

# PROVAS ILÍCITAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA BUSCA PELA EFICIÊNCIA PROCESSUAL PENAL

Data de submissão: 07/08/2023

Data de aceite: 01/09/2023

### Fernanda Maciel de Souza Aranha

Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico na FGV-SP.  
<https://lattes.cnpq.br/3043713051597882>

provas ilícitas no contexto brasileiro e a viabilidade dentro do ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas ilícitas. Proporcionalidade. Eficiência processual. Proteção social.

**RESUMO:** Este trabalho tem como tema a análise da flexibilização do princípio constitucional da vedação das provas ilícitas (CR, art. 5º, LVI) através do princípio da proporcionalidade *pro societate*, o qual tem sido manejado sob a alegação de busca da eficiência processual e de impedimento da impunidade. Para os defensores dessa vertente, em determinadas hipóteses, a prova ilícita poderia ser admitida em vista do interesse público de punir e de garantir a segurança social. Notadamente, o coletivo político tornou-se o alvo de medidas, no âmbito processual penal, que visam à eficiência no curso do *persecutio criminis*. Ainda inserido nessa perspectiva, em audiência sobre as “10 Medidas contra a Corrupção” (PL nº 4.850/2016), propostas pelo Ministério Público Federal, o ex-Juiz Federal Sérgio Moro defendeu a preservação de provas ilícitas em processos, conquanto tenham sido obtidas com “boa-fé”. Analisou-se, então, a flexibilização da proibição das

### ILEGAL EVIDENCES IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: NA ANALYSIS OF THE PURSUIT OF EFFICIENCY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

**ABSTRACT:** The aim of this essay is to promote an analysis about the relativization of the constitutional principle of prohibition of illegal evidence through the principle of proportionality *pro societate*, which has been invoked under the argument of seeking procedural efficiency and preventing impunity. For proponents of this perspective, in certain situations, illegal evidence could be admitted considering the public interest in punishment and the ensurance of social security. Particularly, the political collective has become the target of measures within the scope of criminal procedural aimed at efficiency in the course of the *prosecutio criminis*. During a hearing on the “10 Measures against Corruption” (Bill No. 4.850/2016), proposed by the Federal

Prosecution Service, the former Federal Judge Sérgio Moro advocated for the preservation of illicit evidence, as long as they were obtained in “good faith”. Therefore, the flexibilization of the prohibition of illicit evidence in the Brazilian context was analyzed along with its feasibility within the legal framework.

**KEYWORDS:** Illegal evidences. Proportionality. Social protection. Procedural efficiency.

## 1 | PROCESSO E PROVA

Há de se indagar o que é processo; qual a sua razão de ser, mais precisamente. Para tanto, recorre-se, inicialmente, aos ensinamentos de Canelutti (2015, p. 93), quem aduz que:

“(...) a primeira atribuição a ele [juiz] associada é precisamente a da história ou, mais especificamente, a da historiografia, essa concebida em seus termos mais estritos e talvez não suficientes. O historiador perscruta o passado para saber como as coisas ocorreram. Os juízos pronunciados por esse profissional são, portanto, *juízos de realidade* ou, mais exatamente, *juízos de existência*; em outras palavras, *juízos históricos*”<sup>1</sup>.

Convém destacar que os fatos passados podem apenas ser conhecidos de forma indireta, na medida em que é impossível reviver a experiência alheia. Em palavras mais acuradas, “*o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real*”<sup>2</sup> (Canelutti, 2015, p. 155).

Nessa esteira, ao Judiciário não cabe perseguir a verdade real, pois a reconstrução que lhe é incumbida não se coaduna com a reprodução exata de uma ocorrência que não pode mais ser experimentada. Isso, no entanto, não se traduz na ausência de reprimenda criminal; a aproximação processual não inviabiliza o convencimento sobre um fato e, conseqüentemente, a resposta penal.

Ao expor suas narrativas, as partes visam convencer o juiz de uma hipótese, observando o devido processo legal. A função persuasiva é primordial na processualística, sem a qual o juiz manteria sua posição de ignorante diante de um dado contexto.

## 2 | A VERDADE MATERIAL

O rito processual penal constitui um *valor de garantia* (Grinover *et. al.*, 2010, p. 124), através do qual se realizam a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz. Levando-se em consideração o sistema acusatório, no qual o juiz deve manter uma posição equidistante das partes e instruir os atos processuais de forma limitada, é inadmissível que a autoridade julgadora se invista de poderes instrutórios, a fim de cooperar com a busca das provas que devem lastrear eventual condenação.

Uma vez que o processo penal visa o convencimento do juiz a partir de uma aproximação, as provas não podem se investir de um caráter ilimitado, que, em si mesmas,

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 93.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 155.

desejam uma denominada *verdade* única e irrefutável de uma hipótese. Como fruto dessa visão, há de se reiterar que “*as partes não julgam; o Judiciário não investiga nem produz prova.*”<sup>3</sup> (Abade, 2017, p. 86).

Ferrajoli (1995, p. 44/45) elucida que a verdade material é aquela carente de limites legais, obtida por meios diversos, dando fulcro, pois, a um direito processual autoritário e irracional. Ou seja, ao se conduzir fora das regras procedimentais e além dos controles técnicos, a verdade substancial torna-se juízo de valor que enseja uma processualística arbitrária.

Opondo-se a essa concepção, a verdade formal está condicionada em si mesma, ao observar os procedimentos e as garantias processuais. Em razão disso, por ser um método mais controlado, acaba gerando um conteúdo mais restrito, a fim de assegurar a integralidade das liberdades individuais envolvidas.

Nessa perspectiva, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça consignou que:

“(...) é unívoca a opinião de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador. Afinal, os fins colimados pelo processo penal são tão importantes quanto os meios de que se utiliza.”<sup>4</sup>

Vê-se que utopismos não se associam ao conteúdo constitucional, na medida em que se encontram em esfera além do que se viabiliza realizável em termos jurídicos. A confusão entre *dever-ser* e *ser* constrói uma distorção interpretativa dos conteúdos constitucional e legal, de tal forma que a razão dos institutos reste esvaziada, frustrada.

### 3 I PROVAS ILÍCITAS

O constituinte editou o art. 5º, LVI, da Constituição, o qual dispõe que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Essa previsão representa mais uma garantia para o processo penal que deve operar em harmonia com o conjunto de direitos fundamentais, pois, do contrário, o acusado acaba se transformando em potencial alvo de atos que extrapolam os limites substanciais em um Estado Democrático.

Nessa esteira, torna-se visível que o sistema jurídico brasileiro evita que o próprio Estado, no desejo de punir aquele que violou alguma regra, feche os olhos para suas próprias leis e quebre limites legais e constitucionais no âmbito probatório, o que acaba se transformando na “criminalidade de Estado”, assim denominado por Gössel (Ávila, 2006, p. 99).

Com a edição da Lei 11.690/2008, responsável por reformar o Código de Processo

3 ABADE, Denise Neves. **Inexistência do princípio da verdade real no processo penal garantista**. In: Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antônio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 86.

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Rcl 36.734/SP**, Rcl 36.734/SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 10.02.2021, DJe 22.02.2021.

Penal, ao art. 157 do diploma processual foi introduzida carga conceitual de provas ilícitas, ao dispor que estas surgem da violação de normas constitucionais ou legais. Sem embargo, convém registrar que a redação do dispositivo em comento pode acabar causando a ampliação do conteúdo da ilicitude que não se confunde com a nulidade (Dezem, 2017, p. 154).

Ainda na esteira da reforma processual, o legislador incluiu o §1º, o qual prevê a inadmissibilidade de provas derivadas das ilícitas, salvo inexistência de nexo causal. Trata-se da doutrina do “*Fruit of the poisonous tree*” (“Fruto da árvore envenenada”), elaborada inicialmente pela Suprema Corte norte-americana, no precedente ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920.

A Corte rejeitou uma intimação expedida em decorrência de uma busca ilegal, uma vez que o vício compreendido no antecedente repercutiu para o consequente, de modo que este não deveria ser agregado aos autos do processo. Posteriormente, em 1939, no julgamento do caso NARDONE v. US, a Suprema Corte efetivamente cunhou a mencionada expressão, também conhecida como *taint doctrine*.

A despeito da reforma instaurada, nem sempre a jurisprudência acolheu a recepção, no direito brasileiro, da *taint doctrine*. Tanto é assim que, em primeiro momento, no julgamento da Ação Penal nº 307, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ilicitude deveria ser entendida em si mesma, não estendendo a dicção normativa às provas derivadas<sup>5</sup>.

Apenas no julgamento do HC 73.351/SP, em 1996, o Supremo, por maioria de votos, manifestou-se favoravelmente à adoção do instituto jurídico importado. Naquele caso, a Corte assentou seu entendimento no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica contamina outros elementos probatórios eventualmente colhidos, oriundos das informações obtidas na escuta, direta ou indiretamente<sup>6</sup>.

É mister atentar-se ao teor da segunda parte do §1º do art. 157 do CPP, o qual traz à tona duas exceções à prova ilícita por derivação, a saber: a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), ambas concebidas no sistema de precedentes do direito norte-americano.

Referente à primeira, caso reste demonstrado que os elementos probatórios foram obtidos a partir de uma fonte autônoma de prova, sem qualquer ligação de dependência com a ilicitude, então são lícitos, pois não eivados pela mácula originária. Entretanto, tal inclusão legal é indispensável. Isso porque, se a prova ilícita é inexistente no plano jurídico, é inviável que propicie a obtenção de uma prova lícita. Ora, uma não-prova não pode dar causa a uma prova; caso a prova ilícita não tenha relação causal com as demais provas, então a contaminação não lhes é transmitida.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 307/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.11.1995, DJ 04.12.1995.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 73.351/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09.05.1996, DJ 15.05.1996.

A referida exceção, positivada no §2º do artigo em comento, foi elaborada, em 1984, pelo direito norte-americano, no julgamento do caso *Nix v. Williams-Williams II*. Neste, o corpo de uma vítima de homicídio foi encontrado pela polícia em decorrência de informações obtidas por meio de declaração ilegal do acusado.

Em que pese o meio pelo qual o dado a respeito do paradeiro foi coletado, a Suprema Corte concluiu que o cadáver teria sido encontrado de outra maneira, uma vez que um grupo de duzentos voluntários participava das buscas licitamente. Isto é, ainda que a atuação das autoridades investigativas fosse diferente, o corpo teria sido localizado inevitavelmente, de forma lícita pelos demais envolvidos no caso.

#### 4 I PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na era digital, em que as tecnologias digitais se encontram em desenvolvimento intenso e revelam-se como auxiliares (senão protagonistas, em certas hipóteses) dos operadores das mais diversas áreas, é mandatório analisar as provas que se inserem assiduamente nesse contexto.

O art. 5º, X, da CRFB estatui que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”. Em complemento, o inciso XII estipula que a inviolabilidade também se aplica ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, dispõe, em seu art. 12º, proteção à intimidade e privacidade de todo ser humano, a fim de lhe *blindar* de ingerências arbitrárias que possam se desenrolar no interior de sua vida. Tão necessária é essa previsão que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678 de 1992, a repete no art. 11º, itens 2 e 3.

Inclusive, o Código Penal disciplina a violação ao sigilo, na medida em que cuida da violação de domicílio (art. 150), violação de correspondência (art. 151), violação de segredo profissional (art. 154) e violação de dispositivo informático (art. 154-A).

Contudo, essas previsões e limitações não se traduzem na proibição absoluta de intervenção à privacidade e intimidade da pessoa humana, haja vista que, em certas ocasiões, o ordenamento jurídico permite a flexibilização da referida vedação. É o que se verifica na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, que excetua expressamente a inviolabilidade do sigilo ao âmbito criminal, desde que autorizada judicialmente.

A interceptação telefônica, em termos gerais, é entendida como “a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro” (Avolio, 2019, p. 105). Ou seja, trata-se de uma interferência durante uma comunicação telefônica, seja para a obtenção de informações, seja para impedi-las. Notadamente, sua natureza jurídica é a de fonte de

prova que, após o devido registro, será integrado ao processo. Em nível infraconstitucional, a Lei nº 9.296/1999.

Ainda no ramo da captação eletrônica de provas, a interceptação ambiental é realizada ao vivo, sem o apoio de aparelho telefônico, por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Frequentemente, essa modalidade é utilizada em reportagem investigativa por emissoras de televisão que, para o registro de elemento comprobatório relevante, gravam a conversa de determinados sujeitos, informando e divulgando o conteúdo daquilo que foi captado.

Por outro lado, a escuta ambiental diferencia-se da interceptação ambiental ao passo que, naquela, um dos presentes tem conhecimento da interceptação da conversa. Quer dizer, a finalidade especulativa do terceiro é sabida por um dos interlocutores.

Fugindo da esfera das interceptações, as gravações clandestinas – telefônicas e ambientais – não se valem da presença de um terceiro, na medida em que um dos próprios participantes, sem conhecimento dos demais, registra a conversa.

O uso desses meios como prova, no entanto, não é absoluto, haja vista que depende de justa causa e da inexistência de violação à intimidade do interlocutor (Greco Filho, 2015, p. 7).

## 5 | O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No contexto da delimitação concreta do conteúdo dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade impõe-se como método por intermédio do qual a intensidade de aplicação dos princípios envolvidos será analisada e, conseqüentemente, graduada<sup>7</sup>. Isto é, considerando que, nas hipóteses conflitivas, os princípios não são excluídos do ordenamento jurídico, o meio pelo qual a situação é resolvida deve gerar uma restrição limitada.

Malgrado o princípio da proporcionalidade encontre-se na seara constitucional, é válido notar que essa posição é um tanto quanto recente. Isso porque apenas no final do século XVIII e início do XIX que o proporcional se agregou ao direito público, mais especificamente, ao direito administrativo.

Não se pode olvidar que tais períodos foram marcados por teorias políticas e jurídicas liberais, que exaltavam o caráter limitado do Estado, na medida em que a esfera individual deveria ser protegida ante atuações estatais pouco cautelosas. Com efeito, em 1791, Carl Gottlieb Suarez debruçou-se sobre o princípio da proporcionalidade, ainda vinculado ao Poder de Polícia, e o repartiu em três subprincípios, a saber: proporcionalidade em sentido

<sup>7</sup> “En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer um límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudirse al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco”. VILLAVARDE, Ignacio. **La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad**. In: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 182.

estrito, adequação e necessidade (Pulido, 2014, p. 59).

Somente após a Segunda Guerra Mundial a proporcionalidade inseriu-se no terreno do Direito Constitucional, tendo sido desenvolvido com profundidade pelo Tribunal Constitucional da Alemanha ao aplicá-lo no controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, principalmente daqueles que tratam de direitos fundamentais. A Corte alemã, então, adotou a exigência do preenchimento integral dos três subprincípios acima indicados.

Uma vez que os direitos fundamentais assumem papel indispensável no Estado Democrático de Direito, as limitações que eventualmente sofram devem ser, de fato, adequadas, mostrando-se capazes de promover o objetivo constitucionalmente legítimo. Em conjunto, visando frear o ímpeto estatal, dentro de um quadro com várias possibilidades, a medida limitativa deve ser subsidiária, pois preza-se pela técnica que se revelar menos invasiva aos direitos fundamentais (Villaverde, 2008, p. 184).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito dita a harmonia entre os meios e os fins perseguidos, preservando o núcleo dos direitos fundamentais colocados em sopesamento, para que as desvantagens irradiadas no campo individual sejam as menos impactantes possíveis.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito dita a harmonia entre os meios e os fins perseguidos, preservando o núcleo dos direitos fundamentais colocados em sopesamento, para que as desvantagens irradiadas no campo individual sejam as menos impactantes possíveis. Nesse sentido, Guerra Filho (2005, p. 95-96) explica que:

“(...) mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”<sup>8</sup>.

Convém explicitar que esses subprincípios devem respeitar a ordem em que foram mencionados. Isso porque estão interligados por um laço de subsidiariedade, na medida em que fugiria à lógica examinar a compatibilidade entre meio e fim antes de averiguar se a limitação é apta a fomentar o objetivo em vista.

No que tange à incorporação do referido instituto pelo direito positivo brasileiro, duas posições são identificadas: (i) a proporcionalidade firma-se em princípios e institutos constitucionais – Estado de Direito, legalidade, *habeas corpus* –, e (ii) a proporcionalidade apoia-se na própria estrutura dos direitos fundamentais. O presente trabalho patrocina a segunda tese. Daí, revela-se pertinente a lição de Silva (2002, p. 44), quem elucida que, tendo em vista que os direitos fundamentais são efetivados em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas, é a proporcionalidade a técnica através da qual os mandamentos de otimização serão concretamente realizados.

---

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 95-96.

Noutros dizeres, o princípio da proporcionalidade permeia a própria ideia de Direito, desde a história antiga até a contemporaneidade. Não se pode, então, simplesmente militar em favor de sua expressa consideração pelo legislador para que seja adotada na prática jurídica.

## **61 O USO DE PROVAS ILÍCITAS PRO SOCIETATE: O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO**

Na esfera penal, parcela dos juristas tem trazido à tona a chamada *proporcionalidade pro societate*, cuja definição se resume no manejo do princípio da proporcionalidade que manipula as provas ilícitas para que sejam permitidas em situações em que os interesses e a proteção da sociedade se revelem em destaque.

Em 2019, no bojo da Reclamação Constitucional nº 34.403/PR, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a ilicitude de provas obtidas por meio de busca e apreensão na residência dos acusados, sem a expedição de ordem judicial escrita e individualizada, bem como determinou o desentranhamento do material e das provas derivadas. À época, dois réus da Operação Publicano haviam sido condenados pela prática de corrupção e lavagem de dinheiro, com base no acervo probatório reconhecidamente ilícito.

Outrossim, é indispensável direcionar o olhar para a Operação Lava Jato, com início em 2014, que buscou investigar e combater crimes de corrupção e lavagem de dinheiro de alcance nacional.

Em maio de 2017, foi divulgada a gravação ambiental da conversa entre o empresário Joesley Batista e o então Presidente da República Michel Temer, os quais discutiam os encaminhamentos das negociações do acordo de delação premiada. A partir daí, os juristas passaram a discutir a possibilidade de se admitir tais gravações como provas dos crimes de corrupção passiva e de obstrução de justiça.

O Relator da Operação no Supremo Tribunal Federal, Ministro Edson Fachin, decidiu que não poderia a investigação ser cega na hipótese de haver material probatório que sustente a acusação, ainda que envolvida por notável ilicitude. Esse entendimento apoiou-se em anterior decisão da Corte Suprema, de relatoria do então Ministro Cezar Peluso, nos autos do RE 583.937, na qual restou consignado que a gravação ambiental pode ser considerada lícita desde que não haja causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação.

Além disso, a tentativa de relativizar a vedação do uso de provas ilícitas deu-se também pela via Legislativa. Em 2016, o Ministério Público Federal elaborou um conjunto de reformas denominado “10 Medidas contra a Corrupção”, o qual se volta a estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

No furor das operações que investigavam crimes contra a Administração Pública então em andamento, uma das medidas aventadas, nomeadamente a de número 7, visa



reformular nulidades processuais penais. Mais especificamente, um dos focos era inserir, ao art. 157 do CPP, dois parágrafos que agreguem regra de ponderação de direitos e interesses em jogo para admissão de provas ilícitas.

À época, tramitava perante o Congresso Nacional através do Projeto de Lei nº 4.850/2016. No Anteprojeto, é nítido que a sugestão estava enraizada no intento de se aproximar do direito norte-americano, no qual foram consagradas as *exclusionary rules*, pela jurisprudência. Diferentemente, o tema da ilicitude probatória é elevado à importância constitucional no Brasil, não sendo apenas um produto das Cortes.

Em suma, as justificativas amparam-se nos seguintes pilares: (i) o aproveitamento máximo dos atos processuais praticados como um dever do juiz e das partes; (ii) a impossibilidade de presunção de prejuízo, exigindo-se que as partes demonstrem, específica e concretamente, o impacto gerado ao exercício dos direitos fundamentais; e (iii) o cuidado de se sepultar grandes operações de combate ao crime em fases avançadas.

Nessa senda, o §2º do art. 157 do CPP passaria a prever a exclusão da ilicitude da prova quando (i) a obtenção da prova pudesse ser alcançada por fonte independente; (ii) o agente público agisse de boa-fé ou por crer que a diligência estaria legalmente amparada; (iii) a relação de causalidade fosse mitigada por ato posterior ao vício; (iv) demonstrar a inocência do réu ou revelar a necessária redução da pena; (v) obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal; (vi) derivada de decisão judicial posteriormente anulada.

Posteriormente, em 2019, passou a tramitar sob a numeração PL 3.855/2019, que, até o momento de registro do presente trabalho, aguarda a Constituição de Comissão Temporária pela Mesa.

De se ver, portanto, que, no contexto das grandes operações que se destinaram ao dito combate à corrupção, com notável visibilidade nacional e internacional, o Ministério Público Federal e o Legislativo se propuseram a alterar o regramento acerca da ilicitude probatória no Código de Processo Penal, a fim de exibir uma reforma legislativa de acordo com o então anseio sociopolítico.

## 7 | A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Orientando-se pelas lições de Silva Sánchez (2004, p. 2-7), a eficiência, no plano jurídico, está conectada à análise econômica, a qual apoia-se em uma postura consequencialista. Nesse viés, o Direito busca calcular os custos e as vantagens dos institutos que lhe caracterizam. Quer dizer, a redução dos custos com o suposto criminoso há de ser favorecida em conjunto com o aumento de privilégios para a sociedade em maioria.

Ainda, no contexto tecnológico fortaleceu as alterações da realidade temporal. O tempo, seja no espaço virtual, seja no espaço físico, não mais caminha a passos lentos;

na verdade, a hipervelocidade transforma as mais diversas relações, inclusive as jurídicas.

No que tange ao processo penal, Jezler Júnior (2019, p. 39) assevera que a ciberaceleração traz efeitos, também, à sensação de segurança pública. Isso porque o aumento das tecnologias leva ao aumento dos riscos sociais, os quais, frequentemente, são retratados nos mais diversos meios midiáticos de informação.

Por óbvio, a ideia economicista que influi a lógica jurídica opera-se em vista de resultado, do alcance de algo inicialmente pretendido. Essa união revela inegável quebra de normas procedimentais e, em maior gravidade, dos direitos e garantias fundamentais. É dizer: a esfera processual não pode ficar à mercê dos intentos desenfreados de aceleração do sistema judicial, criando, pois, uma ilusão de conquista de uma meta maior – a imposição de uma pena.

Em meio as variadas ocorrências sociais que marcam o dia a dia, as pretensões por soluções ágeis, com o menor custo (ao menos à primeira vista), revelam-se um caminho plausível para a sociedade. Todavia, essa lógica vai de encontro com os direitos fundamentais. Para Novais, os direitos e as garantias assegurados pela Constituição são, essencialmente, contra majoritários, operando-se ao lado da posição mais débil; porque, do contrário, concepções da maioria atropelariam a dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, o jurista português assevera que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como *trunfos contra a maioria*, na medida em que são

“(...) uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.”<sup>9</sup>

Em termos mais específicos, quando eventuais maiorias surgem no clamor de potencializar a eficiência do processo penal por meio de alterações normativas acerca da (in)admissibilidade de provas ilícitas, nada mais representa do que um atentado contra as garantias fundamentais e contra a própria ideia de uma Constituição que visa assegurar a dignidade humana.

Por fim, não se pode olvidar que o enfraquecimento das normas fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito por maiorias significa, igualmente, a debilidade de um todo social.

## 8 | CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, concluiu-se que a relativização da vedação constitucional das provas ilícitas, por meio do princípio da proporcionalidade, apenas pode ser realizada nas hipóteses em que servir para a defesa do réu, haja vista fugir à lógica que o acusado seja condenado ainda que reste comprovada sua inocência.

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006. p. 36. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/revistas/revista-contradireito/revista-contradireito-2012-13/revista-contradireito-2012-13-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-100-101-102-103-104-105-106-107-108-109-110-111-112-113-114-115-116-117-118-119-120-121-122-123-124-125-126-127-128-129-130-131-132-133-134-135-136-137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148-149-150-151-152-153-154-155-156-157-158-159-160-161-162-163-164-165-166-167-168-169-170-171-172-173-174-175-176-177-178-179-180-181-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-210-211-212-213-214-215-216-217-218-219-220-221-222-223-224-225-226-227-228-229-230-231-232-233-234-235-236-237-238-239-240-241-242-243-244-245-246-247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277-278-279-280-281-282-283-284-285-286-287-288-289-290-291-292-293-294-295-296-297-298-299-300-301-302-303-304-305-306-307-308-309-310-311-312-313-314-315-316-317-318-319-320-321-322-323-324-325-326-327-328-329-330-331-332-333-334-335-336-337-338-339-340-341-342-343-344-345-346-347-348-349-350-351-352-353-354-355-356-357-358-359-360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370-371-372-373-374-375-376-377-378-379-380-381-382-383-384-385-386-387-388-389-390-391-392-393-394-395-396-397-398-399-400-401-402-403-404-405-406-407-408-409-410-411-412-413-414-415-416-417-418-419-420-421-422-423-424-425-426-427-428-429-430-431-432-433-434-435-436-437-438-439-440-441-442-443-444-445-446-447-448-449-450-451-452-453-454-455-456-457-458-459-460-461-462-463-464-465-466-467-468-469-470-471-472-473-474-475-476-477-478-479-480-481-482-483-484-485-486-487-488-489-490-491-492-493-494-495-496-497-498-499-500-501-502-503-504-505-506-507-508-509-510-511-512-513-514-515-516-517-518-519-520-521-522-523-524-525-526-527-528-529-530-531-532-533-534-535-536-537-538-539-540-541-542-543-544-545-546-547-548-549-550-551-552-553-554-555-556-557-558-559-560-561-562-563-564-565-566-567-568-569-570-571-572-573-574-575-576-577-578-579-580-581-582-583-584-585-586-587-588-589-590-591-592-593-594-595-596-597-598-599-600-601-602-603-604-605-606-607-608-609-610-611-612-613-614-615-616-617-618-619-620-621-622-623-624-625-626-627-628-629-630-631-632-633-634-635-636-637-638-639-640-641-642-643-644-645-646-647-648-649-650-651-652-653-654-655-656-657-658-659-660-661-662-663-664-665-666-667-668-669-670-671-672-673-674-675-676-677-678-679-680-681-682-683-684-685-686-687-688-689-690-691-692-693-694-695-696-697-698-699-700-701-702-703-704-705-706-707-708-709-710-711-712-713-714-715-716-717-718-719-720-721-722-723-724-725-726-727-728-729-730-731-732-733-734-735-736-737-738-739-740-741-742-743-744-745-746-747-748-749-750-751-752-753-754-755-756-757-758-759-760-761-762-763-764-765-766-767-768-769-770-771-772-773-774-775-776-777-778-779-780-781-782-783-784-785-786-787-788-789-790-791-792-793-794-795-796-797-798-799-800-801-802-803-804-805-806-807-808-809-810-811-812-813-814-815-816-817-818-819-820-821-822-823-824-825-826-827-828-829-830-831-832-833-834-835-836-837-838-839-840-841-842-843-844-845-846-847-848-849-850-851-852-853-854-855-856-857-858-859-860-861-862-863-864-865-866-867-868-869-870-871-872-873-874-875-876-877-878-879-880-881-882-883-884-885-886-887-888-889-890-891-892-893-894-895-896-897-898-899-900-901-902-903-904-905-906-907-908-909-910-911-912-913-914-915-916-917-918-919-920-921-922-923-924-925-926-927-928-929-930-931-932-933-934-935-936-937-938-939-940-941-942-943-944-945-946-947-948-949-950-951-952-953-954-955-956-957-958-959-960-961-962-963-964-965-966-967-968-969-970-971-972-973-974-975-976-977-978-979-980-981-982-983-984-985-986-987-988-989-990-991-992-993-994-995-996-997-998-999-1000>. Acesso em: jul. 2022.

Por outro lado, a finalidade *pro societate* não se coaduna com o processo penal próprio do Estado Democrático de Direito, uma vez que os intentos utópicos de eventuais maiorias e o discurso desenfreado da proteção do interesse público notadamente fragilizam o devido processo legal, bem como alimentam a discricionariiedade judicial e a ausência de freios, tão necessária ao modelo garantista.

O uso de provas ilícitas com objetivo condenatório transforma o Estado verdadeiro protagonista de ilegalidades contra os cidadãos, e não um protetor destes.

Ainda que o crime seja repugnante e grave, devem os limites ser respeitados. A não observância da lei é a lei de um Direito desenfreado e sem compromisso com o Estado Democrático.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 307/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 213.448/RS**, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

\_\_\_\_\_. **Rcl 36.734/SP**, Rcl 36.734/SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2014.

CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A.M. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Revista do MPRJ, n. 11. RJ: Procuradoria Geral de Justiça.

JEZLER JÚNIOR, Ivan. **Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

LOPES JR., Aury Celso L. **Fundamentos do Processo Penal**. Editora Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª Edição 2021: Série IDP.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, José-María. **Eficiência e direito penal**. Manole, 2004.

VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé. **Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017.