

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALICERCE À UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO REO E PRO SOCIETATE*

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS TO ENCOURAGE THE USE OF ILLEGAL EVIDENCE *PRO REO AND PRO SOCIETATE*

FRADES, Naydson Oliveira¹

NEVES, Diogo Moura²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da produção e da possível utilização da prova ilícita no processo penal. O Estado detém a exclusividade e a titularidade do dever de punir, protegendo a comunidade, além do acusado, com base na ordem constitucional estabelecida com a Carta Magna de 1988, assumindo o monopólio da justiça. Tendo em vista que, em uma sociedade democrática, é necessário a aproximação da prova com a verdade real dos fatos, discute-se a respeito da utilização ou não da prova ilícita no direito penal. A doutrina se divide na utilização da prova ilícita pró réu e pró sociedade. A majoritária, apoia-se no princípio que defenda o réu do aparato estatal enquanto a outra, minoritária, diz que a sociedade não é um ente abstrato, mas membros individuais de uma coletividade, que devem ser protegidos individualmente de uma atividade delituosa. O trabalho conclui pela utilização da prova ilícita com especial ênfase no princípio da proporcionalidade, de modo a garantir um equilíbrio entre as normas fundamentais e um processo penal justo e eficaz.

Palavras-chave: Direito Penal. Prova Ilícita. Princípio da Proporcionalidade

ABSTRACT

The present paper has the objective of studying the production and possible use of illicit evidence in criminal proceedings. The State has the exclusivity and ownership of the duty to punish, protecting the community, as well as the accused, based on the constitutional order established with the 1988 Constitution, assuming a monopoly of justice. Given that, in a democratic society, it is necessary to approximate the evidence with the real truth of the facts, it is argued as to whether or not there is illicit evidence in criminal law. The doctrine divides itself in the use of the illicit pro-defend and pro-society evidence. The majority is based on the principle that defends the defendant of the state apparatus while the other, minority, says that society is not an abstract entity, but individual members of a community, which must be protected individually from a criminal activity. The paper concludes by using the illicit evidence with special emphasis on the principle of proportionality, in order to ensure a balance between the fundamental rules and a fair and effective criminal procedure.

Keywords: Criminal Law. Illicit Evidence. Principle of proportionality

¹ Aluno do curso de formação e praças do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, naydson_nene@hotmail.com; Goiânia – GO, Junho de 2018.

² Professor orientador: Especialista, professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, diogomoura@gmail.com; Goiânia – GO.

1 INTRODUÇÃO

A norma jurídica tem cinco características fundamentais: bilateralidade, atratividade, generalidade, imperatividade e coercibilidade. Essa última, de fundamental importância, é vinculada à possibilidade concreta do Estado de punir. Afinal, não há direito sem sanção.

Para que se possa concretizar o poder estatal de punição, adentrando nos dispositivos da República, deu-se autonomia ao poder judiciário para resolver os dilemas que envolvem os ilícitos penais, tudo baseado na legislação vigente, através do princípio da separação dos poderes.

A titularidade exclusiva do Estado de punir surge no momento em que é suprimida a vingança privada, implantando-se critérios de justiça. Nesse sentido, o Estado evoca para si o direito e o dever de proteger a comunidade, além do próprio réu, possível infrator de norma jurídica, como meio de cumprir a sua função de proteção do bem comum, de proteção à ordem constitucional estabelecida, assumindo o monopólio da justiça (LOPES JR., 2016).

Frente à violação de um bem jurídico protegido, impõe-se a necessária utilização do amparo estatal, de uma estrutura pré-estabelecida denominada de processo penal, em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, será apurada a existência do delito e sancionado o seu autor (LOPES JR., 2016).

Nesse diapasão, o presente trabalho se inquieta, incessantemente, a responder a uma pergunta principal: Podem, as provas obtidas por meio ilícito, serem usadas em juízo para justificar a conduta estatal de punir? Ora, para responder a essa simples pergunta, primeiro deve-se tratar a respeito do que seriam essas provas ilícitas. Na verdade, antes mesmo disso, deve-se explicar o conceito de provas em sentido amplo e a sua necessária correlação com a formação das verdades processual e real dos fatos.

O objetivo geral do trabalho é conceituar, analisar, explicar o que seriam as provas ilícitas. Para se alcançar esse objetivo, conforme dito acima, outros conceitos e análises devem ser feitas a partir de uma pesquisa explicativa e descritiva.

A pesquisa justifica-se, no âmbito da Polícia Militar, para analisar os limites da atuação estatal, revelando o que pode a nossa instituição fazer ou não fazer com relação ao tema. Julgados recentíssimos do Superior Tribunal de Justiça tem decidido, por exemplo, a respeito da aceitação ou não de provas contidas em aparelhos de

telefone celular de suspeitos, sem a devida autorização judicial, mesmo em casos de flagrante delito.

Socialmente, a pesquisa encontra amparo no pedido de socorro da população a respeito dos problemas de segurança pública que o país vem passando, em especial no estado de Goiás. As constantes rebeliões em presídios, a crescente sensação de impunidade, as falhas tentativas de recuperação do apenado por parte do Estado, além do crescente aumento da criminalidade dão guarida para uma pesquisa no assunto. O trabalho irá abordar, por exemplo, a importância de utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na apuração das provas obtidas pelos meios ditos ilícitos, separando a atuação policial que precede a instauração da ação penal do efetivo pleito judicial.

Por fim, o trabalho se propõe a estudar o assunto nos dias atuais e no estado de Goiás, com análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, avaliando o que há de mais recente na abordagem do tema.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 INTRODUÇÃO E HISTÓRICO DAS PROVAS

Antes de se falar a respeito de provas ilícitas, importante tecer breves comentários a respeito do conceito de prova, para o direito.

Para que se possa ser aplicada a pena, não só é necessário a existência do ilícito penal, injusto e culpável, como também exista, previamente, um processo penal instituído para tal finalidade, na acepção de que o Estado deve deter o monopólio de tal sistema (LOPES JR., 2016).

Ora, por óbvio que, para que o Estado possa agir de forma coercitiva e aplicando a *lex* penal em sua forma máxima, é necessário que a conduta do agente causador do ilícito esteja, de fato, comprovada.

Historicamente, a verdade foi concebida como mecanismo de contenção do poder punitivo e não como recurso argumentativo, surgindo, na Grécia, não como afirmação do poder, mas sim, como conquista dos cidadãos em face ao autoritarismo. Em Roma, no processo penal público da *cognitio*, o próprio Estado efetuava a função

de defesa social, podendo o magistrado atuar no esclarecimento dos fatos diretamente, reunindo em si todas as funções processuais. Não existiam regras processuais que limitassem o poder do julgador de esclarecer os fatos como melhor lhe parecesse (KHALED JR., 2013).

Posteriormente a queda do império romano e o avanço dos povos germânicos na Europa, tem-se o sistema germânico antigo do tipo acusatório privado, utilizado entre os séculos IX e XII, no qual o sistema probatório não se baseava em uma investigação total dos fatos e consequente aplicação de um método dedutivo racional a eles, sendo fortemente subjetivo em sua verificação probatória destinado a verificar a razão de um dos adversários, não sendo uma preocupação com a verdade em si (KHALED JR., 2013).

Erradicado o sistema germânico antigo pela Igreja, esta elaborou um processo inquisitório com base no direito canônico da Idade Média, estabelecendo a verdade por meio de interrogatório - ou *inquisitivo* – arrancando-a do acusado. A estrutura desse sistema inquisitório foi alterada apenas no final do século XVIII e início do século XIX, renovada pela filosofia da consciência, com a difusão do espírito iluminista que contribuiu para uma reforma no sistema penal. Aqui, destaque para o sistema inglês da *commom law* que, apesar de configuração acusatória preservada, obtém maior contenção do poder punitivo. Sendo o processo um duelo entre acusador e defensor perante um juiz imparcial, tem-se que a gestão das provas cabia, exclusivamente, as partes (KHALED JR., 2013).

Em sentido amplo, provar algo significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, tem diversos significados. Tem origem etimológica na palavra *probo* (do latim) e traduz a ideia de verificação, inspeção, confirmação (LIMA, 2014).

No direito, a finalidade da prova é, basicamente, convencer o julgador da verdade acerca de um fato litigioso.

2.2 CONCEITO DE PROVA E DE PROVA ILÍCITA

Na visão de Silva e Silva (2012) as provas são:

Um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, visando a instruir o processo com os elementos necessários capazes de permitir ao julgador forma seu livre convencimento motivado na solução do conflito jurídico em questão (2012, p. 263).

Para Nucci (2017, p. 348) provas são “todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”.

Na mesma esteira Magno (2012) conceitua prova como um elemento de convicção sobre determinado fato, ou seja, um elemento trazido ao processo pelas partes destinado a demonstrar ou negar, no todo ou em parte, a imputação trazida na peça acusatória.

Para Clariá Olmedo (apud NUCCI, 2017, p. 348) “é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso”.

Tem por função, portanto, a reconstrução do fato e de suas circunstâncias, sendo um instrumento de busca pela verdade. Não se trata, portanto, de uma verdade absoluta, mas sim de uma verdade possível que será estabelecida, justamente, mediante a prova. A isso dá-se o nome de verdade processual, que, diferentemente da chamada verdade real, representa um conceito lógico de concordância com as premissas e não mais um conceito real em relação a natureza (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

O Código de processo Penal, em seu artigo 155, estabelece que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil (BRASIL, 1941, *online*).

A prova, segundo a doutrina brasileira, pode ter três acepções básicas. A primeira se caracteriza como atividade probatória, ou seja, consistindo em um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para julgamento. A segunda como resultado caracterizando-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto a existência de situação fática, ou seja, convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. A última acepção da prova, como meio, seria a caracterização da prova como instrumento idôneo à formação da convicção do julgador a respeito da existência de situação fática (LIMA, 2014).

Nos Estados Unidos - por exemplo - a respeito do tema, tem-se a consagração da famosa teoria do “fruto da árvore envenenada”, segundo a qual qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em consequência daquela que houvera sido ilegalmente, por consequência, também seria ilegal pois provinha de

uma “fonte contaminada”. Posteriormente, a Suprema Corte Americana entendeu que essa regra comportava exceções, desde que fosse considerada relevante para a instauração viável do processo (MENDRONI, 2015).

Junto com o sistema norte-americano, explica Mendroni (2015), o sistema alemão desenvolveu a chamada *Beweisverbote* (prova proibida). O intuito de ambos os institutos é exclusivamente processual permitindo a prevenção e repressão de atitudes ilegais e abusivas que atentem para a mitigação de direitos e garantias fundamentais. O *Beweisverbote* fundamenta-se na proteção da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade do segredo de correspondência, domicílio entre outros (MENDRONI, 2015).

Já no Brasil, no tocante ao mesmo tema, o legislador processual penal adverte:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (BRASIL, 1941, *online*).

A redação dos artigos acima foi trazida pelas modificações impostas ao Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, que trouxe importantes mudanças com relação ao tema. Infere-se do texto legal que constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação constitucional ou infraconstitucional.

A prova ilícita é aquela que contraria o ordenamento jurídico de direito material e os princípios constitucionais como o princípio da ampla defesa, devido processo legal e do contraditório (SILVA; SILVA, 2012).

Na visão de Nucci (2017) a reforma de 2008 trouxe a ideia de que as provas produzidas a margem da lei, constitucional ou não, afrontam a lisura e a ética que devem ser consagradas no Estado Democrático de Direito, aptas a acarretar o desentranhamento das respectivas provas.

Não obstante as novidades trazidas pela reforma ao códex processual penal, a Constituição Federal de 1988 já dispunha, em seu artigo 5º, a respeito dos

direitos e garantias fundamentais, a mesma previsão: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988, *online*).

Na verdade, o que se percebe é que o Código de Processo Penal foi alterado, de fato, para se enquadrar no ordenamento constitucional.

O objetivo aqui é evitar que os órgãos oficiais encarregados da investigação do delito violem as garantias fundamentais do cidadão, desestimulando a prova ilícita que, sempre que conseguida por esse meio, será considerada excluída do processo (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

2.3 UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em regra, as provas obtidas por meio ilícito não poderão ser utilizadas no processo criminal como fator de convicção do juiz pois ferem o dispositivo de natureza constitucional (5º, LVI) e o sistema do livre convencimento com previsão legal no artigo 155 do Código de Processo Penal (AVENA, 2017).

Inclusive, pensando em garantir a imparcialidade do julgamento, tendo em vista que o juiz, ao tomar conhecimento da prova ilícita - mesmo que não a acate de maneira formal - poderia ser por ela influenciado, que na alteração trazida pela Lei nº 11.690/08 existia a previsão, do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, de que o juiz que tomasse conhecimento da prova ilícita estaria impedido de julgar o feito. Entretanto, houve veto presidencial ao dispositivo (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

O doutrinador Avena (2017, p. 22) entende que “a violação as normas puramente processuais, sem nenhum reflexo constitucional, não são alcançadas pelo rigor do artigo 157 do CPP”. Essa posição diverge da opinião do professor Guilherme de Souza Nucci, que a acredita que o dispositivo, ao não fazer referência expressa ao processo, automaticamente o incluiu (NUCCI, 2017).

Finalizando o raciocínio, Avena (2017) arremata:

Por tudo isso, não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta as garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto a referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas *em violação as normas constitucionais ou legais*, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de *violação indireta à Magna Carta*, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional (2017, p. 445).

Importante observar que antes da propositura da ação, durante o inquérito policial, serão colhidas todas as provas admitidas em direito, com todos os instrumentos e objetos que possam interessar a instrução criminal, sendo importante observar que, no processo penal, os elementos de informação colhidos nesse momento, ainda que em descompasso com a lei, não contaminam a ação penal subsequente (MAGNO, 2012).

Isso se dá pelo fato de que não há nulidades na fase de investigação preliminar, tratando-se de decorrência natural da própria natureza jurídica da investigação policial, que é inquisitória e unilateral, sendo as provas produzidas nessa fase passíveis de valoração e utilização (MENDRONI, 2015).

Há doutrinadores que defendem que a produção de prova ilícita poderia se dar se observado o princípio da proporcionalidade. Diante de um caso concreto aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade para determinar se o direito violado para a produção da prova for menor do que o direito preservado por sua produção, subdividindo-se a doutrina, ainda, naqueles que defendem essa produção pró e contra o réu, tendo a jurisprudência caminhado no mesmo sentido (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

Aceita por parte minoritária da doutrina e da jurisprudência, a produção de prova ilícita em favor do réu refere-se ao seu estado de necessidade para demonstrar sua inocência, o que não tira a característica de ilicitude da prova (SILVA; SILVA, 2012).

Aos que observam a possibilidade de produção de prova em favor do réu, apesar de proibição constitucional, importante destacar que a utilização se daria em situações tais que a única forma de provar a absolvição do réu, ou comprovar fato importante à sua defesa, seria pela produção de prova ilícita, desconsiderando, por exemplo, provas sem credibilidade como as produzidas mediante tortura (AVENA, 2017).

Nas palavras de Pacelli de Oliveira (2007, p. 326 apud SILVA; SILVA, 2012):

A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais aplicado ou explicável (2007, p. 326 apud SILVA; SILVA, 2012, p. 277)

Em sentido oposto, a maioria doutrinária e jurisprudencial tende a não aceitar o princípio da proporcionalidade como justificativa para a utilização da prova ilícita contra o réu, *pro societate*, sob a observação de que o texto constitucional não se coaduna com o erro judiciário, “razão pela qual é inaceitável que um inocente seja condenado apenas porque a prova que o inocente não foi obtida por meios lícitos” (AVENA, 2017, p. 454). Entretanto, o professor afirma que, em sua opinião, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de torna-lo aplicável, apenas em favor do réu, sob o risco de se talhar situações de claro interesse público (AVENA, 2017).

Nesse contexto, diante da hipótese de aparente colisão de direitos fundamentais seria possibilitada a análise de qual deles deve ser efetivamente protegido pelo Estado.

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Apresentar o resultado do trabalho nada mais é do que expor os conceitos dos autores a respeito do tema, sendo a discussão o espaço destinado para debater a respeito desses conceitos, suas similaridades ou contradições, além de demonstrar a posição do autor em relação ao tema.

O método utilizado privilegia o pensamento do autor, os seus argumentos ao longo do trabalho e não apenas a sua capacidade de juntar peças e marcos teóricos de outros autores. É importante que o autor demonstre, aqui, sua capacidade de raciocínio e filiação a determinada corrente de pensamento (MONEBHURRUN, 2015).

Ora, parte do conceito de prova ilícita fora apresentada ao longo do texto, sendo importante, nesse momento, analisar mais profundamente a doutrina brasileira e discutir a aplicação das mais diversas teorias a respeito do assunto.

Como se sabe, o Estado evoca para si o direito e o dever de proteger a comunidade além do possível infrator de norma jurídica, como meio de cumprir a sua função de proteção do bem comum, assumindo o monopólio da justiça.

Frente à violação de um bem jurídico protegido, impõe-se a necessária utilização do amparo estatal, de uma estrutura pré-estabelecida denominada de

processo penal, em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, será apurada a existência do delito e sancionado o seu autor (LOPES JR., 2016).

Em sentido amplo, provar algo significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato ocorrido no mundo real. No direito, a finalidade da prova é, basicamente, convencer o julgador da verdade acerca de um fato litigioso.

Em um processo democrático, para que se tenha uma atividade probatória eficaz, é necessário que, ao se buscar uma aproximação com a verdade real, respeitem-se os direitos de quem está sendo acusado ou investigado.

Conforme já visto anteriormente, a meta da parte no processo, é convencer o julgador a respeito do seu direito e que a sua noção de realidade está correta, para que o mesmo encontre a certeza necessária dos fatos para proferir a decisão (NUCCI, 2011).

De conceituação antiga, a prova ilícita é aquela obtida de forma a infringir norma de direito material e processual (GRINOVER, 2011).

Para Capez (2014) são as provas obtidas mediante a prática de crime ou contravenção penal, ou, ainda, que violem princípios legais e/ou afrontem princípios constitucionais.

Ao longo do texto foi estudada a possibilidade da utilização da prova ilícita a favor ou contra o réu, pautado no princípio da proporcionalidade e razoabilidade de modo a garantir um equilíbrio entre as garantias fundamentais e um processo penal justo e eficaz.

Levantou-se que a doutrina parece uníssona ao afirmar a impossibilidade de aplicação da prova ilícita tão somente para condenar o réu, tendo em vista a proteção de direitos e garantias fundamentais.

A inadmissibilidade da prova ilícita visa proteger princípios constitucionais como intimidade, integridade física e moral, honra e principalmente dignidade da pessoa humana.

Aos que defendem a aplicação da apreciação da prova ilícita contra o réu, destaca-se a questão dos casos em que somente através de meios ilícitos é possível a obtenção de determinadas provas. Para Carnaúba (2000) é imprescindível analisar requisitos como urgência, necessidade e plausibilidade nas incursões persecutórias do Estado, analisando-se o conteúdo da prova produzida e não, tão somente, uma avaliação mecânica da Constituição Federal e da inviabilidade da produção da prova ilícita.

De forma a assegurar esses direitos e garantias fundamentais em favor do réu, em contrapartida, a vedação da utilização da prova ilícita não poderia servir de escusa a se perpetuar condenações flagrantemente injustas. Imagine-se um caso de legítima defesa. Se a prova obtida por meio ilícito for capaz de absolver o réu, entende a doutrina majoritária que poderá ser usada no processo. Entretanto, se essa mesma prova for usada para condenar o réu, majoritariamente entende-se pela sua não admissibilidade, assegurando direitos e garantias fundamentais em favor do acusado (CARNAÚBA, 2000).

Nesse ponto, discute-se com a doutrina majoritária que considera ser possível a aplicação da prova obtida por meio ilícito apenas a favor do réu, doutrina embasada, inclusive, na jurisprudência brasileira, conforme se verifica do julgado a seguir:

ACÓRDAO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 214 C/C ART. 224 DO CP. PROVA ILÍCITA. ADMISSIBILIDADE. POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Existindo outros elementos probatórios como os depoimentos testemunhais que justifiquem a condenação do Apelante, cuja conduta delituosa tenha ferido direitos fundamentais, é aplicável o Postulado da Proporcionalidade em sentido estrito, que autoriza a ponderação entre princípios jurídicos. 2 - Com base na ponderação de princípios constitucionais em colisão, o princípio da inviolabilidade do sigilo telefônico pode ser afastado se sua aplicação resultar na violação de outro princípio constitucional com peso superior, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 - Recurso desprovido (ESPÍRITO SANTO, 2006).

Para Bonfim (2010) o legislador visou assegurar as garantias e direitos fundamentais com vistas a garantir um eficaz e justo processo, baseado no princípio da não culpabilidade *in dubio pro reo* a doutrina brasileira aceita a prova ilícita para proteger o réu do aparato estatal e de sua punição.

Ora, parece razoável, também, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da utilização da prova ilícita *pro societate*.

O princípio da proporcionalidade, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2006) é uma verificação da relação custo-benefício da medida, uma ponderação dos danos causados e os resultados a serem obtidos.

Tendo em vista não existir, a princípio, hierarquia entre normas constitucionais, em um aparente conflito, deve-se utilizar a proporcionalidade e a razoabilidade, sempre visando o bem maior que é a dignidade da Justiça.

De forma similar, como exemplo, uma penitenciária pode violar o sigilo de correspondência (direito constitucional) do preso tendo em vista garantir a segurança pública, da disciplina prisional e da garantia da ordem jurídica.

O promotor de Justiça Dr. César Dário Mariano da Silva (2010), mestre em Direito, critica o posicionamento da jurisprudência brasileira em somente aceitar a produção de prova ilícita em favor do réu, afirmando que, do mesmo poder constituinte originário, derivam outros direitos e que o direito da sociedade de viver em paz não é menos importante do que os direitos e garantias individuais do acusado.

Para Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (2001) ao se admitir a prova ilícita *pro societate* não se tem em mente a proteção de um ente abstrato, mas cada um dos membros da coletividade individualmente, se buscando proteger cada um dos particulares que poderão vir a sofrer as consequências da atividade delituosa.

Nesse sentido, faz-se a análise de corrente contrária à doutrina majoritária, admitindo-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, em casos excepcionais, tanto em favor do réu quanto em favor da sociedade, uma vez que nenhum direito ou garantia fundamental tem caráter absoluto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se sabe, o Estado detém a função de proteção do bem comum, assumindo o monopólio da justiça, evocando, para si, o direito e o dever de proteger a comunidade de um possível infrator de norma jurídica, além de defender e garantir os direitos individuais desse potencial infrator.

Frente à violação de um bem jurídico protegido, impõe-se a necessária utilização do amparo estatal, mediante a atuação de um terceiro imparcial (Estado-juiz), sendo apurada a existência da infração e sancionado o seu autor.

O direito penal busca, por meio da análise probatória, a verdade real, ou, ao menos, a aproximação entre o que se pode provar e o fato ilícito propriamente dito.

Diante disso, a inadmissibilidade da prova ilícita visa proteger princípios constitucionais como intimidade, integridade física e moral, honra e principalmente dignidade da pessoa humana do acusado que sofre com a persecução penal por parte do Estado.

Parece uníssona, na doutrina, a teoria da aplicação da utilização e apreciação da prova ilícita em favor do réu, tendo em vista a sua vulnerabilidade quando se comparado ao poder público estatal, em que pese situações em que a prova ilícita é a única capaz de inocentar o acusado.

Em contrapartida, aos que defendem a aplicação da apreciação da prova ilícita contra o réu, destaca-se a questão dos casos em que somente através de meios ilícitos é possível a obtenção de determinadas provas e analisando requisitos como urgência, necessidade e plausibilidade nas incursões persecutórias do Estado, seria viável a produção desse tipo de prova.

Para isso, aplicar-se-ia o princípio da proporcionalidade, quer da utilização *pro reo*, quer da utilização da prova ilícita *pro societate*.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2006), o princípio da proporcionalidade deve ser estudado como uma relação custo-benefício da medida, uma ponderação dos danos causados e os resultados a serem obtidos.

Levando em consideração que a comunidade nada mais é do que a soma dos particulares que a formam, deve ser dever do Estado protegê-la de forma singular, não apenas como um ente abstrato, defendendo-a de potenciais infratores da ordem constitucional existente. Utilizando a proporcionalidade e a razoabilidade, sempre visando o bem maior que é a dignidade da Justiça, admite-se a utilização da prova ilícita que poderá condenar o acusado, sempre levando em consideração a sua excepcionalidade, uma vez que nenhum direito ou garantia fundamental (como os já destacados, intimidade, vida privada) tem caráter absoluto.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRITO, Alexis Couto de.; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Criminal. APR: 24000047654**. Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Espírito Santo, 27 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4998243/apelacao-criminal-apr24000047654>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal Didático**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais**. São Paulo: Atlas, 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. **Metodologia Jurídica: Técnicas para Argumentar em Textos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade**. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em 02 mai. 2018.

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.