



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO DE PROVAS
ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Carlos da Costa Mendes

Rio de Janeiro
2019

CARLOS DA COSTA MENDES

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO DE PROVAS
ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Carlos da Costa Mendes

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo – a aceitação da produção de provas ilícitas na seara do processo penal é palco de grandes discussões e, portanto, tema de alta relevância. Com o passar do tempo, a visão que antes era, simplesmente, baseada no aspecto textual da norma, passa a ceder diante da maior influência dos aspectos constitucionais que envolvem o tema. Cada vez mais se percebe que o princípio da proporcionalidade é usado como instrumento de grande valia para o operador do direito, visto que possibilita extrair as peculiaridades do caso concreto e, conseqüentemente, tomar a melhor decisão. A essência do presente trabalho é abordar a viabilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como critério interpretativo para possibilitar que provas ilícitas sejam produzidas, sem, contudo, se desprender dos valores constitucionais e da própria razão de ser da vedação legal insculpida no Código de Processo Penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à possibilidade, com base no CPP, de aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas em benefício do réu. 2. Princípio da Proporcionalidade: uma análise sobre a (in)compatibilidade entre as suas possíveis faces. 3. Princípio do Devido Processo: vetor de preponderância ou de submissão ao direito de liberdade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir a possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade na produção de provas ilícitas no Direito Processual Penal. Procura-se, assim, debater, de maneira crítica, a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de ponderação entre a proibição de prova ilícita no direito processual penal e a flexibilização dessa vedação quando, no caso concreto, a única possibilidade do acusado em ter sua inocência comprovada for a utilização dessa prova.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVI, positiva, como direito fundamental, a vedação de provas obtidas por meio ilícito. Tal direito representa, de forma inequívoca, um reflexo da ordem democrática, já que limita o poder inquisitorial do Estado. Contudo, o contexto social hodierno, em muitos casos, se depara com a dificuldade de produção probatória, observados os requisitos legais. Diante disso, a única oportunidade do acusado em ver a sua

inocência comprovada é por meio ilícito de produção de provas.

Dessa forma, há um flagrante embate entre a vedação de prova ilícita e a comprovação da inocência do acusado, já que tais valores apresentam a mesma importância para ordem constitucional. Com efeito, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado como um meio de ponderação de princípios de forma a se verificar qual deles deve preponderar no caso concreto e qual é flexibilizado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com as controvérsias existentes sobre a plausibilidade em sustentar que o Código de Processo Penal permite uma abertura hermenêutica para a aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas em benefício do réu, de modo que o intérprete verifique, no caso concreto, aquilo que mais beneficia o réu, sem prejudicar, contudo, os preceitos básicos do processo.

De forma subsequente, no segundo capítulo, analisa-se o Princípio da Proporcionalidade, sob dois vieses, ou seja, como uma flexibilização de direitos fundamentais, insuscetíveis de relativização, ou como meio de evitar abusos e garantir uma aplicação harmoniosa de princípios com a mesma envergadura constitucional, de forma que objetiva-se concluir pela preponderância do segundo sobre o primeiro.

O terceiro capítulo busca apontar se o princípio do Devido Processo Legal, limitador do arbítrio estatal, possui prevalência sobre o Direito à Liberdade, que se coaduna com a presunção de inocência balizadora do cenário constitucional atual. Desse modo, conclui-se pela prevalência do Direito à Liberdade, já que é o valor mais valioso ao ser-humano.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador elege um grupo de assertivas hipotéticas, as quais acredita possuir validade argumentativa e se compatibilizar com o tema ora tratado, de modo a refutá-las ou concorda-las argumentativamente.

Diante disso, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador pretende se valer de um amplo conjunto de obras bibliográficas referentes ao tema analisado, bem como da jurisprudência e da legislação que tocam na temática em foco.

1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELA ABERTURA HERMENÊUTICA CONFERIDA AO DISPOSITIVO LEGAL.

Conforme ensina professor Gustavo Badaró¹, as provas ilegais se subdividem em dois tipos: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. As primeiras são derivadas de violações de direito material ou de garantias constitucionais, enquanto as segundas são oriundas do desrespeito de normas processuais.

Tal distinção, em que pese ser cristalizada na doutrina, não ganha maior importância prática, haja vista que o legislador, no artigo 157, do Código de Processo Penal² trouxe apenas a vedação de provas ilícitas, sendo essas entendidas como as obtidas da violação de normas constitucionais ou legais.

Nesse sentido, destaca Renato Brasileiro³ que o legislador, ao definir o conceito de provas ilícitas, não foi técnico o suficiente, haja vista não ter definido se o termo “legais” deve ser interpretado como violação de direito material ou de direito processual. Acrescenta o autor que diante desse silêncio legislativo duas correntes doutrinárias se formaram.

A primeira, defendida por autores como Guilherme Nucci e Luiz Flávio Gomes⁴, afirma que será considerada ilícita a prova que viole normas atinentes tanto ao direito material quanto ao direito processual. Nesse sentido, portanto, percebe-se que tal corrente atribui um sentido amplo ao dispositivo legal.

A segunda corrente capitaneada por Renato Brasileiro⁵ sustenta que a interpretação deve se dar de forma restritiva, ou seja, deverá ser considerada como provas ilícitas tão somente aquelas que não respeitem as normas de direito material. Para os adeptos dessa corrente, provas ilegítimas, por outro lado, estariam sujeitas a teoria da nulidade.

A razão, contudo, sob um olhar constitucional, parece estar com a primeira corrente. Observa-se que a vedação de provas ilícitas deve ser encarada, pelo intérprete, como uma

¹BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 405.

²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

³LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 622.

⁴GOMES; NUCCI apud Ibid., p. 622

⁵Ibid. p. 623.

garantia ao acusado e, por tal motivo, deve ser conferida a máxima efetividade. Deve-se rechaçar, assim, a produção probatória ineficiente e inescrupulosa que utiliza-se de subterfúgios de normas procedimentais para alcançar os resultados.

Com efeito, imprescindível perquirir se tal interpretação ampliativa merece ser encarada de forma absoluta, ou se há uma abertura hermenêutica apta a flexibilizar a aludida vedação. Em outros termos, busca-se analisar se a vedação expressa do artigo 157, do CPP⁶ é inflexível ou comporta mitigação.

Para isso, imperioso perquirir a razão da vedação legal. Ensina Aury Lopes Jr⁷ que os limites da atividade probatória surgem como consequência direta do grau de evolução do processo penal, típico de um Estado Democrático de Direito, acarretando no respeito da forma dos atos processuais como garantia ao próprio indivíduo. Com isso, não pode o acusado, sob o falso manto da busca da verdade real, ser vítima de provas violadoras de normas processuais ou materiais.

Isso quer dizer que a atividade probatória deve obedecer de forma plena aos requisitos previstos pelo legislador, sob pena da prova ser desentranhada nos autos e não usada para o convencimento do magistrado. Observa-se assim que o principal destinatário da proteção legal conferida é o próprio acusado.

Com efeito, possível concluir que a vedação da prova ilícita pode ser analisada sob dois vieses, o primeiro sob o viés da atividade probatória em que se estabelece restrições, de modo que essa se compatibilize com o Estado Democrático de Direito e sob o segundo viés que é o do acusado como titular da proteção conferida pelo ordenamento.

Sob o segundo viés, isto é, de forma a proteger o réu da relação de desvantagem que apresenta perante o acusador, é crível deduzir que haverá casos em que a vedação da prova ilícita não será, sobretudo, uma verdadeira forma de auxílio mas sim uma forma de claro prejuízo ao réu.

De modo a concretizar tal pensamento, imagina-se o caso em que a única prova apta a ensejar a absolvição seja oriunda de uma gravação ambiental clandestina que o réu fizera. Será que ele pode se utilizar de tal meio para afastar dos efeitos deletérios de uma condenação iminente ou terá que obedecer de forma rígida o previsto pelo legislador?

⁶BRASIL, op. cit, nota 02.

⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401.

Pacelli⁸ defende que para o caso acima ilustrado é necessário que esteja presente situação de relevância jurídica ou justa causa. Explica o autor que tal justa causa nada mais seria do que a própria justificativa validamente conferida e aceita pelo Direito para a produção de prova que é aparentemente ilícita, como no caso do estado de necessidade. Para ele portanto, não haveria qualquer empecilho legal, superando a redação expressa do dispositivo.

Na mesma linha, Ada Pellegrini⁹ entende que quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, será excluída a ilicitude da sua conduta por causas legais. Dessa forma, não haveria, para a autora, uma conduta propriamente ilícita, visto que afastada a antijuridicidade da colheita da prova.

Nesse cenário, factível constatar que a interpretação do artigo 157, do Código de Processo Penal¹⁰ deve ser realizada, não por um método interpretativo clássico, isto é, uma interpretação literal, mas sim, sob o feixe constitucional, se coadunando com o modelo pós-positivista.

Barroso¹¹ enumera três mudanças de paradigmas que abalaram a interpretação tradicional. A primeira se refere a superação do formalismo jurídico, com o conseqüente abandono da visão de que o Direito apresenta a solução de todos os problemas trazidos ao julgador, bem como de que a aplicação dessa solução seria a efetivação de uma justiça imanente. A segunda é o nascimento de uma cultura jurídica pós-positivista, na qual, verifica-se que a legislação, isto é, o comando legal, por si só, não é suficiente para resolução dos problemas, devendo o Direito procurar a solução em outros campos do conhecimento. Por fim, a terceira mudança é a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição, na qual todo o ordenamento jurídico deve passar pelo filtro constitucional, de modo a que se compatibilize com os seus valores e princípios.

Diante desse cenário, a afirmação de que a norma prevista no artigo 157, do Código de Processo Penal¹² comporta uma interpretação absoluta nega, por si só, o modelo pós-positivista na qual se vive atualmente. As regras não podem ser consideradas como um conjunto isolado de normas, mas devem conviver harmoniosamente com os outros princípios constitucionais capazes

⁸PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 184.

⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333-334.

¹²BRASIL, op. cit., nota 02.

de influenciar na sua interpretação.

Logo, o comando legal disposto no artigo 157, do Código de Processo Penal¹³ deve ser lido de modo não restrito, ou seja, a hermenêutica a ser utilizada deve ser ampliativa, de forma a comportar outros princípios constitucionais, mormente o da proporcionalidade. Com isso, será atribuída a centralidade da Constituição, propagando seus valores e reafirmando a vontade do constituinte originário que deve prevalecer sobre a do legislador.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE AS SUAS POSSÍVEIS FACES

O princípio da proporcionalidade, como ensina Leonardo Ribeiro Pessoa¹⁴, tem sua origem no século XII, influenciado, sobretudo, pelas teorias jusnaturalistas que predominavam na Europa e consagravam um conjunto de direitos anteriores ao próprio Estado e que deveriam assim ser respeitados. Em outras palavras, a aplicação desse princípio serviria de base para resguardar um núcleo intangível de direitos que não poderia ser violado por nenhum poder soberano.

O princípio da proporcionalidade, nessa perspectiva, deve ser observado como uma garantia indispensável ao sistema normativo de qualquer Estado de Direito. Não é possível pensar na concretização de direitos fundamentais desenhados no sistema constitucional sem um mecanismo para efetivá-lo em caso de uma eventual colisão.

Sabe-se que um direito positivado sem o respectivo mecanismo para a sua devida proteção é um direito pouco eficaz e, por conseguinte, muito violado. Ademais, em muitos casos, em que pese sejam assegurados meios adequados para a defesa dos direitos, esses direitos se chocam.

Explica-se melhor: no caso, por exemplo, de colisão entre o direito de intimidade de um agente público e o de informação, por parte da imprensa, sendo ambos direitos fundamentais, o direito que irá se destacar é aquele que, depois de passar pelo filtro do princípio da proporcionalidade, for mais consubstancial ao caso. Ora, é sabido que a intimidade é um direito

¹³Ibid.

¹⁴PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

intrínseco à personalidade e graças a ele a pessoa pode preservar a sua vida privada, de modo que não haja qualquer interferência alheia, ainda que estatal.

De outro lado, entretanto, o direito à informação é a chave mestra de um Estado Democrático de Direito. Se, no passado, o Brasil se deparou com momentos obscuros em sua história onde a informação e a imprensa eram constantemente censurados e reprimidos, o princípio da proporcionalidade seria o meio mais adequado para permitir que ambos os direitos, de alguma forma, sejam resguardados num eventual combate. Não seria proporcional, nesse sentido, que o repórter invadisse o domicílio do agente público, com o objetivo de obter informações aptas a serem noticiadas. Noutra giro, também não seria proporcional que o agente público impedisse, de modo peremptório, que a imprensa noticiasse, por exemplo, um suposto escândalo de propina envolvendo esse agente, com a divulgação de imagens do pagamento de propina que ocorrera em um famoso restaurante da cidade.

O que se quer mostrar, então, é que a depender do caso concreto, os direitos fundamentais que, supostamente, estiverem numa zona de conflitos de interesses serão colocados, pelo exegeta, de forma prévia e hipotética, numa balança onde serão analisadas as suas principais características e os bens jurídicos protegidos, de modo, ao final, optar pelo direito com maior envergadura. Em outras palavras, a colisão de direitos ocorre quando numa mesma situação há diversos direitos devidamente protegidos pelo ordenamento jurídico só que em posições contrárias, isto é, de antagonismo. Caberia ao intérprete decidir, assim, o direito preponderante no caso concreto, sob pena de transformar o sistema jurídico que foi racionalizado para ser um sistema harmônico num verdadeiro caos jurídico.

Verifica-se, desse modo, que uma das faces do princípio da proporcionalidade, aplicável até os dias atuais, é a de garantir direitos sempre que esses estejam em ameaça ou forem violados. Isso é, o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e de harmonização do sistema jurídico como um todo.

Nessa mesma linha, Gustavo Badaró¹⁵ ensina que a proporcionalidade tem sido considerada como inerente ao sistema de coexistência dos direitos fundamentais, de modo a haver um reforço na proteção de tais direitos, visto que numa eventual colisão faz sobressair aquele que possui maior peso, ou seja, aquele considerado de maior relevância para o caso concreto e, por conseguinte, que merece a devida proteção do ordenamento jurídico.

¹⁵BADARÓ, op. cit., p. 94.

Contudo, o princípio da proporcionalidade, apesar de apresentar grandes benefícios, se bem aplicado, traz consigo uma outra face perversa: a de flexibilização indevida de direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico elencou diversos direitos que são passíveis de serem exercidos por seus titulares, direitos esses que foram fruto de inúmeras revoluções e conquistas populares, ao longo de toda história. A positivação de direitos fundamentais, entretanto, não é bem quista pelos governantes visto que representam fatores limitadores de seu poder e, por consequência, quanto menor o poder, menor a influência que aquele governante exerce sobre os seus governados.

Daí que a proporcionalidade deve ser aplicada pelo intérprete de modo muito responsável. Esse princípio, diferentemente de fórmulas matemáticas ou de ciências exatas, não comporta um modelo pré-definido de como deve ser aplicado, ou seja, não prevê um modelo fechado que determina os casos em que os direitos devem se submeter ao crivo da aplicação da proporcionalidade ou não.

Deve assim, o operador do direito se orientar pelo caso concreto, valendo-se, sobretudo, do auxílio da doutrina sobre o assunto que, dentro do possível, tenta tornar mais objetiva a aplicação do princípio, de modo a não subverter a sua verdadeira finalidade.

Inadmissível, contudo, é o exegeta se valer, falsamente, da doutrina e de seus ensinamentos para aplicação do princípio de modo a fazer reinar seus interesses individuais. Em razão do alto grau de abstrativização de que dispõe um princípio, há sim uma grande facilidade do operador, sob o discurso da efetivação de direitos fundamentais, dele se utilizar.

Nessa ótica, Aury Lopes Jr¹⁶ destaca a constante manipulação do princípio, servindo para atender, na grande maioria, interesses outros que não o do verdadeiro fim do instituto. Para tal, o autor cita como exemplo as diversas decisões judiciais que se fundamentam no aspecto reducionista binário de interesse público x interesse privado, de modo a limitar a incidência dos direitos fundamentais do seu titular para atender ao interesse público.

Como se vê, o autor supracitado apresenta um elucidativo exemplo de como um princípio é facilmente manipulado. Não há como se negar que interesse público é um conceito de extrema vagueza e, portanto, pode ser aplicado como uma justificativa argumentativa de modo a mascarar a real intenção do intérprete na hora da sua aplicação.

¹⁶LOPES JR., op. cit., p. 405.

Todavia, equivocado pensar que em vista da grande elasticidade que se pode dispensar ao dito princípio, ele deve ser repellido do sistema normativo como um todo. Pelo contrário, a sua face positiva quando comparada com sua face negativa deve preponderar.

Recomenda-se, assim, que para evitar os resultados danosos que a utilização inadequada possa trazer, o intérprete, ao optar por aplicar o princípio, motive de forma minuciosa as suas razões. A motivação, desse modo, constitui a garantia de que o princípio será utilizado como um verdadeiro instrumento de coexistência de direitos fundamentais, e não como um vírus apto a espalhar a doença da arbitrariedade e da tirania do governante, que deve ser totalmente repelida já que incompatível com a ordem democrática reinante.

É nesse sentido, por fim, que Renato Brasileiro¹⁷ argumenta que a motivação é de grande importância, haja vista que graças a ela o cidadão que teve seu direito restringido pode aferir os motivos de fato e de direito que levaram a esse entendimento e, com efeito, caso considere ilegal ou inconstitucional, poderá impugnar o ato perante o Poder Judiciário.

3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VETOR DE PREPONDERÂNCIA OU DE SUBMISSÃO AO DIREITO DE LIBERDADE

No capítulo anterior, discutiu-se sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, tanto numa vertente positiva quanto negativa, de resolução de conflitos de direito e de reafirmação de direitos fundamentais. Ao final, chegou-se a conclusão que o viés negativo do princípio da proporcionalidade, a saber, o de manipulação do seu real sentido cede espaço quando confrontado com o seu viés positivo que, como dito, se consubstancia em dar maior efetividade aos direitos constitucionalmente previstos. Resta agora discutir se tais direitos, sobretudo, o direito de liberdade deve preponderar ou ser submisso ao princípio do devido processo legal.

O devido processo legal insculpido no artigo 05, LIV, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988¹⁸ inaugura um dos principais direitos conquistados pela sociedade, o de ser processado de acordo com normas previamente estabelecidas de forma objetiva e imparcial. Se no passado, os cidadãos que se submetiam a um processo perante o Poder Judiciário

¹⁷LIMA, op. cit., p. 86.

¹⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

desconheciam os eventuais procedimentos que o circundavam, bem como os direitos a eles inerentes, atualmente, tal cenário é muito distinto, não apresentando nem de longe qualquer semelhança com o sombrio passado.

Etimologicamente há a possibilidade de se extrair um conceito inicial do que seria o princípio do devido processo legal. Seria o processo que se atenta, se coaduna, com os ditames legais que regem à matéria, ou em outras palavras, seria um processo obediente a todo sistema de garantias legais e constitucionais previstas tanto para quem processa quanto para quem é processado¹⁹.

Assim, sob uma ótica puramente formal do respectivo princípio, o devido processo legal se perfectibiliza se o operador do direito observar de forma plena todas as normas condizentes sobre a matéria processual ali referida. Há, portanto, a observância e reprodução, de forma integral, do que foi descrito pelo legislador, sob pena de ser considerado inválido o ato praticado por evidente desconformidade com a previsão legal.

Se engana, entretanto, aquele que defende que a mera formalidade do processo não traz grandes vantagens para as partes, pois o real escopo do processo é ser um instrumento de efetivação de um direito. Seria o processo colocado, para tal visão, em um segundo plano, consistindo apenas num acessório de um principal que é o direito material em si.

É inegável que a lei, pensada e discutida por meio dos representantes do povo, consiste, pelo menos em tese, no verdadeiro atendimento dos anseios da população. E mais, delimita a área de atuação do Poder Estatal, coibindo eventuais arbítrios. Assim, ao aplicar a lei não se está tornando realidade tão somente àquilo que era desejo do povo, mas também reprimindo a expansão do Estado que se não tiver limites fixos torna-se um Estado tirano e, por conseguinte incontrolável.

Dessa forma, a ótica formal do devido processo legal é uma evidente garantia de que o processo terá seu curso normal e não haverá nenhuma consequência diversa daquela previamente determinada no ordenamento jurídico. Aliada à ótica formal, o intérprete também se depara com a ótica material do devido processo legal.

Em linhas gerais, o devido processo legal em sua ótica material ou substantiva, segundo Badaró²⁰ nada mais é do que o julgamento prévio por parte do intérprete sobre a razoabilidade ou não de uma norma. No caso, não se segue de forma rígida e obediente as normas legais, tão

¹⁹BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

²⁰BADARÓ, op. cit., p. 85.

somente por ostentarem tal natureza.

Deve o intérprete aplicar o filtro da razoabilidade, portanto, para conseguir separar as normas que realmente deverão incidir e serão utilizadas para reger o processo em curso, daquelas que apesar de serem normas, isto é, de terem seguido o procedimento formal para sua elaboração, não se harmonizam com o sistema jurídico da qual fazem parte, por contrariar, por exemplo, valores considerados de grande relevância para sociedade.

Em apertada síntese comparativa, para que se satisfaça o aspecto formal do devido processo legal, o intérprete deverá ser responsável pela observância plena das normas que regulamentam e regem a matéria, sem qualquer juízo prévio sobre tal conteúdo. Ao passo que, para se contemplar o aspecto substantivo do referido princípio, o juízo prévio da razoabilidade da norma que será aplicada é considerado imprescindível para a correta exegese²¹.

O indiscutível, contudo, é que o referido princípio, tanto na sua ótica formal, quanto na sua ótica material objetiva a proteção de um bem maior que é considerado como basilar do sistema jurídico: a proteção da liberdade. A liberdade, como não poderia ser diferente, é um direito que merece toda a atenção e cuidado por parte do intérprete. De nada adiantaria conferir inúmeros direitos ao cidadãos se lhes faltasse o primordial que é o direito à liberdade.

Se o cidadão não tiver liberdade é impossível, por exemplo, que goze de outros direitos tão importantes como o direito da propriedade. Assim, comumente, se denomina a liberdade como direito prévio para o exercício de quase todos os outros direitos.

Diante da importância que ela ostenta, incontáveis foram as revoluções e conflitos sangrentos ao longo da história de modo que cada vez mais fosse ampliada e regulamentada a sua proteção no ordenamento jurídico. Todavia, sabe-se que o ser humano não vive de forma isolada numa sociedade, pelo contrário, é compelido a de forma diária conviver e respeitar os seus semelhantes.

Dai surge a necessidade de que o direito de liberdade não seja considerado como um direito absoluto, mas sim que seja conferido limites, de modo que cada ser humano possa exercer sua parcela desse direito sem, contudo, suprimir, por completo, a parcela dos demais. Nesse ponto, pode-se inclusive realçar a importância do devido processo legal, sobretudo no processo penal.

²¹BARCELLOS, op. cit., [e-book].

Isso se faz porque, se de um lado, se tem a pretensão estatal de punir o agente pela sua conduta criminosa, por outro é o direito de liberdade do agente que está em questão. Ora, para melhor resolver essa disputa, adota-se o devido processo legal que limita, de forma equânime, os direitos de liberdade dos dois polos processuais.

Em outras palavras, tanto o Estado não pode exercer o seu legítimo direito de punir, de forma absoluta, devendo-se atentar aos rígidos ditames positivados no ordenamento jurídico quanto o acusado não pode exercer de forma integral a sua liberdade de defesa, devendo observar, da mesma forma, ao princípio do devido processo legal como requisito para validar os atos processuais praticados.

Nesse diapasão, o acusado deve-se atentar, inclusive, no que diz respeito à produção probatória, sendo admissível toda a prova que o Direito considerar como válida e repelida toda aquela por ele vedada. O problema central surge quando o único meio de se provar a inocência ou, em outros termos, a sua não participação no fato pelo qual está sendo acusado, é desrespeitar o princípio do devido processo legal e produzir assim uma prova considerada ilícita pelo direito.

Ora, em que pese as inúmeras divergências doutrinárias²², parece que o que deve preponderar é o direito de liberdade do indivíduo. Explica-se melhor.

O princípio do devido processo legal teve como fim último frear o poder tirano e arbitrário do Estado. Assim, quando o referido princípio que teve como propósito o de garantir a liberdade ao indivíduo for usado como um verdadeiro obstáculo para se alcançar seu fim, deverá ceder espaço, de modo a efetivar a liberdade. Não pode, dessa maneira, servir o princípio do devido processo legal como um entrave, sendo aplicado de forma fria e mecânica pelo operador do direito.

Ademais, o princípio é um mandado de otimização que assim como os demais outros princípios visam a garantia de um sistema jurídico harmônico e unitário. Nega-se, com isso, que se aplique o princípio de forma estrábica, isto é, descolado de outros vetores axiológicos que junto lhe confere a melhor interpretação para o caso concreto, que indubitavelmente é o valor da liberdade.

Logo, diante do apresentado, é forçoso concluir que o princípio do devido processo legal não deve preponderar quando a questão em conflito envolver a liberdade do acusado. A harmonia do sistema e o respeito pleno a liberdade do acusado, valor essencial a ser perseguido pelo

²²LIMA, op. cit., p. 643.

ordenamento, é que devem prevalecer.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa baseou-se na resolução da problemática central consubstanciada na possibilidade ou não de aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas. Tal conflito se configurou haja vista que, de um lado, o ordenamento jurídico é claro ao rechaçar as provas consideradas ilegais, de outro, permite a aplicação da proporcionalidade como um princípio de garantia e efetivação de direitos, sobretudo, quando o valor liberdade for o que estiver em jogo.

Para tanto, este pesquisador tentou, ao longo dos capítulos, desconstruir a ideia de um sistema normativo rígido, engessado, de modo que houvesse uma completa sintonia entre a carga axiológica advinda da Constituição com o real espírito das normas previstas pelo legislador. Com isso, o que se buscou foi a desconstrução de interpretações mais restritivas e menos garantidoras de direitos.

Por conseguinte, a temática inicial que se pretendeu discutir no capítulo introdutório do presente trabalho foi a possibilidade ou não de se conferir uma interpretação mais elástica ao disposto no artigo 157, do CPP. Com a resposta afirmativa, consoante se concluiu sopesando os argumentos positivos e negativos, inferiu-se que o exegeta possui um maior espaço discricionário de interpretação.

Prosseguindo, o segundo questionamento que foi superado foi sobre a escolha do critério interpretativo a ser utilizado como mecanismo de superação do texto legal previsto no CPP e alcance da verdadeira razão de ser do dispositivo. O que se pretendeu foi realizar uma análise sobre como o princípio da proporcionalidade deve ser manejado com o fito de garantir direitos e não de restringí-los.

Por consequência, foram apresentadas duas visões sobre o aludido princípio, sendo uma entendida como positiva e a outra como negativa. A positiva é vinculada a ideia de proteção e efetividade de direitos, enquanto, a negativa relaciona-se a ideia de facilidade de manipulação de direitos em prol de uma determinada visão, visto a grande carga valorativa que um princípio carrega e a pouca precisão interpretativa que pode ocasionar.

Para tanto, se propôs, que o princípio da proporcionalidade pode sim ser um instrumento

efetivo para a flexibilização da disposição prevista no artigo 157, do CPP., isso é, pode ser um parâmetro para se permitir o ingresso de provas ilícitas em prol do acusado no âmbito do ordenamento jurídico. Todavia, se demonstrou imprescindível que para correta utilização do referido princípio, mister se faz a motivação quando da sua aplicação. Só assim, os demais operadores do direito, bem como a sociedade de forma geral e os diretamente interessados, poderão inferir se, de fato, houve o bom uso do princípio ou se esse foi utilizado como mera artimanha para esconder interesses escusos.

Há de salientar que no caso de não ter havido a boa aplicação técnica do versado princípio, o que se teve foi a violação do devido processo legal, haja vista a permissão de provas ilícitas num ordenamento que as veda, sendo esse o alvo da discussão do capítulo terceiro. A premissa base foi se o devido processo legal, como uma garantia ao cidadão contra a arbitrariedade do Estado, poderia ou não ser flexibilizada. Conclui-se que, em alguns casos, o único modo de salvar o indivíduo destinatário da proteção da norma, é permitindo que o princípio do devido processo legal seja afastado. São casos em que a aplicação do princípio não protege as partes, mas, pelo contrário, simplesmente atrapalha.

Em síntese, as principais teses que rechaçavam a aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas foram devidamente afastadas, seja, porque o artigo 157, do CPP permite uma abertura hermenêutica quando confrontado pela Constituição, seja porque a proporcionalidade é sim um mecanismo para se garantir ou efetivar direitos, seja ainda porque o devido processo legal não pode ser aplicado de forma absoluta, devendo em algumas hipóteses ser flexibilizado.

Portanto, a conclusão que esse pesquisador chegou, ao final do trabalho, foi pela possibilidade da produção de provas ilícitas, valendo-se do princípio da proporcionalidade como meio e parâmetro de seu controle.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo:

Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>>. Acesso em: 20 mar. 2019.