

Listas de conteúdos disponíveis em [DOAJ](#)



Qualis A3 ISSN: 2178-2008

ARTIGO

Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros



Admissibilidade do uso de provas ilícitas: aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate*

The Admissibility of the use of illicit evidence: Applicability of the principle of proportionality *pro societate*

Recebido: 07/06/2022 | Aceito: 16/08/2022 | Publicado *on-line*: 20/12/2022

Bruno da Silva Cardoso¹

<https://orcid.org/0000-0003-4563-5985>
 <http://lattes.cnpq.br/1112806635717648>
Centro Universitário UniProcessus, DF, Brasil
E-mail: brcardoso.silva94@gmail.com.

Jonas Rodrigo Gonçalves²

<https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>
 <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>
Centro Universitário UniProcessus, DF, Brasil
E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br

Danilo da Costa³

<https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>
 <http://lattes.cnpq.br/9522717317530051>
Universidade Católica de Brasília, UCB, DF, Brasil
E-mail: educadordanilocosta@gmail.com



Resumo

O tema do presente artigo é Admissibilidade do uso de provas ilícitas: Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade *Pro Societate*. Indagou-se o seguinte problema: “É possível a admissibilidade do uso de provas ilícitas em favor da sociedade?”. Projetou-se a seguinte hipótese “Quando a grande coletividade é atingida, o uso de provas ilícitas em favor da sociedade é admitido”. O objetivo geral é “Analisar se é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para uso de provas ilícitas em favor da sociedade”. A importância deste trabalho para um operador do Direito é que por meio do princípio da proporcionalidade é possível usar provas ilícitas tanto para o réu quanto para a vítima; para a ciência, mostra ser um instrumento para dirimir contendas de preceitos fundamentais; soma à sociedade pelo fato de que a vedação da proporcionalidade acarretará impunidade, gerando impacto social negativo. Por fim, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e teórica que durou seis meses.

Palavras-chave: Provas Ilícitas. Admissibilidade. Proporcionalidade. *Pro Societate*.

¹ Graduando(a) em Direito pela Faculdade Processus. Bruno da Silva Cardoso.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Fapesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor.

³ Mestrando em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, e Direito Administrativo. Licenciado em Geografia pela Universidade Anhanguera. Professor da Faculdade Processus (DF). Coordenador do grupo de pesquisa da Faculdade Processus “Políticas Públicas e Inovações Tecnológicas”.

Abstract

The subject of this article is The Admissibility of the use of illicit evidence: Applicability of the principle of proportionality pro societate. Has been inquired: "Is that possible the admissibility of the use of illicit evidence the illicit evidence in favor of the society?". It was projected the hypothesis "When the large community is reached, the use of illicit evidence in favor of the society is allowed". The main goal is "To analyze if it's possible the application of the principle of proportionality to use the illicit evidence in favor of the society". The importance of this paper for an operator of Law it's that by the principle of proportionality is possible to use illicit evidence in favor as to defense as the victim; for science, it shows to be an instrument to settle up disputes of constitutional rights; it sums to society by the fact that the prohibition of proportionality will lead to impunity, creating negative social impact. Finally, it is a bibliographic and theoretical research that took six months.

Keywords: *Illegal evidence. Admissibility. Proportionality. Pro Societate.*

Introdução

O presente trabalho abordará a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade pro societate, ao verificar que, por meio da aplicação desse princípio, será possível admitir o uso das provas ilícitas em favor da sociedade. Demonstrando, assim, ser uma exceção à regra geral que veda tal uso.

A aplicação do princípio da proporcionalidade não decorre necessariamente de um embate de garantias fundamentais. Na hipótese de princípios igualmente reconhecidos na Constituição, quando divergem, a proporcionalidade cria um método de pacificação, submetendo o princípio de menor relevância até o de maior valor para a sociedade (CAPEZ, 2016, p.515).

O artigo propõe-se a responder a seguinte problemática: "É possível a admissibilidade do uso de provas ilícitas em favor da sociedade?". Pelo princípio da proporcionalidade se admitirá o uso de provas ilícitas em favor sociedade.

A utilização do princípio da proporcionalidade também deve ser aplicada em favor da sociedade, pois, o confronto que é criado não é sobre o direito da defesa e o direito da acusação em provar, mas de resguardar as garantias fundamentais de toda a coletividade, defendido pela norma penal (CAPEZ, 2005, p.270).

A hipótese indagada frente ao problema em questão foi "Pelo princípio da proporcionalidade, é admitido o uso de provas ilícitas em favor da sociedade, nos casos em que a grande coletividade é atingida". Quando grande parte da sociedade é atingida, admite-se o uso de provas ilícitas, sustentado pelo princípio da proporcionalidade.

De modo que, não é justo que se condene alguém que de fato não é culpado. Sendo de conhecimento a existência de provas que foi obtida por meios ilícitos, que seja capaz de provar a inocência, compreende-se que, diante da realidade atual das mazelas sociais, as grandes organizações criminosas causam a coletividade; logo, não é justo que o princípio da proporcionalidade seja usado tão somente para os interesses do réu em sua defesa (AVENA, 2017, p.333).

O Objetivo Geral deste trabalho é analisar se e quando é possível a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para uso de provas ilícitas em favor da sociedade. Ao constatar que é possível a aplicação do princípio, verifica-se que é permitido o uso das provas ilícitas quando se quer proteger um bem de interesse de toda a sociedade.

Quando não há outros elementos que componham a convicção do juiz, restando ser a única prova capaz de trazer a verdade real ao processo, é imperativo que a prova ilícita seja utilizada mesmo que seja contra o acusado, exemplo ilustrativo: na ocorrência de um homicídio, a arma utilizada e registrada no nome do acusado foi apreendida dentro de sua residência, pelo período da noite e sem a devida autorização judicial; e, após os exames periciais, constatou-se que a base para a acusação é a referida arma. Logo, vê-se claramente que a ilicitude da apreensão é o único meio de prova e não deve ser ignorada pelo juiz e a impunidade perpetuar (AVENA, 2017, p.333).

Sendo assim, os objetivos específicos deste trabalho que foram definidos, são: conceituar o que são provas ilícitas; constatar as possíveis exceções à vedação do uso de prova ilícita; verificar as hipóteses em que é cabível a proporcionalidade para admitir o uso da prova ilícita. De modo que, a partir do estudo geral da prova penal, possa ser entendido suas peculiaridades e incidências.

Costumeiramente, a doutrina conceitua “teoria geral da prova” para adentrar ao tema relacionado à prova dentro do processo penal. Sob a nossa ótica, a teoria sobre qualquer objeto de estudo científico deve sempre ser uma generalidade, no sentido de analisar o conteúdo e a essência do objeto em sua integralidade (PACELLI, 2017, p.174).

A presente pesquisa é de singular relevância para os operadores de Direito, pois, por meio do princípio da proporcionalidade é possível usar provas ilícitas. Ainda que haja um embate de princípios, a proporcionalidade, aplica-se tanto em favor da defesa (réu) quanto para a vítima (acusação).

A temática apresentada, para a ciência revela ser um instrumento importante para dirimir contendas de proteções fundamentais, tendo em vista que, nenhum Direito é absoluto a ponto de desfazer por completo a existência de outro direito.

Haja vista que a sociedade está em constante evolução, o ordenamento jurídico, também, deve evoluir para atender as demandas da sociedade. Esse estudo visa a explicitar, que a não flexibilização da proporcionalidade, muitas vezes, acarretará em impunidade, tendo impacto no meio social.

Esse estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica e teórica, sendo feita para apresentar conhecimento e compreensões acerca das teorias expostas, tendo como fim analisar e explicar o tema em questão. Por ser uma pesquisa bibliográfica, visando a analisar as principais teorias sobre o tema, tal estudo fundamentou-se em doutrinas, leis e entendimento jurisprudencial.

O principal instrumental utilizado para o presente estudo foram os livros, adquiridos pessoalmente. Por tratar-se de uma revisão de literatura os instrumentos foram: 5 doutrinas, bem como, a própria lei: Constituição Federal, Código de Processo Penal e Legislação Extravagante (Lei 11.690/08).

Foi vedada a utilização de artigos publicados sem ISSN, não podendo também os artigos serem feitos por autores sem títulos mínimos, como mestrado e ou doutorado; vedada a utilização de livros sem ISBN e não foi permitido o uso de menos de 5 obras, seja de artigo ou livro, sendo esses os critérios de exclusão. A presente pesquisa de revisão de literatura despendeu o tempo de 4 meses, sendo que, no primeiro mês foi feita a colheita e leitura do material a ser utilizado, no segundo mês a escolha dos assuntos mais relevantes para o tema, no terceiro mês a revisão de literatura e no quarto mês a construção dos elementos que estruturam o trabalho, da fase de introdução até a metodologia.

A pesquisa apresentada é do tipo qualitativa, e como tal não se ateve somente a aferir um determinado tema, mas os autores buscaram coletar informações,

descrever, usar opiniões e pontos de vista, embasados pela pesquisa bibliográfica para então conceituar a temática proposta.

A metodologia empregada para a elaboração do presente estudo é de um Artigo de Revisão de Literatura, que possui peculiaridades em sua estruturação, havendo a possibilidade de ser publicado em revista acadêmica. É composto entre 10 e 30 páginas e tem um rito a ser cumprido. Em algumas faculdades pode ser requisito obrigatório para a conclusão de curso de graduação, que tem como modalidades: Monografia, Estudo de Caso, Estudo de Jurisprudência e Artigo de Revisão (GONÇALVES, 2019, p.4).

ADMISSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS: APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PRO SOCIETATE

O processo criminal é uma ferramenta retrospectiva e uma reconstrução aproximada de certos fatos históricos. Como ritual, destina-se a orientar e fornecer o conhecimento dos juízes através da reconstrução histórica dos fatos. Nesse caso, a evidência é um meio de reconstruir o passado (crime). A temática da prova é sempre a afirmação dos fatos (passado), enquanto as normas legais geralmente não são o tema da prova (de acordo com o princípio da *iura novit curia*) (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, p.256).

Os procedimentos criminais inseridos na complexidade dos procedimentos judiciais tentam reconstruir, o mais próximo, eventos passados. Por ser essencialmente uma evidência, o processo visa a criar condições para os juízes exercerem suas atividades de reconhecimento, a partir das quais formarão o seu convencimento. A partir da prova é que se permite ao juiz admitir os fatos históricos do caso, declarados na acusação. O procedimento criminal e as provas nele recebidas fundem os elementos que constroem a sentença do juiz, que constituirão a sua convicção e legitimarão o poder contido na decisão final (LOPES JR. 2013, p.418).

No decorrer da história, a lei sempre confrontou o tema do descobrimento da verdade, tentando obtê-la por vários meios e técnicas jurídicas, tais como: os juízos de Deus, comumente conhecidos como as ordálias, uma prática que remonta à época da Idade Média, na qual o acusado sofria algum tipo de tortura e prova física, para que pudesse provar a inocência; além disso, haveria uma interferência de Deus durante a provação e se o mesmo saísse vitorioso, admitia-se então a autenticidade de sua reivindicação. Passou-se muito tempo utilizando-se de tais técnicas de obtenção de verdade, até a introdução da racionalidade na colheita de prova. (PACELLI, 2017, p.174).

Desde uma verdade revelada pelos deuses, até a verdade produzida pela racionalidade na colheita de provas, observando a contradita e o confronto dialético das partes interessadas na avaliação, bem como a sua valoração, o Direito, num todo, especialmente a partir do século XVIII, evoluiu o ordenamento jurídico na sistemática da processualização da jurisdição, a seara processual penal sempre cuidou para a reconstrução judicial dos fatos considerados como criminosos. Preocupando-se exclusivamente em atender aos interesses de uma segurança pública, ainda que indefinida, bem como, prestando atenção aos interesses do réu, especialmente quando ele começa a ocupar a posição de sujeito de direitos na demanda, não sendo mais um mero objeto dentro do processo (PACELLI, 2017, p.174).

A participação do réu em processos criminais completa e engrandece a relação processual (Estado (juiz), vítima e réu), com a existência do princípio da ampla defesa, porque não apenas é um direito ou uma obrigação a garantia da participação, mas

também a participação efetiva, para garantir que o acusado tenha uma real contribuição para o resultado final do processo (PACELLI, 2017, p.175).

Nessa atividade, a instrução criminal (inquérito ou no curso da ação penal) e as evidências coletadas são cruciais para a apuração e escolha dos pressupostos históricos sugeridos (CORDERO, Franco. Procedimento Penal, v. 2, p.3). O material que permite a reconstrução histórica é a prova, material esse o qual incide a constatação dos pressupostos históricos sugeridos e tem como objetivo persuadir o juiz (a função da persuasão) (TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos, p.83).

Como explicado por TARUFFO, além da função persuasiva do juiz, as provas também têm a finalidade de "fazer as pessoas acreditarem" que o processo penal diz a "verdade" do fato, porque para os cidadãos, é benéfico fazê-lo pensar isso, mesmo que não seja de fato, pois, é impossível obter essa verdade na realidade, essa é a crença que precisamos fortalecer (LOPES JR. 2013, p.419).

Em resumo, os processos criminais têm efeito retrospectivo e, por meio do lastro probatório, projeta-se criar condições para as atividades cognitivas do magistrado sobre o caso concreto, no qual, o conhecimento dos fatos adquirido acerca do caso legalizará o poder contido na sentença (LOPES JR. 2013, p.420).

Portanto, mesmo que previamente e notadamente imperfeito, o processo criminal deve estabelecer a verdade judicial, uma vez que havendo o trânsito em julgado na sentença, recai os efeitos da coisa julgada, gerando todas as consequências legais e constitucionais. Destarte, o processo produzirá um certo tipo de certeza jurídica, que pode ou não coadunar à verdade da realidade dos fatos (verdade que geralmente nunca se conhecerá), cuja ambição é a contenção de uma possível situação de conflito que seja objeto da jurisdição penal (PACELLI, 2017, p.174-175).

Para lograr êxito nessa árdua tarefa, vários métodos e técnicas de prova são empregados e, por meio destes, busca-se encontrar a realidade mais próxima possível dos fatos investigados. Entretanto, há um limite constitucional: o respeito aos direitos e garantias pessoais do réu e terceiros, gerando efeitos na vedação legal à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (PACELLI, 2017, p.175).

Desde logo, há de se pontuar que: toda verdade judicial será uma verdade processual. Não somente porque é uma verdade produzida dentro do processo, mas, principalmente, por ser uma certeza eminentemente de natureza jurídica (PACELLI, 2017, p.177).

O grande norte processual da admissibilidade pode ser resumido da seguinte forma negativa: uma prova é admitida em juízo, desde que não exista alguma norma que a vede (CORDERO, Franco. Procedimento Penal, v. 2, p.44).

Por fim, deve-se salientar que a ampla defesa permite inclusive a incorporação de provas obtidas ilicitamente, nos casos em que a defesa suscita. Não podendo ser de modo diverso. Isto porque, quando a colheita de tal prova é feita pelo o acusado ou por outra pessoa que saiba da importância de se obter evidências, será a hipótese de exclusão de ilicitude, pois, estará fundamentada no estado de necessidade, ainda que a prova tenha sido obtida por terceiros, sem a devida ciência da necessidade ou até mesmo não sendo caso da necessidade (por ainda não iniciar a Ação Penal), a prova pode ser validada e aproveitada no processo em benefício do acusado, mesmo que, sua colheita seja ilícita. Compreende-se, dessa forma, que o não acolhimento em virtude da ilicitude, objetivando o respeito à lei, seria uma grande contradição: a condenação daquele que é de fato inocente, sob o fundamento da ilicitude da prova, por qualquer ótica seria uma repugnante violação ao Direito, mesmo que se justifique para a proteção do Direito (PACELLI, 2017, p.175).

Por ocasião, feita uma breve exposição acerca da importância da prova para o processo e como o processo busca reconstituir a verdade do que foi ocorrido, a prova também é um material que constituirá o convencimento do juiz. Após tal compreensão, passemos agora ao estudo da prova que foi vedada na instrução criminal.

O termo prova ilegal confere um gênero que inclui três tipos diferentes de prova: a ilícita, que é obtida por ofensa direta ou indireta à Carta Magna; prova ilícita por derivação, que diz sobre a prova que é lícita em sua essência, mas que é manchada por se originar previamente de uma prova ilícita ou a partir de um estado de ilegalidade; e, a prova ilegítima, que não fere a norma constitucional, mas, é uma prova que é colhida ou produzida ofendendo a norma processual (AVENA, 2017, p.326).

Em consonância com o ensinamento clássico, compreende-se como ilícitas as provas colhidas sob violação da norma que tenha conteúdo material (proteção de direitos), de modo que, necessariamente, tal violação, gere ofensa direta ou indireta à garantia ou princípio constitucional (AVENA, 2017, p.327).

A prova judicial tem um claro escopo definido: reconstituir os fatos aventados no processo e esforçar-se para sincronizar ao máximo com a realidade histórica, isto é, a verdade dos fatos, assim como ocorreu no espaço e no tempo. Portanto, a reconstrução da verdade é uma das mais difíceis tarefas ou até mesmo impossível de se alcançar (PACELLI, 2017, p.174).

De ante mão, muito embora parcela da doutrina entenda que a diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas não existe mais, com o advento das alterações que a Lei 11.690/2008 trouxe ao 157 do CPP, compreende o autor que tais diferenças ainda existam, pois desdobra-se da hermenêutica do art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal, de modo que, não é passível de superação por lei infraconstitucional (AVENA, 2017, p.327).

Contrariamente ao entendimento de parte da doutrina, entende-se que o referido art.157 do CPP, ao ser interpretado, literalmente transcorrerá em incongruência processual. Situação hipotética que pode ilustrar tal raciocínio é acerca da inquirição de testemunhas, caso o juiz esqueça de compromissar uma testemunha isenta, ele terá inobservado o art. 203 do CPP que prevê a obrigação do magistrado em fazer tal procedimento. Como se vê em tal hipótese, trata-se de uma simples irregularidade, ou a rigor processual, ser uma nulidade relativa, nulidade que só poderá ser arguida se demonstrado real prejuízo à parte interessada. Entretanto, caso seja entendido que o desrespeito a toda lei infraconstitucional precede à prova ilícita, o depoimento prestado da testemunha descompromissada há de ser considerado ilícito, devendo ser retirado dos autos e não utilizado, conforme o disposto no art. 157, parágrafo 3º do CPP. Em tal procedimento, é nítido que se mostra desarrazoado, pois, não há ausência absoluta de gravidade da omissão do magistrado.

Outra situação hipotética é durante a audiência de instrução, o juiz pede que uma testemunha faça o reconhecimento do acusado e a testemunha apenas o olha, reconhecendo o acusado como o autor do crime. Em tal hipótese, esse tipo de reconhecimento não atende à forma exigida como dita o art. 226 do CPP. Muito embora, diante da ilustração apresentada, também não é suficiente para que seja considerada prova ilícita, retirada do processo e inutilizada. O entendimento dos Tribunais Superiores é que isso é caso de mera irregularidade, sendo o ato válido e que não macula o convencimento do magistrado (STJ, Habeas Corpus 127.590/GO, DJ 28.05.2015). (AVENA, 2017, p.327- 328).

Considerando o conceito de que são ilícitas as provas que ofendem normas de conteúdo material constitucional, as provas ilegítimas serão as produzidas com violação às regras de conteúdo processual, ou seja, norma que tem uma finalidade própria. Como o caso da perícia que é realizada por um só perito não oficial, infringindo o disposto no art. 159, parágrafo 1º do CPP, o qual afirma que: “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. Questiona-se, então, o porquê dessa regra e o porquê de o legislador ter interpretado dessa forma. Diferente do que é previsto na Legislação extravagante, Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) no art. 50, § 1.º, na qual a perícia pode ser realizada apenas por um perito (AVENA, 2017, p.330).

O princípio da liberdade de provas não é infundável. A intenção pela busca da real verdade e a grande variedade de produção do lastro probatório, empregando de meios diversos que não estão positivados no Código de Processo Penal, encontra um limiar. A própria Constituição Federal estabelece um limite, no art. 5º, inciso LVI, destacando a inadmissibilidade “das provas obtidas por meios ilícitos (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.380).

Com a chegada da Lei 11.690/2008, alterações foram incluídas ao CPP, no que diz respeito à proibição da admissão das provas ilícitas por derivação, disposta no art. 157, parágrafo 1º do CPP. Ao analisar tal artigo, verifica-se que a jurisprudência já entendia tal vedação, apregoando novo entendimento sobre a contaminação das provas, pela aplicabilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, estabelecendo que há de existir correlação entre a prova em questão e a prova ulterior da qual se originou. Para uma melhor compreensão, necessariamente a prova intentada como contaminada, tem de decorrer de outra que foi declarada como ilícita. Caso advenha de fonte independente, ou seja, a prova “que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, conforme dispõe o art. 157, parágrafo 2º CPP, não haverá contaminação.

Nota-se que para argumentar que a prova é válida, embasado sob a fonte independente, é imperioso que não haja correlação entre a prova pretendida e a prova declarada como ilícita (AVENA, 2017, p.330).

A máxima Corte dos Estados Unidos reconheceu esse tipo de prova como ilícita, consolidada nos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de acordo com tal tese, o vício da planta se transmite para todos os seus frutos. Por meio da decisão proferida do caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, no ano de 1920, os tribunais norte-americanos começaram a vedar toda e qualquer prova, mesmo que seja lícita, que se origina de uma prova ilícita (CAPEZ, 2016, p.513).

No Brasil, Grinover, Scarence e Magalhães asseveram que a prova ilícita contamina tudo o que provenha dela, não sendo admitidas as provas ilícitas por derivação na sistemática da Constituição Federal: do ponto de vista mais sensível às garantias humanas, sendo inflexível aos princípios e ordens constitucionais, a ilicitude da colheita prova é transferida para as provas que também são vedadas no processo (Grinover, Scarence e Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 3. ed., Malheiros Ed., p. 116).

Como já citado anteriormente, haverá casos em que a ilicitude será mitigada, na hipótese em que a tese defensiva de inocência do acusado tenha como fundamento, apenas a prova obtida por meio ilícito, bem como, haverá ressalva na prova ilícita por derivação.

Uma das exclusões à teoria da prova ilícita por derivação é aquela produzida por uma fonte independente. Além de tal exceção, existem duas hipóteses, introduzidas pelo ordenamento jurídico norte-americano, que possibilita o uso da prova ainda que viciada. As hipóteses são:

- O acontecimento da limitação da contaminação expurgada, intitulado em inglês: “*purged taint limitation*”, igualmente conceituado como limitação da conexão atenuada, em inglês: “*attenuated connection limitation*”. Nessa hipótese, muito embora algum meio de prova esteja contaminado, em virtude de a prova estar ilícita ou de algum fato que a tornou ilegal, algum evento seguinte a expurga, afastando assim a contaminação; e a prova torna-se válida. Há de se ressaltar que, em tal hipótese, há a correlação entre a ilegalidade e a prova pretendida; entretanto, é afastada pelo evento seguinte. Um exemplo para compreensão é: numa prisão ilegal, o acusado coagido confessa o crime, essa confissão é uma prova ilícita por derivação, pois, advém da prisão ilegal. Contudo, quando o acusado, ao ser ouvido perante o juiz, confessa o crime, sem estar sob coação, essa nova confissão será válida, porque o evento seguinte (audiência em juízo, livre de coação), afasta a contaminação inicialmente deflagrada.

- O acontecimento da descoberta inevitável, intitulado em inglês: “*inevitable discovery*”, ou seja, a hipótese em que a prova é admitida, se for demonstrado que fatalmente e inevitavelmente seria descoberta pelas diligências legais. Cita-se como exemplo: a apreensão de documento incriminatório por meio de busca ilegal pela polícia. Tal documento é prova ilícita por derivação (busca ilegal da polícia). Entretanto no curso do processo, verifica-se que havia mandado de busca para a residência do acusado e que estava sob a jurisdição de outro delegado, que também estava se dirigindo para realizar tal busca. Diante disso, o referido documento seria inevitavelmente descoberto e a apreensão seria legal, afastando, assim, a prova ilícita por derivação, aproveitando-se da prova que proveio da primeira apreensão (AVENA, 2017, p.331).

Indaga-se então, o quanto as garantias constitucionais concernentes ao devido processo legal e respeito à intimidade do réu podem ser transgidas, face à ponderação dos preceitos divergentes entre o indivíduo e o corpo social. De outra maneira, o que fazer frente a um possível confronto entre garantias constitucionais essenciais ao indivíduo, oriundas do devido processo legal e do interesse da coletividade na luta contra a criminalidade? (CAPEZ, 2016, p.514).

Ainda que exista vedação constitucional estabelecida, a doutrina e a maioria do entendimento jurisprudencial, há muito tempo, compreendem que seja possível o aproveitamento das provas ilícitas em benefício do réu, quando for o único meio para absolver ou corroborar um fato essencial para sua tutela. Nesta ocasião, o princípio da proporcionalidade é aplicado, conhecido também como princípio do sopesamento, que considera “que nenhum direito da Constituição tem natureza absoluta” (BASTOS, Celso Ribeiro. 18 ed. Curso de direito constitucional. p. 228), permitindo a análise no caso concreto que, em eventual conflito de preceitos fundamentais, deve ser preservado pelo Estado (AVENA, 2017, p.332).

A ponderação de bens consiste na técnica para a solução de contenda ou tensão entre princípios constitucionais de igual relevância, podendo essa ponderação ser encontrada até nas escolhas mais triviais na vida humana. A análise ordinariamente é feita em situações que se objetiva a melhor preservação de um direito, de modo que, seja menos onerosa a outro direito. A proporcionalidade, então, é reivindicada. (PACELLI, 2017, p.196).

O princípio da proporcionalidade enraizou-se no Direito Administrativo, sendo utilizado como instrumento limitante nos casos de excesso de poder, tal princípio residiu em lugar exclusivo na exegese de todo o ordenamento jurídico, especialmente no que concerne ao controle constitucional das leis (PACELLI, 2017, p.196).

Após o período da guerra, a teoria da proporcionalidade foi concebida na Alemanha. Conforme essa teoria, somente em ocasiões excepcionais e situações de extrema gravidade, a prova ilícita é admitida fundada na teoria do equilíbrio entre os princípios conflitantes (a admissão da prova ilícita em contexto de grande necessidade, significa violar um princípio para alcançar um objetivo excepcional aceitável). Por meio dessa teoria, a vedação geral de que as provas ilícitas é um princípio relativo, que, ocasionalmente, pode ser rompido quando estiver em questão um bem de maior relevância ou garantia fundamental em que se diverge.

Pontua-se que, não há necessariamente um confronto de princípios e garantias constitucionais propriamente dito, visto que, devem atuar mutuamente, como quando há a hipótese de divergência e o mais importante prepondera. Uma ilustração possível da aplicação de tal princípio é quando alguém é acusado injustamente e o único meio para provar que não é culpado é através da interceptação telefônica, sem a prévia autorização do magistrado. Diante do impasse entre a proibição do uso da prova ilícita e cercear a liberdade de alguém, em uma cristalina situação de injustiça, por óbvio, o ordenamento jurídico flexibilizaria para excepcionar a vedação da prova ilícita, para outorgar a absolvição. Outra ilustração possível da aplicação desse princípio é no caso da organização criminosa, que numa investigação criminal teve o sigilo telefônico violado ilegalmente, revelando assim os crimes. Um questionamento é levantado, o que é melhor para sociedade: o desmembramento de tal organização ou a proteção do direito à privacidade? Segundo Avolio: "(...) o entendimento jurisprudencial alemão permite exceções à vedação geral da admissibilidade das provas produzidas ou colhidas em violação à Constituição, quando for o caso de demandas de natureza pública ou privada e tiverem grandes proporções, que merecem a excepcionalidade da tutela. Alcança-se, portanto, o princípio do balanceamento dos interesses e valores, traduzido em alemão: "Güterund Interessenabwägung" (Provas ilícitas, cit., p. 62).

No entendimento norte-americano, tal princípio foi conceituado como de "razoabilidade", termo equivalente à proporcionalidade do Direito Germânico. Se uma prova ilícita ou ilegítima é necessária para coibir uma condenação injusta, decerto que, deve ser aceita, permitindo a vedação constante nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal. Sob esse prisma, destaca-se a compreensão de Luiza Carlos Branco, entendimento totalmente cabível às provas penais: "O princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico alemão tem três requisitos para o ato administrativo: 1) Adequação, é o método utilizado na atuação em conjunto com a sua finalidade; 2) Exigibilidade, ou seja, é necessária a conduta, não existindo meio diverso que seja menos grave ou oneroso para se alcançar o objetivo público; 3) Proporcionalidade em sentido limitado, onde os benefícios contrapõem-se aos malefícios" (Equidade, proporcionalidade e razoabilidade, São Paulo, RCS Editora, p.136).

O consentimento quanto ao recebimento do princípio da proporcionalidade não apresenta grande dificuldade em sua aplicação, pois, o princípio que inadmite as provas colhidas por condutas ilícitas não deve ser utilizado como sustentáculo para condenações que vão de encontro à justiça. Na escolha entre permitir o uso de uma prova vedada, que é o único fundamento probante da inocência do réu, e, possibilitar que alguém que não tem autoria pelo fato típico, seja cerceado da sua liberdade,

certamente que, a primeira opção é mais adequada com o conceito de Estado Democrático de Direito, igualmente, o princípio da proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2016, p.517).

Não havendo óbice acerca desta linha de raciocínio, que possibilita em certas ocasiões o uso da prova ilícita em favor do acusado, ela foi acolhida por grande parte da jurisprudência brasileira nos últimos anos; entretanto, a nova edição do art. 157 do CPP, pela Lei 11.690/2008, foi fator preponderante para interferir nos alicerces deste entendimento, permitindo compreensões divergentes. De modo que, a sustentação da referida orientação (uso da prova ilícita em favor do acusado) condiciona a normativa da inutilização da prova tida como ilícita, conforme prevê o art. 157, parágrafo 3º do CPP, sendo assim, uma opção do magistrado, ou seja, ele pode usar ou não a prova ilícita, conforme as particularidades do caso concreto. Todavia, se for defendido o entendimento de que toda e qualquer prova ilícita sempre deverá ser desentranhada e inutilizada dos autos do processo, certamente que não haverá nenhum palco de discussão sobre o uso ou não da prova ilícita em favor do acusado (AVENA, 2017, p.333).

E quando se tratar de prova ilícita produzida pela própria vítima na salvaguarda de direitos próprios? Neste caso, há forte posição, adotada, inclusive, no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de que poderá a prova ser utilizada desde que se caracterize hipótese de evidente legítima defesa ou estado de necessidade. Não se estaria, enfim, diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, visto que tanto a legítima defesa como o estado de necessidade caracterizam-se como excludentes de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com violação a regras de direito material (AVENA, 2017, p.334).

Não demonstra ser razoável o entendimento rígido que se deve repugnar, sempre qualquer tipo de prova ilícita. Há casos em que o bem tutelado é de maior relevância do que a preservação de uma eventual garantia constitucional, tal qual, o direito à privacidade. Nasce assim a divergência entre os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo necessário que se coloque na "balança" para que seja verificado dentre os quais deve-se preponderar. Ditada pelo senso comum, a fim de que seja evitado um mal com proporção maior, a ponderação há de ser feita, podendo o juiz convalidar uma prova ilícita, bem como, as que se derivam, a exemplo a condenação injusta de um inocente ou impunidade de criminoso que causa grande dano à sociedade (CAPEZ, 2016, p.514).

De outra maneira, direitos como: a liberdade (pela pretensão da defesa), segurança, proteção da vida, do patrimônio (pela pretensão da acusação) e dentre outros, por vezes, não merecem ser obstados sob a primazia do princípio da vedação das provas ilícitas e do direito à intimidade (nas hipóteses de interceptação e escuta ilegal) (CAPEZ, 2016, p.515).

Pelo ordenamento jurídico dos EUA, de onde foi extraída a vedação constitucional da admissibilidade de provas ilícitas no Brasil, muito embora seja conhecido o emprego de provas tecnológicas, via de regra é vedado o uso de prova ilícita nos casos em que é produzida pelos agentes estatais. Nesse ordenamento, o princípio da razoabilidade está atrelado aos critérios de controle do poder do Estado, não sendo ligado aos critérios de adequação. Precisamente por isso, muitos princípios são aplicados para afastar a ilicitude, como ocorre na prova que é obtida na boa-fé, mesmo que contrária à norma legal (PACELLI, 2017, p.197).

Com relação ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, arraigado na admissibilidade das provas ilícitas, no qual a prevalência do interesse público da Ação Penal é constatada, a orientação jurisprudencial, hodiernamente, dos Tribunais de

Instâncias Superiores é pela não recepção. Nessa linha de compreensão, a vedação da admissão das técnicas de flexibilização dos preceitos fundamentais tem o condão de proteger o cerne indivisível das garantias individuais próprias do devido processo legal, conservando o poder do Estado nos limiares da lei. As excepcionalidades da supressão de direitos não pode se tornar uma prática corriqueira nas atividades investigatórias.

De modo que, o descobrimento da verdade é o maior objetivo da persecução penal, haja vista que o processo é acromático. Assim, é necessário que seja feita reconstrução dos fatos, de maneira que, efetivamente seja descoberto como ocorreu. Via de regra, tal reconstrução, deve ser feita pela prova lícita. Entretanto, contrariando a orientação de grande parte da jurisprudência, compreende-se que, preponderar a segurança da sociedade, conforme dita o caput do art. 5º da Constituição Federal, perfaz a admissão da prova ilícita em desfavor da defesa (réu), quando houver grande interesse público, coibindo, assim, a impunidade de criminosos. Tal excepcionalidade da prova ilícita *pro societate* é usada na falta de meio diverso para se alcançar a responsabilização delituosa, nas hipóteses em que a mazela se estende à coletividade, e, tão somente nesse caso, atentando-se para as singularidades da prova, justificando-se, ainda, nas questões vinculadas às intituladas de prevenção geral e prevenção especial. Nas questões de prevenção geral, num contexto em que houvesse a permissão do uso de provas ilícitas, esta, constituiria um meio de advertência para que as pessoas da sociedade abnegassem as práticas criminosas. Nas questões de prevenção especial, o uso destina-se ao criminoso que foi condenado de um modo menos inflexível à aceitação das provas, deste modo, fazendo com que ele não volte a cometer infração às normas legais (AVENA, 2017, p.333-334).

Seguindo a compreensão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, pode se afirmar que o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado, nas situações em que não houver perigo à aplicação potencial e finalística da regra da não admissão. Compreende-se a aplicação potencial e finalística, a função de controle do poder público (o incumbido pela produção da prova), efetivada pela normativa do inciso LVI, do art. 5ª da Constituição Federal. Desta forma, quando não for os casos em que se estimula ou incentiva as práticas ilícitas pelos agentes do poder público, em tese, entende-se ser possível que seja aplicada a regra da proporcionalidade (PACELLI, 2017, p.197).

Neste cenário, significativo é o ensinamento de Alexandre de Moraes, mencionando que “as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um manto protetor das práticas ilícitas, muito menos como premissa para exclusão ou supressão da responsabilização penal ou civil de condutas criminosas, sacramentando o desrespeito ao Estado de Direito. Sendo assim, os que praticarem condutas criminosas, não se atentando para as liberdades públicas de terceiros e muito menos do corpo social, faltando com respeito à dignidade da pessoa humana, não poderão evocar para si a ilicitude de dadas provas para o afastamento de sua responsabilização penal ou civil perante o Estado” (MORAES, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 382-383).

Nesse sentido, é possível a propositura de certas considerações sobre uma prevista inviabilidade de se criar divergências entre a prova ilícita que é produzida pelo poder público e a que é produzida pelo acusado, a exemplo de como é pontuado por Marinoni e Arenhart (2001, p.305), sob o plano do que é convencionado à qualificação da eficiência horizontal das garantias fundamentais (Marinoni e Arenhart (2001, p. 305).

Entretanto, tais autores reconhecem que o princípio da proporcionalidade invoca sua aplicabilidade, no ponto de tensão entre princípios de iguais proporções. Há de se ressaltar que, o Direito Penal, mesmo com suas singularidades, principalmente no que diz respeito à função punitiva da pena no cerceamento da liberdade, não tem como propósito a reeducação ou ressocialização do réu, mesmo que sejam umas das finalidades da execução da pena. A missão maior do Direito Penal, assim como a missão de qualquer Direito é a salvaguarda dos direitos individuais, de igual modo, os direitos coletivos e difusos. Especificamente, a proteção de direitos fundamentais, cuja interferência das outras esferas do ordenamento jurídico não tenha se mostrado suficiente (consolidando a intervenção penal mínima) (PACELLI, 2017, p.198).

A avaliação do acolhimento na análise da proporcionalidade deve passar pelo crivo não apenas na percepção do embate ou divergência entre princípios da Constituição vinculados à real proteção de garantias fundamentais (do acusado e da vítima), mas pela concepção de métodos objetivos, sempre que possível, para que a preferência a um dos princípios não acarrete a privação por completo de outro princípio. Sendo relevantes as observações de Robert Alexy, afirmando que a aplicação pode acontecer em graus de efetividade, defendida em sua teoria dos princípios como mandados de otimização, de modo a permitir a convivência em paz de todos os que compõe o ordenamento (ALEXY, 1993, p. 130-133).

Por outro lado, como já explicitado em momento anterior, o entendimento da jurisprudência acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* para a admissão de provas tidas como ilícitas é pelo não acolhimento e em sua grande maioria, ainda que se tutele a proteção da coletividade. Sob essa ótica, passemos ao entendimento dos autores que também compreendem tal vedação.

É enorme o perigo dessa teoria, haja vista que a concepção de proporcionalidade reiteradamente é adulterada e amolda-se a qualquer um que seja. Nítidas são as vastas decisões de doutrinadores que persistem em simplificar o binômio do interesse público versus interesse privado, para fundamentar a supressão de garantias fundamentais, inclusive nos casos de condenação, sob o pretexto da preponderância do interesse público (LOPES JR. 2013, p.461).

Inadmissível é a ideia de uma persecução penal sem limites e sem critérios, sob a premissa de que “os fins justificam os meios”, até mesmo para a convalidação de provas colhidas e produzidas, que ferem o regramento legal. Quando o Estado fere a lei, ele também precisa ser penalizado. Ratificar a inaplicabilidade das provas colhidas que não respeitam a lei é proibir o arbítrio, assegurando, assim, as garantias da Constituição, expurgando os que burlam, ultrajando as regras do jogo (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.380).

Aqueles que defendem a vedação da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* para a admissão de provas tidas como ilícitas entendem também que não há que se fazer diferenciação entre prova ilícita ou ilegítima.

Distanciada da conceituação doutrinária, a Constituição Federal não fez distinção entre os institutos de provas ilícitas ou ilegítimas, uma vez que, não é função do legislador constituinte, pois, a alteração que a Lei 11.690/2008 trouxe ao sistema de provas do Brasil, de igual modo, não fez qualquer distinção entre os institutos mencionados, e, no caput da redação nova do art. 157, traz como ilícitas as provas que são obtidas em violação às normas de natureza constitucional ou infraconstitucional, as quais, conseqüentemente, devem ser retiradas do processo. Essa medida objetiva obstar a duração dos efeitos prejudiciais que a prova ilícita pode

acarretar. Constatando-se a mácula na prova ou no método que ela foi produzida, e não havendo recurso da decisão, a prova ilícita será destruída, podendo as partes acompanhar tal procedimento (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.381).

Essa medida deve ser interpretada com muito cuidado, pois, não somente a destruição dessa prova ilícita acarreta o extermínio da materialidade de algum delito criminoso que foi cometido para produção de tal prova, como por exemplo, documento público ou perícia falsos, como também porque, com a destruição dessa prova, caso venha o juiz errar na constatação da falsidade, a injustiça seria perpetuada, tal qual, a condenação de quem é inocente ou a liberdade de quem realmente é culpado, pela destruição da prova que erroneamente foi considerada ilegal. Não havendo recurso da decisão que declarou a falsidade da prova, o melhor procedimento seria o envio dos autos ao Ministério Público, para responsabilização pela prática delituosa feita na produção da prova, comparado ao que é previsto no inciso IV do art. 145 do CPP, que dispõe sobre a falsidade de documento; ou determinar que a prova ilícita seja retirada e destruída dos autos do processo, somente após a sentença transitada em julgado, permanecendo a prova ilícita em segredo e separada dos autos (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.381-382).

Para conhecimento acerca da temática da proporcionalidade, ela ocupa dimensão de expressa positivação, ou seja, sua aplicação encontra amparo na lei, tal como acontece na França e na Inglaterra, nesses ordenamentos jurídicos, as provas que são obtidas por meios ilícitos podem ser utilizadas no processo, entretanto, a punição pela produção da prova recai sobre aqueles que a fazem (PACELLI, 2017, p.197).

Por sua vez, não se deve esquecer que o juiz pode comprometer sua imparcialidade (necessária para julgamento) direta ou indiretamente, uma vez que, ele teve contato com a prova obtida ilicitamente. A influência desse tipo de prova alcança níveis incontáveis, pois, mesmo que sem intenção, o convencimento previamente estabelecido acaba se tornando norte para ele, oriundo do contato com a prova ilícita, ainda que de forma velada, terá reflexo em sua decisão, a qual é maculada na imparcialidade e que em outras circunstâncias não seria válida. O juiz deve declarar suspeição e se afastar do processo, assim que verificar que o contato com a prova ilícita o influenciou diretamente, retirando sua imparcialidade da atividade jurisdicional. Saliendo por Aury Lopes Jr. “não é suficiente apenas extinguir a Ação Penal e retirar a prova ilícita: o juiz deve ser substituído do processo, pois, a sua continuidade no processo demonstra grande prejuízo, que advém de um pré-juízo (não sendo um pré-julgamento, mas um julgamento integralizado)” (LOPES JR. Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.573). (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.382).

Uma novidade no ordenamento jurídico acerca do tema mencionado, a suspeição do juiz que tem contato com a prova viciada, o legislador atual, consolidando a predileção ao princípio da vedação das provas ilícitas, com o advento da Lei nº 13.964, de 2019, incluiu no bojo do art. 157 CPP, o parágrafo 5º, no qual o juiz que conhecer do material da prova tida como inadmissível não poderá sentenciar, até mesmo, em grau de instância superior. Essa novidade no parágrafo mencionado, mostra ser uma forma de impedimento da atividade jurisdicional do juiz que mostrar ser suspeito, visando, assim, a assegurar os princípios do juiz natural e a imparcialidade do magistrado.

A defesa do meio social está mais guardada pela proteção central da garantia de todas as pessoas. Até porque, aqueles que praticam crimes, também fazem parte

da sociedade. Tornar menos rígidos os direitos de um em detrimento de outro, quando ocorre como, por exemplo, com o “bode expiatório” das estruturas de organização criminosa, que é invocada sempre que se quer sustentar a ilicitude ou relativização de direitos, demonstrando ser uma premissa para a falta de respeito à segurança de toda a coletividade (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar, 2012, p.390).

A sociedade deve ser entendida dentro do estudo dos fenômenos de convivência social e não pode mais ser compreendida como uma entidade que está acima, tendo as pessoas que a compõe sujeitas a ela. Uma ideia antropomórfica, na qual a sociedade é fruto de um ente colossal e os homens são apenas partículas que a compõe, devendo-lhe total submissão, é inconcebível. A Constituição Federal e até mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem empregam controles para a convivência social e não admitem a submissão do homem em relação à entidade superior, essa ideia antropomórfica remete a um ordenamento penal ditatorial (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p.96). Resumindo, o processo penal tem de entender a missão precípua de sua instrumentalidade, desconstruindo tais ideias antropomórficas.

Retomando à crítica sobre a aplicabilidade de proporcionalidade *pro societate*, vê-se que a ponderação entre interesse público x interesse privado, muitas vezes torna instáveis as garantias fundamentais, sob os arbítrios de quem pondera sobre tais interesses.

Essa instabilidade de ponderação é vista quando se depara com os “paradigmas do mal”, que sustentam qualquer medida emergencial, quer seja a rigidez da norma, quer seja a mitigação de garantias, revelando, assim, uma condescendência à ilicitude da instrução criminal pela sistemática de intolerância, quando o poder público se torna um par do agente criminoso. Conforme Leonardo Sica, “ao lidar com as reivindicações mais urgentes da sociedade, o legislador penal, preguiçoso e escuso em atender o propósito de Política Criminal, tendencioso ao afã populista, oferece o Direito Penal como solução para todos os problemas que a assolam” (SICA, Leonardo. Direito Penal de emergência e alternativas à prisão. São Paul: RT, 2002. p.82).

A proporcionalidade sustentada como manto para condenação perfaz o discurso da possibilidade de se retirar a proteção das garantias fundamentais de certas pessoas, que, pelo nível de periculosidade, devem ser taxadas como inimigas do Estado e não pessoas de direito, portanto, estão segregadas do cerne da proteção das garantias individuais. Segundo Jakobs: “A natureza do conceito de Direito Penal do inimigo está balizada em um confronto do ordenamento jurídico contra pessoas de periculosidade especial, que não têm significado algum, já que paralelamente às medidas de segurança, pressupõe de um processamento instrumental desinteressado, de certas origens de perigo, com significativas peculiares. Por meio desse instrumento o Estado não dialoga com as pessoas, mas intimida seus inimigos” (JAKOBS, Ghunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.70-71).

Considerações Finais

O artigo exposto teve como tema: A Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*. Foi constatado que, por meio da aplicação desse princípio, também é justificável que seja admitido o uso das provas ilícitas em favor da sociedade, relevando, assim, ser uma exceção à regra geral que veda tal uso na persecução penal.

Explorou-se nesse trabalho o seguinte problema: “É possível a admissibilidade do uso de provas ilícitas em favor da sociedade?”. A hipótese levantada, face ao problema inquirido foi: “Pelo princípio da proporcionalidade é admitido o uso de provas ilícitas em favor sociedade, nos casos em que a grande coletividade é atingida”. De modo que a regra cogente que proíbe o uso de provas ilícitas pode ser mitigada no contexto ora apresentado.

O trabalho apresentado teve como objetivo geral analisar se é possível e em qual caso cabe aplicar o princípio proporcionalidade, para serem utilizadas as provas ilícitas em prol da sociedade. Logo, têm-se como objetivos específicos: definir o que é prova ilícita, constatar em quais situações pode ser aplicado o princípio da proporcionalidade, para que seja admitido o uso da prova ilícita. E a partir de um panorama do estudo da prova penal, sejam compreendidas as suas peculiaridades e suas ocorrências.

Essa pesquisa é de notável relevância para os operadores de Direito, pois, após o que foi estudado acerca da temática, compreende –se que não há regras absolutas no ordenamento jurídico, o qual deve ser evoluído constantemente para que de fato haja justiça. No que concerne à relevância para a ciência, mostrou ser um instrumento para a ponderação de conflitos de garantias fundamentais, haja vista que nenhum direito é soberano a ponto de inexistir outro direito. Ao passo que a sociedade evoluiu exponencialmente e o processo também precisou ser evoluído, o presente estudo buscou mostrar que uma possível inflexibilidade do princípio da proporcionalidade pode levar à impunidade, gerando impacto negativo no meio social.

Por fim, chegou-se à seguinte conclusão: o assunto da admissibilidade de provas ilícitas no sistema processual penal brasileiro ainda precisa de certas inovações; além disso, precisam ser desenvolvidos critérios objetivos para que não haja injustiças; no que diz respeito à possibilidade de serem admitidas provas ilícitas em favor da sociedade, o princípio da proporcionalidade é uma importante ferramenta de embasamento. Mesmo sendo apresentadas várias teorias que viabilizam a admissão de provas ilícitas no processo penal, observou-se que a jurisprudência permite ao réu que se utilize dessas provas, mas, mostra grande resistência para que o Estado (acusação) as utilize, ainda que seja fundamentado pelo princípio da proporcionalidade. Entretanto, o estudo concluiu que havendo ofensa à grande coletividade, a proporcionalidade deve ser flexibilizada para que não haja injustiça.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**.

CARLOS BRANCO, Luiz. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade**, São Paulo, RCS Editora.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**.

GRINOVER, Scarance e Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura**. Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

JAKOBS, Ghunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo. Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR. Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paul: RT, 2002

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**.