

8. REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (lei 7.347, de 24/7/85)**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3. ed. Bahia: Juspodvim, 2008.
- JUNIOR, Nelson Nery. **O Ministério Público e as Ações Coletivas**, Édis Milaré (coord), Ação Civil Pública.
- MAZZILLI, Hugro Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: Exposição sistemática do procedimento**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de Sentença em Ações Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.



PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE¹

Jussara Marra da Cruz Tuma²
Thalita Raquel Neves³

RESUMO:

Este trabalho teve a intenção de investigar a possibilidade de o princípio da proporcionalidade, aplicado no caso concreto, poder afastar a vedação de utilização de prova ilícita no processo penal, quando em confronto com outros direitos e garantias fundamentais considerados de maior valor. Assim, foi construído um raciocínio embasado em teorias doutrinárias e tendências jurisprudenciais, chegando-se, por fim, à conclusão de ser possível, em situações excepcionais, valer-se de provas vedadas no âmbito do processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita. Provas no Processo Penal. Princípio da Proporcionalidade no Processo penal.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Provas no Processo Penal – 2.1 Ônus da prova – 2.2 Valoração da prova – 2.3 Prova ilícita X prova ilegítima – 3. Análise constitucional – 3.1 Provas proibidas – 3.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada – 4. Princípio da proporcionalidade – 4.1 Conflito entre direitos fundamentais – 4.2 Proporcionalidade e flexibilização da proibição – 5. Opinião de profissionais da área – 6. Conclusão – 7. Abstract – 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

O principal intuito deste trabalho foi abordar um tema constantemente debatido na aplicação prática do processo penal no Brasil: a utilização válida e excepcional de provas obtidas por meios ilícitos.

¹ O original deste trabalho foi apresentado na conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* à distância, em Direito Penal e Processual Penal, pelo convênio UCDB/CPC Marcato, Uberaba, em 2008, sob a orientação das Professoras Juliana Medina (Advogada, formada em Letras pela UFMS, em 1998, e, em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Penal e Processual penal pela Universidade Dom Bosco. Mestranda em Direito na Unimar. Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal na UCDB e UNIDERP. E-mail: ju_medinna_4@hotmail.com) e Mirian Lage Noal (Graduada em Educação Física e Pedagogia com ênfase em Orientação Educacional. Mestre em Educação pela UFMS. Doutora em Educação pela UNICAMP. Professora titular com tempo integral na UCDB. Leciona Metodologia Científica em diversos cursos. Coordena Estágios e Monografia no Curso de Educação Física. Além de vários artigos publicados, é co-autora do livro “Metodologia da pesquisa e do trabalho científico”, publicado pela editora da UCDB, em 2006).

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE). Analista em Direito do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB / CPC Marcato (*lato sensu*) e em Direito Público, pela Universidade Gama Filho/CPC Marcato. E-mail: jussaratuma@netsite.com.br

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE). Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/CPC Marcato (*lato sensu*). E-mail: thalita_neves@hotmail.com

Fazendo-se uma análise inicial, a utilização dessas “provas vedadas” foi absolutamente proibida pelo legislador constitucional, que consignou no inciso LVI do artigo 5º a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, vale mencionar a ocorrência, não rara, de aparente conflito entre duas garantias constitucionais, diante da impossibilidade verificada, no caso real, da salvaguarda de ambos os valores, tornando-se necessário optar por uma dessas garantias.

Essa opção, apesar de levar em conta o caso concreto, não deve ser feita aleatoriamente, razão pela qual doutrinadores modernos têm defendido a aplicação do princípio da proporcionalidade nesses casos.

A análise da aplicabilidade, em caráter excepcional, de provas ilícitas no processo penal, à luz do princípio da proporcionalidade, configurou o objetivo maior deste estudo. É com base nesse princípio que se pretendeu desenvolver a pesquisa, demonstrando a possibilidade de se utilizar, validamente, provas ilícitas no processo penal, em situações excepcionais em que esta seja a única forma de se resguardar um valor maior, constitucionalmente protegido.

A pesquisa foi realizada utilizando-se o método dedutivo, consistente em pesquisa bibliográfica e entrevistas, tornando viável, pois, o alcance dos resultados pretendidos.

2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

O termo “prova”, originado do latim *probatio*, significa verificação, exame, aprovação, confirmação de uma alegação. Considerando que no Processo Penal vige o princípio da verdade real, material ou substancial, faz-se necessário analisar aspectos como o ônus da prova, os sistemas utilizados para sua valoração e a diferença entre os conceitos de prova ilícita e prova ilegítima. Somente a partir dessa digressão, será possível avançar na análise da possibilidade (ou não) da utilização das provas ilícitas no Processo Penal.

2.1 Ônus da prova

A prova no processo deve ser entendida como o conjunto de meios utilizados pelas partes para comprovar ao Estado Juiz as suas alegações fáticas. Uma vez compreendido que o Brasil adotou como Sistema Processual Penal o acusatório, no qual as funções de acusar, defender e julgar encontram-se bem delimitadas e divididas, sendo competência de diferentes autoridades, importante se faz entender que a prova, mais que uma obrigação, torna-se um ônus das partes em contraditório.

Nos dizeres de Silas Soares Batista⁴, “o ônus da prova cabe a quem alega. Esse adágio é consequência do princípio dispositivo, pelo qual o Juiz está impedido, para

4 BATISTA, Silas Soares. Admissibilidade, no Processo Penal, da prova obtida mediante gravação telefônica por um dos interlocutores. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5829&p=2>>, acesso em 25/01/2008.

manter sua imparcialidade, de, *ex officio*, participar da produção da prova”.

Já na lição de Fernando Capez⁵, “há uma diferença entre ônus e obrigação, sendo esta um dever de praticar o ato, sob pena de se violar a lei, e aquele um adimplemento facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito”. E a partir de tal diferenciação, conclui referido autor que a prova é, sim, um ônus processual, uma vez que as partes produzem a prova em seu benefício, com a finalidade de proporcionar ao julgador meios idôneos para a formação de sua convicção.

Há que se ressaltar, no entanto, que a legislação processual penal pátria admite, em certos casos, que o Juiz tome a iniciativa na procura da prova, uma vez que no Processo Penal há necessidade de se buscar, tanto quanto for possível, a verdade real. Nesse sentido é o artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes.

Daí a conclusão de que o processo sem prova não pode atender à sua finalidade precípua, qual seja, a prestação jurisdicional. A importância da prova, pois, vai além do processo, eis que é sobre ela que se sustenta a verdade.

2.2 Valoração da prova

É sabido que dentro do processo a prova passa por quatro diferentes fases, quais sejam: proposição, admissão, produção e valoração. Com relação a esta última, existem três sistemas norteadores, sendo cada um informado por critérios intimamente ligados à estrutura política do Estado em que vigem.

Em primeiro lugar, está o denominado sistema da *prova legal* ou *tarifado*, segundo o qual o juiz não tem liberdade na apreciação das provas, uma vez que elas têm seu valor predeterminado em lei, o que afasta a convicção pessoal do magistrado por completo. No Brasil, é utilizado somente como exceção, por exemplo, no caso de infração deixar vestígios, situação na qual nem mesmo a confissão do acusado supre a falta do exame de corpo de delito, estando o julgador vinculado à prova pericial (artigo 158 do Código de Processo Penal).

Em segundo lugar, encontra-se o sistema da *intima convicção* do juiz, diametralmente oposto ao anterior, eis que concede ao julgador ampla e irrestrita liberdade na apreciação da prova, não havendo qualquer critério balizador para o julgamento. Vigora no Brasil, também excepcionalmente, somente no âmbito do Tribunal do Júri, para o conselho de sentença.

Por fim, tem-se o sistema da *persuasão racional*, que nada mais é que um meio termo entre os dois sistemas anteriormente mencionados. Segundo ele, o juiz pode de-

5 CAPEZ, Fernando. Princípios informadores do Processo Penal. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 273.

cidir livremente de acordo com sua consciência, desde que motivando e fundamentando sua decisão. É o sistema adotado como regra no Brasil, estando inclusive positivada a regra que determina sua aplicação no artigo 157 do Código de Processo Penal.

2.3 Prova ilícita X prova ilegítima

Apesar de o texto Constitucional de 1988 dispor em seu artigo 5º., inciso LVI, que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, deve-se ter em mente que aí além das provas ilícitas, existem também as chamadas provas ilegítimas, sendo ambas espécies do gênero provas proibidas, mas com diferenças sensíveis no âmbito processual.

Segundo Marco Antônio Garcia de Pinho⁶, as chamadas provas ilícitas são “todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial, administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais”, ao passo que as denominadas provas ilegítimas são aquelas que violam normas de natureza processual.

Ainda dos ensinamentos do mesmo autor, pode-se extrair que quando as normas afrontadas forem de natureza processual (prova ilegítima), a sanção correspondente estará prevista na própria lei processual, como a decretação de sua nulidade. Outra, no entanto, será a sanção para a prova obtida com violação de direito material (prova ilícita), uma vez que não poderá ser admitida no processo, segundo regra constitucional anteriormente mencionada.

Mais que simplesmente estabelecer as diferenças entre as espécies de provas proibidas, faz-se mister entender o real propósito da proibição de sua utilização no Processo como um todo. Ora, trata-se, sem dúvidas, de meio de proteção aos cidadãos e de limitação da ação do Estado na busca de provas *contra* um acusado (e ressalta-se que somente se fala em busca de provas contra o acusado porque, tendo em vista os princípios que informam o Processo Penal pátrio, todas as provas podem ser utilizadas *em favor* do acusado).

De se ressaltar, ainda, que, para que tenha incidência a vedação constitucional à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, deverá haver uma relação direta de causa e efeito entre a violação do direito e a prova em tela, sendo certo que, sem essa rigorosa correlação, a prova será perfeitamente válida.

3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Rompendo com sistemas anteriores, a Carta Constitucional de 1988 veio estabelecer um sistema de garantias, tanto individuais, quanto coletivas, as quais devem conviver harmonicamente.

⁶ PINHO, Marco Antônio Garcia de. *Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no processo penal*. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917>. Acesso em 25/01/2008

A garantia da proibição da utilização das provas ilícitas no processo veio como um “escudo protetor” do indivíduo investigado em face do Estado que, em tempos anteriores, valia-se de meios escusos para lograr condenações muitas vezes injustas. No entanto, a partir do momento em que tal garantia é invocada para que um agente esquive-se da correta aplicação da lei, a análise deve ser feita de outro prisma, qual seja, o da sociedade.

3.1 Provas proibidas

Como dito e repisado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 instituiu no rol dos direitos e garantias fundamentais a proibição da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos.

No entanto, é amplamente sabido que nenhum direito, nem mesmo o direito à vida, tem natureza absoluta, eis que a mesma Carta Constitucional que o garante, admite a pena de morte em caso de guerra declarada.

Assim sendo, a proibição da utilização das chamadas provas ilícitas também deve sofrer limitações, principalmente no campo da acusação, evitando que se torne um escudo à punição pela prática de delitos graves.

Atualmente, é praticamente pacífico o entendimento de que é possível a utilização de provas ilícitas na *defesa* do acusado, mormente quando for a única forma possível de provar sua inocência.

O que se questiona é se haveria possibilidade de flexibilização da proibição, com base do princípio da proporcionalidade, que será examinado mais adiante, também pela acusação.

Nesse sentido são os dizeres de Joaquim José Miranda Júnior⁷:

É inafastável a constatação de que os direitos fundamentais não existem para tutelar apenas a pessoa do cidadão, mas também o interesse da comunidade como um todo, da qual, aliás, emana o Direito e o Processo Penal. Até mesmo por isso é que o indivíduo não pode abrir mão de tais direitos, pois isso poderia implicar prejuízo não apenas para o cidadão, mas poder-se-ia ofender igualmente os interesses do Estado.

A análise aqui deve partir da compreensão de que o mesmo dispositivo constitucional que proíbe a utilização das denominadas provas ilícitas garante, em seu “caput”, o direito à segurança, dirigido não só ao cidadão isoladamente, mas à sociedade como um todo.

Os constitucionalistas ensinam que, havendo conflito entre princípios constitucionais no caso concreto, deve-se analisar, caso a caso, qual tem maior relevância, devendo ele ser aplicado em detrimento do outro, já que não existem direitos absolutos.

⁷ MIRANDA JÚNIOR, Joaquim José. *Teoria da proporcionalidade e as provas ilícitas*. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Julho/2002. nº4. p. 485.

Assim sendo, mais que simplesmente proibir de toda forma a utilização das provas ilícitas, dar ao juiz a possibilidade de, analisando o caso concreto, admitir a prova, ainda que produzida por meio ilícito, seria a melhor saída.

Analisando a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o envolvido (seja ele o acusado ou o acusador) de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e demais circunstâncias relevantes, o julgador, sopesando os bens jurídicos envolvidos, determinaria qual deveria ser sacrificado e em que medida.

Não se pretende, contudo, admitir que se retroceda às épocas ditatoriais, suprimindo todo e qualquer direito fundamental e permitindo que o Estado busque provas que levem à condenação a qualquer custo.

Pelo contrário, o que se defende é que a garantia constitucional da proibição da utilização das provas ilícitas no Processo Penal não seja transformada em verdadeiro escudo para a prática impune de crimes, mormente aqueles de maior gravidade, como o crime organizado, lavagem de dinheiro e crimes hediondos e equiparados, por exemplo.

Esse entendimento, aliás, já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de *Habeas Corpus*⁸:

Realmente, nenhuma liberdade individual é absoluta. Comporta exceções para preservar o ditame da legalidade. Portanto, afigura-se possível, observados os requisitos constitucionais e legais, a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Outro ponto relevante é que o Pretório Excelso tem entendido pela validade do processo e, por consequência, da sentença, ainda que no processo tenha sido admitida prova ilícita, desde que haja outras provas suficientes para fundamentar a decisão.

Há uma crise de Justiça, caracterizada pela impunidade, que, evidentemente, não se resume à falta de eficientes meios de prova. Foge à lógica do razoável permitir, atualmente, que a preservação da intimidade de criminosos impeça sua punição. Há que se ter mais critérios objetivos e bom senso em razão de quem necessita da prova para demonstrar a veracidade do direito material, evitando, assim, tanto a impunidade, quanto o excessivo rigorismo.

3.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Surgida nos Estados Unidos sob a denominação “Fruits of the poisonous tree”, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada visa a proibir no processo a utilização das provas ilícitas por derivação, que são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de uma prova ilícita.

8 STF, 1ª T. HC 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 166650.

Danilo Knijnik, citado por José Carlos do Nascimento⁹, descreve quatro exceções à aplicabilidade da doutrina em comento. A primeira refere-se à chamada “Limitação da Fonte Independente” (“The Independent Source Limitation”), segundo a qual os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente.

A segunda exceção, chamada de “Limitação da Descoberta Inevitável” (“The Inevitable Discovery Limitation”), afirma que a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto fosse ela, inevitavelmente, descoberta por meios jurídicos.

A terceira exceção, denominada de “Limitação da Descontaminação” (“The Purged Taint Limitation”), refere-se aos casos em que embora haja uma prova ilícita, pode advir no processo um acontecimento independente capaz de “imunizar” os frutos anteriormente envenenados, como, por exemplo, a confissão do acusado.

A quarta e última exceção, refere-se à “Limitação de Boa-Fé” (“The Good Faith Exception”), segundo a qual exclui-se a prova ilícita nos casos em que a autoridade policial crê, sinceramente, que sua atuação está observando os direitos fundamentais do cidadão, como no caso de cumprimento de um mandado que, posteriormente, é invalidado.

No Brasil, atualmente, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é admitida sem qualquer restrição, mas não foi sempre assim. O Supremo Tribunal Federal já havia, por escassa maioria, repellido referida teoria em um julgamento no qual o Ministro Moreira Alves afirmou ser preferível a admissão dessas provas a garantir a impunidade de organizações criminosas. No entanto, o Ministro Néri da Silveira estava impedido para funcionar em tal processo, tendo sido realizada nova votação, sem sua participação, a qual culminou na inversão do resultado, mantendo-se pela inadmissibilidade de tais provas com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard e o voto do Ministro Maurício Corrêa, assim definindo a questão (HC 69.912-0 RS, DJ, 26 nov. 1993).

Apesar de garantir que o Estado não se utilize de subterfúgios para afastar os direitos e garantias individuais na busca da prova, a teoria que proíbe também o uso das provas ilícitas por derivação é merecedora de críticas. A Suprema Corte adotou, mas deixou de enfrentar questões relevantes sobre as exceções à não aceitação da prova derivada, existentes na jurisprudência norte americana, bem como sobre a adequação dessa teoria ao modelo de processo penal brasileiro que, tradicionalmente, procura resolver os conflitos entre direitos fundamentais por meio da ponderação de valores no caso concreto, como ocorre no direito alemão.

Também não se pode permitir que a existência de uma prova ilícita contamine todas as outras provas dela derivadas, indefinidamente, sob pena de se invalidarem todas (ou praticamente todas) as provas que instruírem determinado processo. Assim sendo, uma vez aceita a Teoria dos Frutos da Árvore envenenada, somente podem ser

9 NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no processo penal. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em 25/01/2008.

consideradas ilícitas por derivação as provas *diretamente* derivadas de uma prova ilícita e que guarde com ela inegável relação de causa e efeito.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A fim de intermediar a análise da abordagem constitucional da vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal e a realidade prática que cerca esse mesmo processo, far-se-á um estudo sobre o princípio da proporcionalidade e seu papel de moderno intérprete da Constituição.

Essa análise terá início com o exame do conflito entre direitos fundamentais, encaminhando-se para o estudo do princípio da proporcionalidade e seu uso na fundamentação da flexibilização ora defendida.

4.1 Conflito entre direitos fundamentais

Passando agora à análise das normas constitucionais em questão propriamente ditas, há que se fazer uma contraposição do princípio da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI da Constituição Federal Brasileira) em relação a outros princípios e direitos fundamentais do cidadão e da sociedade como um todo, consignados na Carta Magna – a exemplo do princípio da verdade real, vigente no processo penal, e de direitos como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, etc.

Os princípios, numa conceituação que homenageie sua importância dentro do ordenamento jurídico, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são, como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira,¹⁰ ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

Esses princípios condensadores de valores e bens constitucionais podem, de acordo com a opção do legislador constituinte, estar positivados e constituírem “preceitos básicos da organização constitucional”¹¹ vigente. Estando eles positivados ou não, podem transparecer valores e bens que, em determinada situação, contraponham-se, surgindo então as chamadas *antinomias constitucionais aparentes*. Tais antinomias, no entanto, à luz da teoria constitucionalista moderna são meramente aparentes, uma vez que os princípios constitucionais, muitas vezes representados em direitos fundamentais, são capazes de se acomodar. Essa acomodação é possível levando-se em conta que um princípio ou direito fundamental não é absoluto.

Nesse sentido posicionou-se Ana Carolina Lobo Gluck Paul¹²:

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. p. 92.

¹¹ SILVA, José Afonso, obra citada, p. 92.

¹² PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Colisão entre direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 01 fev. 2008.

Os direitos fundamentais, enquanto construções normativas constitucionais fundamentadas, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana, têm sua concretização assegurada pelo Estado, que deve executar as devidas medidas para que o indivíduo, no exercício de tais direitos, não sofra restrições ilegítimas. A noção de restrições ilegítimas pressupõe a existência de limitação legítima, admitida pela ordem constitucional. De fato, ao classificar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, a Constituição brasileira vedou a abolição, direta ou oblíqua, dos direitos fundamentais, mas silenciou quanto à sua restrição. Com efeito, a abrangência dos direitos fundamentais pode ser determinada tanto por via interpretativa, no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, quanto via legislativa. Em ambos os casos pode haver restrição de um direito fundamental, mas com a cautela de não esvaziar seu conteúdo. Uma das formas em que se evidencia a limitação ao exercício dos direitos fundamentais é quando ocorre colisão entre eles, ou seja, quando um direito fundamental, em uma mesma situação, entra em choque com outro direito fundamental.

É aqui que o princípio da proporcionalidade entra em cena, como uma espécie de princípio mediador dos dispositivos constitucionais.

Consoante dispõe Bonavides,¹³

[...] uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual.

Ressalta esse renomado autor que “o princípio é indubitavelmente apropriado”. Em face dessa indubitável propriedade, far-se-á uso, aqui, do princípio da proporcionalidade na análise do dispositivo constitucional que determina a proibição da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos em face de direitos fundamentais de colossal importância, como os já citados: liberdade e dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Na visão de Bonavides,¹⁴ o princípio da proporcionalidade pode ser assim definido:

Em sentido amplo, entende Müller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Müller que há violação do

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004. p. 425.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p.393.

princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (*“eine Übermasskontrolle”*). [...] Mas Braibant, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acrescentou um terceiro elemento, a saber, a situação de fato, estabelecendo assim a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente.

Assim, o princípio da proporcionalidade funda-se na trilogia fim, meio e situação fática, ou seja, na análise do fim almejado, dos meios utilizados e na situação fática envolvida.

Quando utilizado como critério interpretativo, tem a função de “estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico”.¹⁵ Procede-se à análise da situação fática em questão, lança-se mão dos meios possíveis de solução, com o objetivo de se obter a justiça no caso concreto.

Ainda, para Bonavides,¹⁶ o “princípio da proporcionalidade, como via interpretativa”, deve entrar “em conexão com a chamada interpretação conforme a Constituição”:

Que é a interpretação conforme a Constituição, criada pelos juízes constitucionais da Alemanha? Quem responde é o Tribunal Constitucional da República Federativa alemã nos seguintes termos: *“Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a norma constitucional, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição”*. Em outras palavras, se houver a possibilidade de uma interpretação que faça transparecer a compatibilização da norma com a lei maior, há de prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura cabíveis. Noutro aresto, o mesmo Tribunal fez ver que *“de duas diferentes interpretações possíveis de uma norma, há de prevalecer aquela que melhor exprima a opção de valores da Constituição”*.

Em sendo assim, tem-se que, diante de um impasse, em que se lance mão do princípio da proporcionalidade enquanto via interpretativa conforme a Constituição, se houver mais de uma interpretação cabível e se pelo menos uma delas puder com-

patibilizar-se com a Constituição em observância à sua opção de valores, então esta interpretação deverá ser a adotada. Essa é a aplicação do princípio da proporcionalidade como um princípio de interpretação, na lição de Paulo Bonavides.

4.2 Proporcionalidade e flexibilização da proibição

Traçando-se um paralelo entre o emprego do princípio da proporcionalidade, tal qual descrito acima, e a proibição da utilização, no processo penal, de provas obtidas por meios ilícitos, pode-se afirmar que é possível compatibilizar essa vedação, quando em aparente conflito com outros direitos fundamentais de grande vulto. Mormente quando essa utilização estiver em consonância com a opção de valores do constituinte, ocasião em que se terá a aqui defendida flexibilização dessa proibição.

Ora, como já dito e repisado, nenhum princípio ou direito fundamental é absoluto. Estando o julgador diante de um quadro em que se vê obrigado a dar guarida a determinada prova obtida por meio ilícito, de um lado, ou à impunidade de um infrator, de outro, é razoável supor que ele disponha de meios para dar a solução mais justa ao caso concreto. E o mais importante e aceito desses meios, na atualidade, é, sem dúvida, o princípio da proporcionalidade, que veio auxiliar a acomodação do texto constitucional aos valores e bens constitucionais por ele defendidos.

A defesa do acusado, sempre em posição inferiorizada diante do Estado, principalmente no âmbito do processo penal, em que se discute um dos bens mais preciosos do ser humano, qual seja, a liberdade, foi a principal razão para a vedação do uso de provas obtidas por meios ilícitos. Mormente ao se levar em conta o recente histórico das relações Estado-acusado no Brasil, visivelmente fragilizadas após o período ditatorial que se seguiu ao ano de 1964 e se arrastou até meados da década de 1980.

Todavia, o Estado Democrático de Direito no qual se transformou o Brasil tem se solidificado ao longo dos anos, apesar de estar ainda distante de um modelo efetivo e coerente. Seu encaminhamento para um modelo firme e sustentável que conjugue o direito e a democracia, no entanto, já permite que se dê atenção também aos direitos da sociedade como um todo, em detrimento de um ou outro direito individual. É nessa esteira de pensamento que já se vislumbra a possibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos também para impedir ou punir a prática de crimes.

5. OPINIÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA

A fim de enriquecer o presente trabalho, colacionar-se-á, aqui, a opinião de dois profissionais da área.

Para a jurista Isabella Decina Sarmento,¹⁷ “a questão da constitucionalidade

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 426.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Obra citada. p. 426/427.

¹⁷ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE). Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual pela Unisul / LFG (*lato sensu*). E-mail: isabella_ds@hotmail.com

da utilização da prova ilícita no processo penal resume-se a atingir um equilíbrio entre valores em conflito, a ser feita à luz da Constituição Federal”. Sarmento faz uma contraposição entre a garantia de não utilização das provas obtidas por meios ilícitos, enquanto “proteção do cidadão frente à possível atuação abusiva e danosa do Estado”, e a “efetiva observância das garantias fundamentais dos indivíduos insertos na sociedade, mormente a segurança, a efetividade do provimento jurisdicional, a dignidade da pessoa humana e a concretização dos ideais constitucionais”. Para ela, deve-se buscar uma adequação:

A partir do momento em que a observância de um direito (não utilização da prova ilícita) acaba por excluir e impossibilitar que outros sejam observados (tais como a segurança e a justiça), deve-se tentar ao máximo conciliá-los, de maneira a não impedir a aplicabilidade de nenhum, utilizando-se assim o princípio da proporcionalidade e tendo como diretriz a dignidade da pessoa humana.

É assim que Sarmento defende a utilização de provas ilícitas no processo penal, desde que haja a compatibilização e a aplicabilidade de outras garantias constitucionais, bem como o devido respaldo na necessidade da busca pela verdade real, harmonização e concretização dos ideais sociais. Acrescenta, ainda:

A observância da regra da não utilização de provas ilícitas não pode servir de óbice à concretização dos demais direitos a todos assegurados, não pode ser aplicada de forma a fomentar e possibilitar a impunidade e a subversão da ordem jurídica constitucional. É necessário proceder a uma adequação do caso concreto e das garantias a ele inerentes às demais disposições jurídicas vigentes. Deve-se lembrar que nenhuma garantia é absoluta, podendo ser flexibilizada se em confronto com outra, prevalecendo-se a que mais assegura a ordem social e a ampla observância dos valores vigentes na sociedade, positivados ou não.

Dessa forma, para Isabella Sarmento, é possível a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, “tanto pela acusação como pela defesa”, utilização essa que deve ser feita com razoabilidade, “em casos de impossibilidade de descoberta da verdade real por outros meios”, quando o uso dessas provas “se afigure de suma importância no caso concreto”.

Outro profissional instado a se manifestar e que corrobora do mesmo entendimento até aqui esposado é Carlos Alberto Valera¹⁸.

Para ele, o tema é tormentoso e polêmico. Sua análise tem início fazendo-

18 Carlos Alberto Valera é Promotor de Justiça em Uberaba/MG. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, SP, (1990). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Franca, SP, (1995). Mestrado em Direito pela Universidade de Franca, SP, (2004). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito público, Direitos políticos, Penas alternativas, Suspensão dos direitos políticos. Ao momento desta edição, é o titular da Promotoria de Defesa da Saúde e do Consumidor.

se uma “digressão [...] sobre as positavações dos direitos e garantias individuais” na Constituição Federal de 1988. A esse respeito, afirma Valera:

É de conhecimento histórico que a nossa Constituição de 1988 foi editada após um longo período ditatorial, que culminou com a eleição de Tancredo, sua morte e a assunção de Sarney. Destarte, naquele momento histórico, tenho certeza, a positavação dos direitos e garantias no texto constitucional tinha por escopo garantir e vedar o arbítrio do Estado em face do cidadão, no que tange ao patrulhamento ideológico, preferencialmente, tanto que em vários dispositivos, que não tratam de questões penais ou processuais, essa tendência é verificada (livre manifestação do pensamento, direito de greve, direito de reunião, etc). Pois bem. Esse contexto deixa claro que o desiderato constitucional foi vedar o arbítrio estatal, mas não prestigiar a criminalidade, em especial a organizada.

Essa digressão, como atesta Valera, deságua na conclusão de que, havendo conflitos entre interesses ou direitos constitucionais, deve prevalecer, no caso concreto, “a ponderação ou proporcionalidade destes, eis que se de um lado o autor do fato criminoso tem direitos, do outro lado a vítima e a sociedade também os têm”. O aparente conflito de valores constitucionais deve ser resolvido de forma a prestigiar, antes de mais nada, a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, Valera é incisivo:

[...] o que é mais digno, buscar a verdade real em face de um atroz criminoso, subjugando eventuais garantias, ou permitir que ele continue em liberdade cometendo outros crimes? A resposta parece óbvia. Não se pode, esclareça-se, em situações excepcionais, quando a prova não puder ser feita de outro modo, prestigiar os direitos do autor de um crime (por certo, grave e atroz) em detrimento dos direitos da vítima e da própria coletividade, uma vez que, sob a óptica da dignidade da pessoa humana, não é certo conceder direitos para aquela pessoa que está “errada” (em termos coloquiais).

Por conseguinte, afirma ele não restarem dúvidas acerca da possibilidade de utilização da prova ilícita no processo penal, tanto para a acusação quanto para a defesa, residindo a grande preocupação em se saber qual a medida para essa utilização. Segundo ele:

[...] resta claro, mormente nos dias atuais, onde a violência ganhou contornos abissais, que, no caso concreto e dependendo dos crimes, pode e deve o judiciário ponderar os direitos em conflito. Essa é a tendência mundial, tanto que nos Estados Unidos, por ocasião do triste episódio de 11 de setembro, ocorreram supressões de alguns direitos individuais, com o beneplácito e apoio da própria população, a qual, ante a ficar a mercê de atos terroristas e a sujeitar-se a um maior controle estatal, optou pela segunda hipótese. O mesmo deve ocorrer no Brasil.

Assim é que, nas palavras de Valera, embora o Brasil seja um Estado Democrático de Direito, “que tem como característica a inclusão, não se pode deixar de ponderar que o criminoso agride a sociedade, negando-lhe os valores”. E a inclusão “exige reciprocidade”, razão pela qual é possível sustentar a preponderância dos interesses sociais na questão em estudo.

Como dito inicialmente, a exposição dessas opiniões visou a corroborar tudo o que foi apresentado no decorrer do trabalho, enriquecendo-o e aproximando-o da realidade jurídica de aplicação prática do direito. Incitados a se manifestar, ambos já admitem a possibilidade de utilização das ditas provas obtidas por meios ilícitos no âmbito da acusação no processo penal, refletindo uma tendência moderna em expansão.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 procurou resguardar ao máximo os direitos fundamentais do cidadão, elencando grande parte deles em seu texto e deixando claro que eles podem também estar previstos em leis especiais, merecendo o mesmo respeito e observância, por parte de quem quer que seja.

Com relação à proibição genérica da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, não foi diferente. No inciso LVI de seu artigo 5º., a Carta Maior trouxe previsão expressa nesse sentido. A partir do texto constitucional, no entanto, faz-se necessário desenvolver um estudo acerca da prova, atentando, no presente caso, principalmente para a diferença existente entre prova ilícita e prova ilegítima e para as consequências de sua utilização no processo, dando-se ênfase, no trabalho a ser desenvolvido, à seara processual penal.

Nesse âmbito de análise, tanto a defesa quanto a acusação carregam consigo o ônus de provar suas alegações, principalmente no Processo Penal, em que vige o princípio da verdade real, sob pena de serem simplesmente desconsideradas no momento do julgamento.

Nesse intuito, e utilizando-se da expressão “provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição Federal proibiu tanto as provas ilícitas (obtidas mediante a violação de normas de direito material) quanto às provas ditas ilegítimas (obtidas com a inobservância das normas de direito processual), constituindo ambas o que se passou a chamar de “provas vedadas”.

Não há dúvidas de que a regra constitucional em apreço é uma garantia fundamental do cidadão contra o poder arbitrário do Estado. Entretanto, não se pode deixar de considerar que a mesma Constituição Federal elenca outros vários direitos e garantias fundamentais, que não podem ser esquecidos.

Tendo em vista o conflito aparente entre princípios e garantias fundamentais, desenvolveu-se a chamada teoria da razoabilidade e proporcionalidade, segundo a qual é permitido ao aplicador do Direito sopesá-los e garantir a aplicabilidade daquele que traga melhor senso de Justiça ao caso concreto.

É com base nessa teoria que aqui se defendeu a possibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos também por parte da acusação no âmbito do Processo Penal, *em situações excepcionais*, em que se vislumbre ser necessário o sacrifício de um direito individual em prol de garantias transindividuais, evitando-se, assim, a impunidade.

De se ressaltar, por fim, a magnitude de artigo jurídico já publicado nesta Revista Jurídica UNIJUS, de autoria do Dr. Dnieper Chagas de Assis, intitulado “Provas Ilícitas no Processo Penal – Vedação Constitucional e o Direito de Defesa”,¹⁹ o qual trata do mesmo tema veiculado no presente trabalho com maestria, concluindo, também, pela possibilidade de utilização, em casos excepcionais, do princípio da proporcionalidade como ferramenta para a relativização da proibição às provas ilícitas.

7. ABSTRACT:

This work was intended to investigate and accept or reject the possibility that the principle of proportionality, as applied in a real case can move to seal the illegal use of evidence in criminal proceedings, when confronted with other fundamental rights and guarantees, considered the most amount. So, a rationale grounded in doctrinal theories and trends in case Law was built, coming up, finally, the conclusion that is possible in exceptional circumstances, make use of sealed evidence in criminal proceedings.

KEYWORDS: 1. Illegal proof. 2. Proof in Criminal Precedure. 3. Principle of proportionality in criminal proceedings.

8. REFERÊNCIAS

- ASSIS, Dnieper Chagas de. **Provas Ilícitas no Processo Penal – Vedação Constitucional e o Direito de Defesa**. Revista Jurídica UNIJUS, vol. 16, maio/2009, p. 169-184.
- BATISTA, Silas Soares. **Admissibilidade, no Processo Penal, da prova obtida mediante gravação telefônica por um dos interlocutores**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5829&p=2>>, acesso em 25/01/2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004. p. 393-427.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 1988.
- CAPEZ, Fernando. **Princípios informadores do Processo Penal. Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. Cap. 3 (3.6), p. 31-39.
- MIRANDA JÚNIOR, Joaquim José. **Teoria da Proporcionalidade e as provas ilícitas. Revista Jurídica, Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 4, p. 453-485, jan./jul. 2002
- MORAES, Alexandre de. **Direitos e garantias fundamentais – Provas ilícitas (art. 5º.,**

¹⁹ ASSIS, Dnieper Chagas de. **Provas Ilícitas no Processo Penal – Vedação Constitucional e o Direito de Defesa**. Revista Jurídica UNIJUS, vol. 16, maio/2009, p. 169-184.



- LVI). **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. Cap. 3 (25), p. 124-132.
- NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no processo penal**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em 25/01/2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Da prova – O aproveitamento da prova ilícita: proporcionalidade e razoabilidade. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. cap. 9 (9.1.4.6), p. 322-334.
- PACHECO, Denílson Feitoza. Provas ilícitas e ilegítimas. **Direito Processual Penal – Teoria, crítica e prática**. Niterói: Ímpetus, 2005. Cap. 15 (15.1.3), p. 810-854.
- PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 01 fev. 2008.
- PINHO, Marco Antônio Garia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no processo penal**. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917>. Acesso em 25/01/2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. p. 92.

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO-MG
DIRETORIA DE INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO



NOTAS SOBRE O PARCELAMENTO JUDICIAL (ART. 745-A DO CPC)

Lúcio Delfino¹
Fernando Rossi²

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo abordar alguns aspectos do art. 745-A, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.382/2002 e criando a possibilidade de *parcelamento judicial* em benefício do executado, para cumprimento da obrigação de pagar. Apontam-se, nesse estudo, dentre outras características, a natureza do instituto, sua inserção na execução como procedimento *incidental*, *suspensão* dos embargos, e discrimina os requisitos *objetivos* a serem cumpridos pelo devedor.

Palavras-Chave: Lei nº 11.382/2002. Parcelamento. Suspensão dos Embargos. Procedimento. Contraditório.

Sumário: 1. Introdução – 2. A natureza do parcelamento judicial: um *direito potestativo* – 3. Uma visão geral do procedimento instituído pelo art. 745-A do Código de Processo Civil – 4. Os requisitos para a obtenção do benefício – 5. A necessária instauração do contraditório – 6. A suspensão dos atos executivos e do prazo para embargos pela mera apresentação da proposta – 7. O requerimento para pagar em até 6 (seis) parcelas mensais – 8. As consequências do indeferimento das prestações – 8.1. O vencimento antecipado das prestações não pagas – 8.2. O inadimplemento das prestações e a *vedação* aos embargos – 8.3. A multa punitiva do art. 745-A, § 2º, do Código de Processo Civil – 9. Conclusão – 10. *Summary* – 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.382/2006 integra mais uma das etapas da reforma operada no Código de Processo Civil. Sua vigência instituiu nova forma de se trabalhar a exe-

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro do Conselho Fiscal (suplente) do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON); Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais; Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica; Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual; Advogado.

² Mestre em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Professor universitário. Advogado.