sim acessível ao público. Cumpre registrar que muitos parecem esquecidos de que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, segundo o qual "são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos" -princípio advindo do direito dos EUA-, surgiu com o fim essencial de proteger a individualidade das pessoas contra o Estado; de defender os direitos individuais e os do fraco contra o forte; de desestimular que eles sejam violados com o propósito (ou a pretexto) de obter provas de conduta ilícita. Tornando essas ofensas de antemão inválidas, reduzir-se-ia seu risco aos direitos individuais. Esse é seu espírito. Assim, não existiu nem existe para proteger o que é alheio à individualidade das pessoas, caso do exercício de função de governo e da prática de atos só possíveis por força do cargo público, que interessam a todos e por isso devem ser públicos. Há uma diferença essencial entre a pessoa física que exerce função pública e sua posição enquanto exercente dela. A ausência de intimidade característica desta última se reflete até sobre seu ocupante. Por isso a lei exige dos titulares de cargo político declaração pública de bens. Não poderia fazê-lo em relação à generalidade dos cidadãos, sob pena de ferir o direito constitucional à intimidade, assegurado no art. 5º. É por isso que não cabe invocar a proibição do uso de provas obtidas por meio ilícito em casos dessa ordem. Aliás, a evidência de tal conclusão se demonstra mediante um fantasioso exemplo. Suponha-se que, por fitas e imagens clandestinamente obtidas por alguém, fosse comprovado que um presidente ou um ministro de Estado recebiam suborno para auxiliar país estrangeiro a guerrear contra o Brasil ou que passavam segredos militares a espiões estrangeiros. Tais comportamentos são previstos na lei que define os crimes de responsabilidade dessas autoridades. Diria alguém que seria inadmissível o uso de tais provas, por força do art. 5º, inciso LV? Diria alguém, em juízo perfeito, que elas deveriam ser mantidas nos respectivos cargos pela impossibilidade de uso das provas em questão? Por certo, qualquer pessoa, com ou sem formação jurídica, aquiesceria na válida possibilidade de usá-las para defenestrar o traidor. Seria intuitiva tal conclusão. Para afastar a incidência do dispositivo constitucional referido, nem seria o caso de invocar a suma relevância da matéria -que está colocada, sem nenhum realce peculiar, ao lado de todas as

outras figuras de crime de responsabilidade. Basta atentar para o espírito da regra que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilícitos, recordando que sua razão é proteger direitos individuais, não oferecer resguardo para o sigilo -que não há-no exercício de funções públicas. Em suma: o artigo em questão não existe e nunca existirá, em país civilizado algum, para oferecer salvo-conduto acobertador de comportamentos ilegais na condução de assuntos públicos por definição e não protegidos pelo direito à intimidade, cuja existência tornaria inválidas gravações clandestinas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, 62, advogado, é professor titular de direito administrativo da Faculdade de Direito da PUC (Pontifícia Universidade Católica) de São Paulo e presidente do Idid (Instituto de Defesa das Instituições Democráticas).