

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
REGIONAL CIDADE DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO**

João Antônio de Carvalho Rodrigues

**O GARANTISMO PENAL ESPELHADO NA ANÁLISE DA PROVA ILÍCITA EM
BENEFÍCIO AO RÉU E A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO DA PENA EM DESFAVOR DO
CONDENADO SOB A ÓTICA DO LIVRO VIGIAR E PUNIR DE MICHEL
FOULCAULT**

**GOIÁS – GO
2020**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): João Antônio de Carvalho Rodrigues

Título do trabalho: O Garantismo Penal Espelhado na Análise da Prova Ilícita em Benefício ao Réu e a evolução da Função da pena em desfavor do condenado sob a ótica do livro Vigiar e Punir de Michel Foucault.

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(a)(s) autor(a)(es)(as) e ao(a) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **JOÃO ANTÔNIO DE CARVALHO RODRIGUÊS, Discente**, em 07/08/2021, às 05:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi, Professor do Magistério Superior**, em 17/08/2021, às 15:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda Rezek Andery, Professor do Magistério Superior**, em 17/08/2021, às 18:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2264097** e o código CRC **250A91AB**.

JOÃO ANTÔNIO DE CARVALHO RODRIGUES

O GARANTISMO PENAL ESPELHADO NA ANÁLISE DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO AO RÉU E A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO DA PENA EM DESFAVOR DO CONDENADO SOB A ÓTICA DO LIVRO VIGIAR E PUNIR DE MICHEL FOULCAULT

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado sob a orientação da Prof.^a Drnda. Fernanda Rezek Andery, como requisito para a aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás, Regional Goiás, e para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**GOIÁS – GO
2020**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Rodrigues, João Antônio de Carvalho

O Garantismo Penal Espelhado na Análise da Prova Ilícita em Benefício ao Réu e a Evolução da Função da Pena em Desfavor do Condenado Sob a Ótica do Livro Vigiar e Punir de Michel Foucault [manuscrito] / João Antônio de Carvalho Rodrigues. - 2020.
LXV, 65 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernanda Rezek Andery; co-orientador Margareth Pereira Arbués; co-orientador Allan Hahnemann Ferreira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2020.

Inclui fotografias.

1. Prova Ilícita . 2. Garantismo Penal. 3. Princípios Constitucionais.
4. Benefício do Réu. I. Rezek Andery, Fernanda, orient. II. Título.

CDU 343



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) onze dia(s) do mês de dezembro do ano de 2020 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "O Garantismo Penal Espelhado na Análise da Prova Ilícita em Benefício ao Réu e a evolução da Função da pena em desfavor do condenado sob a ótica do livro Vigiar e Punir de Michel Foucault", de autoria de João Antônio de Carvalho Rodrigues, do curso de Direito, do(a) Regional Goiás da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Professora Doutora Fernanda Rezek Andery, Direito/ Regional Goiás com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Professora Doutora Margareth Arbués, Direito/ Regional Goiás e Professor Mestre Allan Hahnemann Ferreira, Direito/ Regional Goiás. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final de 8,0 (oito) , tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda Rezek Andery, Professor do Magistério Superior**, em 21/12/2020, às 18:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Allan Hahnemann Ferreira, Professor do Magistério Superior**, em 21/12/2020, às 19:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Margareth Pereira Arbués, Professora do Magistério Superior**, em 24/12/2020, às 00:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1769288** e o código CRC **828D2CF3**.

AGRADECIMENTOS

A concepção desta singela obra não seria possível sem a ajuda e o auxílio de algumas pessoas, mesmo com todo o esforço de minha parte.

Agradeço inicialmente aos meus pais, João Batista e Antônia Salis, responsáveis por minhas orientações e, conseqüentemente, os responsáveis por tudo que sou. Sem a disciplina e a ética ensinadas por meu pai, e sem a força, garra e inquietude de minha mãe, eu não teria conseguido meus objetivos. Muito obrigado aos dois. Sem vocês teria sido praticamente impossível.

Agradeço a minha namorada Mikaelly, pelo apoio de sempre nos momentos difíceis dessa trajetória, tendo muita paciência e compreensão nos dias que não pude ficar ao seu lado, pois tive que estudar muito para concluir com êxito essa etapa da minha vida.

Agradeço a minha querida tia Lena, um exemplo de amor e dedicação sem igual ao próximo. Muito obrigado pelo amor, a dedicação e o carinho oferecidos a mim e a minha família.

Agradeço a todos os professores que nesta jornada compartilharam toda sua sabedoria, toda a sua experiência, para que possamos, por meio do conhecimento, fazer a diferença em nossas vidas e na vida do próximo. Meu muito obrigado em especial a minha orientadora, Fernanda Rezek Andery, por acreditar que essa parceria lograria êxito. Muito obrigado pela confiança.

Agradeço pelas amizades conquistadas nesta trajetória: Elias, Lúcio Flávio e Josimar Filho fizeram com que esta jornada se tornasse mais leve e alegre. Obrigado pela amizade, a parceria. Que possamos dar continuidade ao elo de confiança que criamos.

Por fim, agradeço a Deus, o responsável por colocar em minha vida todas essas pessoas que aqui agradeço. Ele me deu uma vida saudável, um lar amoroso, pais dedicados, professores honrados e amigos fiéis. Ele me deu tudo de que precisava para me tornar um vencedor, sem que eu perca a humildade e sem me esquecer do próximo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: O MODELO GARANTISTA NO BRASIL E O ENGAJAMENTO DO BENEFÍCIO AO RÉU NA LEI PROCESSUAL	15
1.1 Conceito de prova na legislação brasileira e sua importância no uso do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.	15
1.2 A valoração da prova pelo magistrado no final da fase de conhecimento no processo e a contraposição do réu.	19
1.3 Meios de provas e mudanças de contextos no processo conforme o entendimento dos Egrégios Tribunais	22
1.4 A evidência da prova e sua influência na imposição da pena em desfavor do réu: o “retrocesso” na execução penal e o sofrimento do punido.....	26
1.5 O comportamento desviante perpétuo do réu e a ineficácia do modelo imposto pelo Estado na forma de cumprimento de pena	28
CAPÍTULO II – O GARANTISMO PENAL E A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PRÓ RÉU NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA HERANÇA DO CONCEITO E OBJETIVO DA PENA CONFORME O PENSAMENTO FOUCAULTIANO	32
2.1 O garantismo penal no Brasil e suas principais diretrizes despenalizantes.....	32
2.2 A prova ilícita ou maculada no processo e a utilização em benefício do réu.....	35
2.3 “Vigiar e Punir” – a evolução do conceito de pena e o retrocesso na execução penal brasileira.....	40
2.4 A herança Foucaultiana quanto à forma de responsabilização do condenado à prática de crime	44
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA PROVA ILÍCITA BENÉFICA AO RÉU NO ANDAR DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FORMA RESSOCIALIZANTE DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL	47
3.1 A Constitucionalidade da Prova Ilícita quando utilizada em favor do réu.....	47
3.2 O direito comparado face à CF de 1988: A experiência Alemã no uso da prova maculada no âmbito processual	50
3.3 Enfrentamentos despenalizantes no Brasil e avanços do garantismo penal no sistema jurídico normativo	52
3.4 A falha na aplicação da LEP no Brasil e melhorias a serem estudadas no tocante a ressocialização do condenado.....	53
3.5 Análises teóricas sobre a evolução do Direito Penal Brasileiro em contrapartida às mudanças sociais do séc. XXI.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58

REFERÊNCIAS 61

RESUMO

O atual estudo tem como objetivo analisar a valoração da prova ilícita no processo penal, quando utilizada de forma a beneficiar o réu, respeitando para tanto os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Busca-se pelo presente trabalho, elencar o posicionamento dos Egrégios Tribunais brasileiros quanto à utilização da prova ilícita em favor do réu, assim como mostrar, sob a ótica da obra “Vigiar e Punir”, do filósofo Michael Foucault que a penalidade imposta ao acusado no processo penal, em sua forma de cumprimento, não tem caráter ressocializante, e sim desvirtuador, mostrando que a pena, em si, “evoluiu”, quando a forma de cumprimento, mas ainda é retrograda, quanto a sua função e forma com a qual é executada em desfavor da pessoa que lhe contempla. Dessa maneira, com o paradoxo entre a utilização da prova ilícita em benefício do réu e a análise da obra de Michael Foucault, demonstra-se que tal mecanismo deve ser aceito no processo penal como forma de ampliar as técnicas de defesa e a análise das provas acusatórias em favor do réu, para que o mesmo não caia nos espúrios da execução penal. Seguindo o itinerante, verifica-se a presença do garantismo penal adesivado à análise da prova ilícita em favor do réu, mostrando então, nesse estudo, as características desse sistema e suas engrenagens para o melhor funcionamento da aplicação da Lei Penal no Brasil. Por fim, soma-se ao presente trabalho o objetivo de discorrer sobre as principais mudanças a serem enfrentadas no atual contexto sócio político do Brasil, em especial, quanto as mudanças do ordenamento penal no País, que ainda são datados do século passado e necessitam de mudanças urgentes quanto à sua forma de execução.

PALAVRAS-CHAVE: Prova Ilícita; Garantismo Penal; Princípios Constitucionais; Benefício do Réu.

ABSTRACT

The current study aims to analyze the valuation of illicit evidence in criminal proceedings, when used in a way that benefits the defendant, respecting both the constitutional principles of wide-ranging defense and the adversary, as well as the principles of proportionality and reasonableness. The present work seeks to list the position of the Brazilian Egregious Courts regarding the use of illicit evidence in favor of the defendant, as well as showing, from the perspective of the work “Vigiar e Punir”, by the philosopher Michael Foucault that the penalty imposed on the accused in the penal process, in its form of compliance, it does not have a resocializing character, but distorting, showing that the penalty itself “evolved”, when the form of compliance, but is still retrograde, as to its function and form with the which is performed to the disadvantage of the person who contemplates it. Thus, with the paradox between the use of illicit evidence for the benefit of the defendant and the analysis of the work of Michael Foucault, it is demonstrated that such a mechanism must be accepted in the criminal process as a way of expanding the defense techniques and the analysis of the evidence accusations in favor of the defendant, so that he does not fall into the spurious of criminal execution. Following the itinerant, there is the presence of penal guarantee attached to the analysis of the illicit evidence in favor of the defendant, then showing, in this study, the characteristics of this system and its gears for the better functioning of the application of the Criminal Law in Brazil. Finally, the objective of this paper is to discuss the main changes to be faced in the current socio-political context of Brazil, especially regarding changes in the penal system in the country, which are still dated to the last century and need urgent changes in the way of execution.

KEYWORDS: Illicit Proof; Penal Guarantee; Constitutional principles; Defendant's Benefit.

INTRODUÇÃO

Diante do avanço garantista na legislação criminal brasileira, formou-se por parte de doutrinadores, juristas e estudiosos do direito, uma série de pesquisas relacionadas ao amplo benefício do réu no processo penal, principalmente, evitando que o mesmo caia nas mazelas do cumprimento da pena, diante as condições que o sistema brasileiro impõe ao apenado. Nesse sentido, é importante relacionar a grande influência do filósofo francês Michel Foucault, o qual iniciou uma corrente de pensamento referente a prejudicialidade das punições impostas pelo Estado aos condenados por crimes, onde tais penas, “evoluem” na maneira de serem executadas, porém, ainda são retrógradas quanto à forma de cumprimento, pois tem as mesmas características dos “suplícios”, porém, com uma certa “máscara”, traga pelo próprio sistema. No mesmo segmento, é de se analisar que os ideais Foucaultianos permitem entender que a finalidade da pena nada mais é do que ressocializar o condenado, ou educa-lo quanto à inviabilidade do cometimento de crimes, porém, a exemplo do Brasil, o cárcere e a forma com a qual é organizado não reinsere o condenado na sociedade da qual foi isolado com a devida educação para a reincidência, apenas contribui para que o mesmo reitere a prática delitiva.

Traçando um paralelo ao parágrafo anterior, vale dizer que o estudo do tema proposto no presente trabalho, coloca em voga a análise da utilização da prova ilícita em benefício do réu no momento da sentença magistral, após o andamento da persecução criminal, visando unicamente o favor do réu acoplado ao garantismo penal, evitando que o mesmo caia nas mazelas do sistema criminal brasileiro e seja apenado da maneira a que se impõe à execução penal no Brasil. Nesse contexto, é benéfico o desenvolvimento do estudo referente ao tema proposto, uma vez que trata-se de algo ainda inutilizado por profissionais do direito no momento da garantia do uso do contraditório e da ampla defesa na resposta à acusação do réu, falta de uso essa, que atribui-se a confusão no entendimento quanto à utilização da prova ilícita em benefício do réu, vez que a mesma é tratada no processo penal como mácula, fator de envenenamento de todas as provas do processo, a qual deve ser banida de imediato, sendo que, ainda não há disposição legal para essa reversão da utilização da prova ilícita, do não desentranhamento da prova dos autos, quando a mesma for a favor do réu.

O presente trabalho pauta-se em discorrer sobre o entendimento dos Egrégios Tribunais quanto a constitucionalidade e a paridade da utilização da prova ilícita pró-réu com os demais princípios processuais e garantistas à pessoa humana insculpidas na Carta Magna de 1988 traçando um paralelo com a obra “Vigiar e Punir” do filósofo francês Michel

Foucault, o qual traz as consequências da penalidade aplicada de forma rude ao condenado e suas consequências, tanto a pessoa deste, quanto à sociedade.

Em conformidade com o tema abordado, tem-se que a pesquisa se baseia na análise da utilização da prova ilícita pró-réu no momento da sentença magistral no processo penal, em consonância à sua constitucionalidade e adesivo aos princípios magnos elencados no Código de Processo Penal e também no documento primordial da Nação Brasileira, promulgado em 1988, traçando um paralelo com o garantismo penal difundido através das ideias de estudiosos do direito, como Goffman e Becker, além do célebre Michel Foucault. Ademais, o presente trabalho, utilizará o método hipotético-dedutivo, pesquisa exploratória, ressaltando a pesquisa bibliográfica, estudo de campo por meio do Direito Comparado através dos modelos de incorporação da utilização da prova ilícita em benefício do réu não só na legislação brasileira, como também em estados estrangeiros, fazendo um perfil histórico de tal utilização até a chegada do pensamento no ordenamento jurídico pátrio, bem como a busca por melhores soluções e aperfeiçoamentos na difusão do conceito de prova ilícita e sua aplicação legal em favor do réu, trazendo alternativas para sua penalização em meandros opostos ao do sistema de execução penal brasileiro, o qual não educa e nem insere o apenado na sociedade, apenas o torna em quase todos os casos agente reincidente na prática de delitos.

O atual estudo é dividido em três partes, os quais apresentam temas bem detalhados acerca da análise da utilização da prova ilícita no processo em prol do réu, traçando um paralelo com o pensamento garantista do filósofo Michel Foucault em relação à aplicação da pena ao longo dos tempos e suas consequências àqueles que as cumpres, evidenciando que a mesma possui caráter mais reincidente do que ressocializador, e, então, traçando essa linha, busca-se o sentido de verificar a total constitucionalidade da prova ilícita pró-réu, em relação ao exercício do direito do contraditório e da ampla defesa em favor do condenado.

No capítulo primeiro, busca-se traçar o perfil da prova na legislação pátria brasileira, bem como realizar uma análise de sua historicidade no tocante ao avanço do garantismo na Lei Penal da nação, trazendo em voga o amplo crescimento dos mecanismos de benefício ao réu no processo. Nesse sentido, ao conceituar a prova no Processo Penal, faz-se menção a sua imprescindível importância no exercício do direito do contraditório e da ampla defesa por parte do condenado, bem como mostrando a valoração da prova no momento da sentença do Magistrado para por fim a fase de conhecimento do processo. No mesmo seguimento, busca-se especificar os meios de provas e às mudanças de contexto no entendimento do Juiz de

primeiro grau por parte dos Magistrados de segunda instância, bem como o entendimento das cortes egrégias, acerca do tema. Em tempo, após analisar a juridicidade da prova, quanto ao entendimento dos julgadores, busca-se no presente trabalho entender a influência da prova no momento da imposição da pena em desfavor do condenado, mostrando o sofrimento do punido no momento da execução da pena, diante do “retrocesso” do sistema penal brasileiro. Para dar cabo ao primeiro capítulo, faz-se importante demonstrar a ineficácia do modelo imposto pelo Estado na forma de cumprimento de pena, bem como o comportamento desviante do réu, que se faz perpétuo nessas condições.

Quanto ao segundo capítulo, o estudo irá se voltar para o avanço do garantismo penal no Brasil e a utilização da prova ilícita em benefício do réu sob a luz do pensamento foucaultiano, rememorando as influências do filósofo Francês no tocante a conceituação e finalidade da pena àquele que lhe é imbuído, traçando então, um paralelo com a forma de execução penal imposta em nosso país. Destrinchando esse conteúdo, mostra-se de início as principais diretrizes despenalizantes existentes no Brasil, as quais andam em conformidade com o modelo garantista regente no plano jurídico pátrio. Em seguida, faz-se uma análise do conceito de prova ilícita e a possibilidade de utilização da mesma em benefício do condenado, traçando um paralelo entre a obra “vigiar e punir” de Michel Foucault, quanto às consequências retrógradas da pena e a evolução do pensamento garantista, com a utilização de mecanismos no processo que vem de encontro ao benefício do sentenciado. Finalizando o plano do meio, frisa-se o atual entendimento dos egrégios tribunais acerca da matéria, em decorrência da análise da prova ilícita pelo Magistrado em favor do réu.

No fechamento do presente trabalho, a pesquisa se volta ao objeto central deste estudo, verificando a constitucionalidade da aplicação da prova ilícita em favor do réu no andar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da dignidade da pessoa humana como forma ressocializante do acusado no processo penal, e da mesma maneira, analisar, sob a ótica do direito comparado, a experiência da justiça penal Alemã com a utilização da prova ilícita como exercício de ampla defesa, sempre em favor do réu. No mesmo liame, mostra-se os embates despenalizantes no Brasil e o avanço do garantismo penal e, por conseguinte, mostrar a falha da aplicação da Lei de Execução Penal no sistema penal brasileiro e as melhorias a serem estudadas no tocante a ressocialização do condenado. Em desfecho, o presente trabalho denota as teorias a serem estudadas quanto a evolução do Direito Penal no Brasil e as mudanças sociais do século XXI.

Em resposta preliminar ao problema de pesquisa – “Há constitucionalidade na análise da prova ilícita em benefício do réu no Processo Penal? Em caso negativo, qual a justificativa doutrinária para a utilização de tal mecanismo em benefício do réu?” – foi proposta uma hipótese, a de que “Existe a constitucionalidade na ponderação da análise da prova ilícita em benefício do acusado”, vez que os princípios do contraditório e da ampla defesa, somados aos da dignidade da pessoa humana, dão uma gama para que o englobamento da prova maculada em benefício do réu não seja desentranhada do processo penal, ao contrário do que ocorre quando a mácula na prova envenena todo o processo e traz uma condenação injusta ao sentenciado, conforme será demonstrado pela análise dos artigos atinentes no Código de Processo Penal e também na Constituição Federal de 1988, além das posições dos Tribunais Superiores em referência ao tema.

Será colocado também em evidência, como justificativa do problema de pesquisa, o estudo do direito comparado e a incorporação no sistema jurídico normativo brasileiro que deem margem para o uso do mecanismo em benefício do réu, não somente engajado nas Leis Nacionais, mas também com a comparação da experiência em outros países, como é o caso da Alemanha. Desta forma, é demonstrado que é constitucional o não desentranhamento da prova ilícita no processo penal e sua consequente análise no momento da sentença quando em benefício do réu, o que será melhor explorado e evidenciado no presente trabalho no decorrer de seus três capítulos.

CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: O MODELO GARANTISTA NO BRASIL E O ENGAJAMENTO DO BENEFÍCIO AO RÉU NA LEI PROCESSUAL.

1.1 Conceito de prova na legislação brasileira e sua importância no uso do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A prova pode ser definida como um conjunto de indícios necessários que apontam a autoria de um fato e evidenciam a materialidade do mesmo (TOURINHO FILHO, 2007), é um instrumento que pode se dar tanto no âmbito pré-processual quanto no processual, ou seja, na fase de Inquérito Policial ou na Instrução Criminal. Faz-se necessário dizer, que o momento ideal para a produção de provas é aquele tido em fase judicial, onde ambas as partes têm a oportunidade de produzir provas e da mesma maneira contradizê-las, colocando em voga no processo o uso perfeito do princípio do contraditório e da ampla defesa, essenciais para que o juiz analise os autos e formule a sua convicção durante o andamento da fase de conhecimento, até o momento da sentença (TÁVORA; ALENCAR, 2010). Nesse sentido, importante se faz anotar o trecho legal que evidencia o exposto anteriormente, conforme se verifica no art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1942, senão vejamos:

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.

Do mesmo jeito, menciona-se acerca das provas o conceito trago pelo estudioso do direito Elmir Duclerc, em seu livro “Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo”, vejamos:

O conceito de prova pode ser tido como comunicação, troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório. [...] A prova seria, portanto, uma mensagem descritiva, ou seja, com a finalidade precípua de informar. Norma e prova, assim, seriam duas grandes fontes de informação, prescritiva e descritiva, tendentes a compor um verdadeiro universo linguístico em que estaria mergulhado o juiz no momento da tomada de decisão. (DUCLERC, 2004, p.99).

Como se viu anteriormente, a prova no sistema jurídico é um mecanismo eficiente e primaz na elucidação e comprovação de fatos tidos como criminosos, não só estes, mas

também aqueles que incitam a lide processual, sendo o campo probatório imprescindível para o andamento da instrução processual (DUCLERC, 2004). O que se ressalta, é que o juiz deve consagrar suas decisões na livre apreciação das provas formadas em contraditório judicial, e não deve pautar-se exclusivamente em uma ou outra prova e sim em um conjunto que dê margem para que o mesmo manifeste seu pensamento de forma fundamentada e em coerência à Lei (LIMA, 2017).

O instituto da prova tem um importante significado histórico nos moldes do judiciário, vez que a mesma vem colacionada com grande influência nas formas de penalização do réu, vez que, quanto mais evidente é de que aquele crime foi cometido por determinada autoria, mais severa é sua pena, e isso ocorre até os dias de hoje (AQUINO, 1987). Para registrar o referido parágrafo, faz-se necessário voltar aos tempos remotos da sociedade e relembrar alguns métodos de obtenção da prova e a importância deste último na busca pela justiça e paz social em uma civilização, e, no primeiro exemplo, traz-se a figura das ordálias, método utilizado pela Igreja durante a idade média como forma de se buscar a “resolução” de conflitos sociais (AQUINO, 1987).

Ordálias são consoantes ao termo Juízo em seu significado, e por isso vale dizer que as mesmas são derivadas da linguagem anglo-saxônica e foram frequentemente utilizadas na era medieval, em que se submetiam os litigantes a provas árduas e a exames de resistência que levavam a exaustão, sinônimos de “tortura” na linguagem de hoje (AQUINO, 1987). Para ilustração disso, vale mencionar um trecho extraído do livro “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões” de Michel Foucault, o qual exemplifica a prática das ordálias e relata sobre a forma em que elas se davam:

[...] A tortura é um jogo judiciário estrito. E a esse título, mais longe do que às técnicas da Inquisição, ela se liga às antigas provas que se utilizavam nos processos acusatórios: ordálias, duelos judiciais, julgamentos divinos. Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o “paciente” – é o termo pelo qual é designado o supliciado – é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e que ele ganha “aguentando”, ou perde confessando. Mas o juiz não impõe a tortura sem, por seu lado, correr riscos (e não é só o perigo de ver morrer o suspeito); ele põe alguma coisa em jogo no torneio, que são os elementos de prova que já reuniu; pois a regra diz que, se o condenado “aguenta” e não confessa, o magistrado é obrigado a abandonar as acusações. O supliciado ganhou. [...] (FOUCAULT, 1987, p. 59)

Neste limbo, percebia-se que as ordálias consistiam em um método cruel de obtenção de resultados, objetivando sempre a confissão do suspeito ou de qualquer testemunha a respeito de algo que tivesse um certo interesse, seja ele da resolução do fato criminoso ou do ressarcimento do prejuízo causado à vítima (AQUINO, 1987). Com esse método rigoroso e

cruel de obtenção de provas, tem-se a herança dos métodos primitivos de confissão que remontam às épocas anteriores ao nascimento de Cristo, como prevê o calendário gregoriano, a exemplo dos códigos de Hamurabi e também do Código de Manu, amplamente difundido na Índia primitiva. A título meramente ilustrativo, anexa-a a baixo neste trabalho, uma imagem que retrata os métodos cruéis aplicados aos réus nos processos penais do medievo em busca da confissão:



Fonte: <https://www.brasil247.com/blog/o-pais-das-ordalias-terceirizadas>

Percebe-se pela imagem que as ordálias eram métodos intrínsecos de dor ao corpo daqueles que eram tidos como objetos do processo, meios estes que objetivavam a produção de alguma prova, em sua totalidade ilícita, obviamente, porém, tal conceito só foi dessecado mais tarde, séculos depois. Avançando no trabalho, imperioso mencionar as influências do Código de Hamurabi e o de Manu na forma de composição do sistema legislativo moderno: o primeiro, por sua vez, via a penalização do agressor social na mesma medida em que ele o fez à vítima, ou seja, aquilo que fez lhe era retribuído, “olho por olho e dente por dente”, ou até mesmo chamado de vingança privada, desta maneira, verifica-se algumas das Leis extraídas do Código de Hamurabi de 1772 antes de Cristo, analisadas no veículo eletrônico educamaisbrasil.com.br, como se observa:

- Se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim, ou os grãos não crescerem por falta d’água, naquele ano

a pessoa não precisa dar ao seu credor dinheiro algum. Ele deve lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano.

- Se a esposa de alguém for surpreendida em flagrante com outro homem, ambos devem ser amarrados e jogados dentro d'água, mas o marido pode perdoar a sua esposa, assim como o rei perdoa a seus escravos.
- Se um homem quiser se separar e sua esposa que lhe deu filhos, ele deve dar a ela a quantia do preço que pagou por ela e o dote que ela trouxe da casa de seu pai, e deixa-la partir.
- Se alguém der seu filho para uma ama e a criança morrer nas mãos desta ama, mas a ama, com o desconhecimento do pai e da mãe, cuidar de outra criança, então eles devem acusa-la de estar cuidando de uma criança sem o consentimento do pai e da mãe. O castigo desta mulher será de ter os seus seios cortados. (Fragmentos do Código de Hamurabi, 1772, a. C.).

Como se percebe, a influência do código de Hamurabi nas doutrinas penais do medievo são extremamente presentes, inclusive se nota ao final da citação anteriormente feita, que haviam punições para mulheres em que as mesmas teriam seus seios cortados em caso de maus cuidados a bebês recém nascidos. Superadas as regras do código de Hamurabi em algumas civilizações, surgem no norte asiático a figura mítica de Manu, filho do Deus Bhrama, na Índia, o qual tem em sua crença ser o mais antigo legislador que se tem ciência, no Manuísmo, as divisões sociais e as regras para o convívio social são estipuladas de forma a conduzir a paz em meio a civilização, mas também, impõe penas rigorosas àqueles que cometem infrações e desordenam toda a estrutura social daquele ambiente (AQUINO, 1987).

O livro *Vigiar e Punir* também expressa muito as punições dos séculos XVI, que as pessoas condenadas eram torturadas em praça pública, tendo seus membros mutilados, sendo condenadas a serem mortas enforcadas, e sempre com a presença da sociedade. Essas torturas são chamadas de suplício no livro, tendo o mesmo significado de ordálias, já mencionado anteriormente.

[...] Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimento: desde a decapitação – que reduz todo os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. (FOUCAUT, 1987, p.36)

O suplício era aplicado conforme a gravidade do crime, a pessoa do criminoso e o nível social de suas vítimas. A pena era calculada de acordo com regras detalhadas: números

de golpes, localização do ferro em brasa, a quantidade de tempo de agonia na fogueira, se era o caso de estrangular imediatamente ou deixar morrer devagar. Todas essas penas eram aplicadas conforme os tribunais e os crimes. (FOUCAULT, 1987).

Em desfecho a análise histórica da prova, menciona-se o direito romano e a criação do processo como formas de legitimação do direito de contraditório e de ampla defesa, e da mesma forma que os demais direitos antigos mencionados, pautava-se em prisões e torturas como métodos de obtenção de prova, porém, desta vez com o uso racional das partes no processo (LEAL, 2004). Nesse limbo, vê-se que a prova tem uma grande influência na resolução de conflitos sociais desde os primórdios da civilização, sendo que a mesma vem sendo aprimorada para com seus meios de obtenção, “deixando” de lado os suplícios como método de violação dos direitos humanos, porém, não esquecendo os conceitos obscuros e métodos de ordálias, no momento da penalização influenciada pela prova processual (FOUCAULT, 1987).

No instituto da prova analisado nesse primeiro esquema, fica aduzido que a mesma é utilizada desde os primórdios da civilização como forma de certificar a autoria e a materialidade de um delito, porém, antigamente, a prova era obtida através de confissões do suspeito e também de testemunhas, muitas vezes ou na maioria delas cometidas com ilegalidades, fazendo da tortura o método principal de sua obtenção (FOLCAULT, 1987). Como se vê, o conceito de prova evoluiu ao longo dos anos e os métodos de suas obtenções no processo também, mas se percebe que a influência da mesma no momento da condenação e a forma da condenação ainda é preponderante, ficando os resquícios do sofrimento no momento do cumprimento de pena, a exemplo do Sistema Penal Brasileiro, como será analisado nos tópicos subsequentes. (LIMA, 2017).

1.2. A valoração da prova pelo magistrado no final da fase de conhecimento do processo e a contraposição do réu.

Dando continuidade ao conteúdo explanado no tópico anterior, faz-se necessário discorrer sobre a valoração que se tem sobre o instituto da prova por parte do magistrado, vez que o mesmo, no momento de suas decisões, não deve pautar-se somente na análise de uma ou outra prova, e sim, conhecer de todo o conteúdo que é produzido no contraditório judicial, e daí então apreciar todas as provas que lhe são postas à mesa. Nesse limbo, é importante mencionar a letra da Lei prevista no art. 7º do Novo Código de Processo Civil de 2015, onde prediz que o “órgão julgador deve zelar pelo efetivo contraditório”, como se observa:

Art. 7. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

É de se dizer, que o contraditório judicial ganhou uma importância crucial no momento de valoração da prova pela figura do Juiz, sendo que este direito (ao contraditório) deixou de ser algo dirigido tão somente aos litigantes processuais e se externou também a pessoa do julgador. O princípio do contraditório deu margem não só para as partes argumentarem em sentidos opostos, como também para que o juiz esclareça o seu entendimento de maneira que aprecie os elementos trazidos pelas partes, seja para acolhe-los ou para rejeitá-los.

Por essas circunstâncias, vale ressaltar que o Juiz tem o dever de esclarecer seus próprios entendimentos para as partes, de modo a ser claro como formou suas convicções acerca dos fatos, das provas e do direito dos litigantes. Isso é correto, pois se as partes pudessem dizer livremente, o Juiz estaria isento de considerar as provas produzidas em contraditório judicial e não teria motivos para se falar em efetividade do princípio em questão. É necessário partir de tal ponto, pois hoje em dia ainda há Magistrados que formam seu livre convencimento na hipótese que sagra-se como preponderante, e isso é avassalador, uma hora que a equidade e a paridade de armas devem reinar sobre o processo, a fim de que se comprove sempre a imparcialidade do Juiz (MIRABETE; FABRINI, 2010). Como exemplo de que entendimentos magistras tendentes a serem parciais a uma determinada hipótese de parte X ou parte Y, anota-se um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e relatoria do Desembargador J.B. Franco de Godoi, que decretou a anulação da sentença de primeiro grau que considerou apenas o acervo probatório produzido por uma das partes, senão vejamos:

Deve o magistrado analisar o acervo probatório de forma global, de modo a assegurar a prestação jurisdicional equânime. Ao analisar apenas o acervo probatório produzido por uma das partes, patenteou-se a violação ao princípio do contraditório material, pois ambas as partes têm direito de influenciar, de forma igualitária, o desfecho da lide. Trata-se de uma medida de Justiça e Equidade. (Desembargador. J. B. Franco de Godoi, TS, SP).

Observando o julgado acima, é de suma importância ressaltar que o Juiz não pode considerar e eleger apenas parte da prova produzida por uma das partes, vez que a motivação deve ser um instrumento de justificativa daquele seguimento escolhido. Vale dizer então que é imprescindível no momento das decisões, o juiz analisar as provas corroboradas aos autos de

maneira que dê atenção as duas partes, fazendo de per-si então, a formulação do contraditório e da ampla defesa, não atentando somente a prova produzida por uma das partes, sendo imparcial e evocando a equidade no processo e a paridade de armas.

A prova em suas devidas circunstâncias, obedecem a uma dinâmica que seguem a sequência de atos organizados no processo, sendo eles: o requerimento da prova, pela parte; o deferimento ou admissão da prova, pelo juiz; produção da prova pela parte ou por terceiro (perito) e a parte da valoração da prova. Nesse meio, vale dizer que o Juiz segue tais diretrizes para que possa proferir a decisão e, quanto a prova judicial é imperioso anotar que a mesma pode ser produzida durante toda a parte do processo, porém, é mais aprofundada no momento da instrução, onde podem ser produzidas todas as demais provas, até mesmo as técnicas, as quais influirão no livre convencimento do Juiz após sua análise.

Ante o exposto anotado no parágrafo anterior, pode-se extrair um trecho de uma matéria veiculada no site jus.com.br, produzido pelo autor Fernando Rubin, como se percebe:

Momento de produção e avaliação da prova: a produção da prova poder se dar ordinariamente – a) ao longo das fases do processo, especialmente instrutória; b) via carta precatória, fora do processo principal; c) via medida cautelar, especialmente preparatória ao processo principal (cautelar de produção antecipada de provas). Já o momento de avaliação da prova não pode se dar em outro momento senão o de conclusão dos autos principais ao juiz para prolação de sentença (fase decisória, encerrada a instrução do processo). Juízo de admissibilidade e valoração: se é diverso o momento de produção da prova e a sua avaliação, não pode haver também confusão por parte do julgador, no sentido de antecipar juízo de valor a respeito do conjunto probatório, em momento próprio que deveria tratar da sua admissão aos autos. Eis aqui questão mais complexa, a merecer o devido tratamento autônomo no cenário da dinâmica da prova. Vejamos um exemplo a respeito: deixa-se de fazer uma prova, já que anterior prova se postou em sentido contrário e já houve suposto convencimento pelo juiz a respeito de qual parte está com a razão. Tal providência judicial pode estar revelando claramente confusão entre a oportunidade de admitir prova e a oportunidade de valorá-la. Ora, se a parte impugnou o meio de prova anterior (pericial) e requereu outro meio de prova (testemunhal), o mesmo deve ser deferido, salvo se realmente se convencer o juiz que não está mais diante de fato controvertido relevante (situação absolutamente excepcional). Repara-se, portanto, que no específico momento de admissibilidade da prova, deve o julgador indeferi-la com base no critério do “objeto de prova”, e não adotando o princípio do livre convencimento motivado da prova – o qual só deve ser aplicado ao tempo de valoração da prova. De outra forma, tão somente em caso de não mais ser controvertido ou relevante o objeto de prova é que pode ser ela inadmitida pelo Estado-Juiz, e não em razão de prévia tomada de convicção a respeito do mérito do pleito envolvendo o fato jurídico amoldador de causa de pedir. [...] (RUBIN, 2007)

Pelo extraído do veículo de informação digital, percebe-se que a influência da prova e de seus métodos, desde os primórdios da civilização, vem sendo amplamente explorados pela doutrina moderna, e demonstram seu impacto no momento da valoração da prova pelo Juiz no instituto de suas decisões, intercalando não só o âmbito penal, como também os outros ramos do direito. Fato que se exorta, é que diante tantos exemplos retratados, o critério de equidade

pelo Magistrado permanece de maneira única, e deve ser estabelecido nos parâmetros de seu entendimento, devidamente motivado e fundamentado, não podendo se ater a uma ou outra prova que influencia em suas decisões, mas sim em todo conjunto que traga a imponência do veredito em um teor de imparcialidade (RUBIN, 2007).

Desta feita, percebe-se que as contraposições trazidas na contestação por parte do lado *ex-adverse* são imprescindíveis para o bom andamento da lide, pois sem eles, não há que se falar em contraditório judicial e decisão imparcial do Juiz, pois caso não houvesse tal instituto, o Juiz emitiria sua decisão com um dos lados da balança sobrepondo a outra e levando ao critério de valor apenas a prova produzida pela parte autora, o que é inaceitável no processo (RUBIN, 2007). Verificado então a importância no valor da prova e sua influência na decisão magistral, cabe nos tópicos subsequentes discorrer sobre o instituto de maneira a demonstrar os seus fundamentos e formas na legislação brasileira, como irá se perceber em seguida.

1.3 Meios de provas e mudanças de contextos no processo conforme o entendimento dos Egrégios Tribunais.

Ao que foi explanado anteriormente, pode-se ter uma visão do instituto da prova e da forma com a qual o mesmo se deu no ordenamento jurídico, rememorando o início da prova nos primórdios da sociedade e sua evolução, cumulada com o conceito da pena ao condenado e as formas de cumprimento objetivando a punição do réu e a reparação do dano à sociedade. Vale dizer, que diante essa evolução, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a prova no processo tem fases de sua produção que podem mudar completamente o rumo da instrução ou da fase de conhecimento, ou até mesmo da fase recursal, exemplo disso, são os mecanismos da Produção Antecipada de Provas e a Reavaliação da Prova em grau de recurso.

É importante dizer, que o segmento processual penal, embora possua caderno próprio que discorra sobre todo andamento da persecução criminal, tem-se o Código de Processo Civil como seu caderno subsidiário, o qual disciplina acerca de matérias que de certa maneira podem servir ao Direito Processual Penal, quando a Lei não deixar explícito acerca da forma procedimental ou até mesmo quando houver alguma lacuna, por esses motivos, faz-se imperioso descrever mencionar nesse tópico a importância da produção antecipada de provas no âmbito processual para adentrarmos no conteúdo em questão, acerca da Reavaliação de provas no grau de recurso (LIMA,2017).

Rapidamente, descreve-se a Produção Antecipada de Provas no Processo Penal como o momento do rito processual que tem natureza acautelatória e visa resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade da perda da prova, em razão do decurso do tempo no qual o processo permanece suspenso. Nesses termos, ressalta-se o artigo 366, do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 366 – Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgente e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Pelo que se vê no artigo acima descrito, a produção de prova antecipada é algo que pode ser determinado pelo Juiz a qualquer momento na instrução, desde que a prova seja considerada de urgência, que são aquelas em que há perigo que se percam ou que se turvem em um momento posterior no processo, e que devem ser produzidas o quanto antes para o bom andamento da lide. Diante disso, soma-se ao fato de que a produção de prova antecipada também pode ser requisito para que seja produzida antes do deferimento do pedido de prisão preventiva do acusado ou qualquer outra medida cautelar que se busque no processo, na qual a produção de provas em momento posterior poderia se furtar a conclusão do inquérito policial ou até mesmo na fase persecutória, a cargo do Ministério Público. Então, se observa a atinência e a importância da produção antecipada de provas no Processo Penal, quanto à forma de ser reservar a aplicação da Lei e ao bom andamento do processo.

Anotado o conceito inicial do presente tópico, acerca da produção antecipada de provas, é imperioso aprofundar no cerne do conteúdo descrito no título, acerca do reexame de provas no grau de recursos, afim de favorecer ou não o acusado, ou a quem pretende produzir a prova neste aludido momento. Diante disso, é imprescindível discorrer sobre a produção de provas e seu reexame no grau de recursos, que pode ser um divisor de águas no processo e define totalmente a pena ou a absolvição do réu ao final do processo, no trânsito em julgado do mesmo.

Partindo do pressuposto previsto no art. 5º, Inc. LVII da CF de 1988, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, princípio descrito como o de presunção de inocência tem-se que a prova deve ser garantida junto ao princípio do contraditório e da ampla defesa em qualquer grau ou fase do processo, efetivando a sensação de justiça e a paridade de armas entre as partes.

Com o passar dos tempos, bem como a constituição que sucedeu o Código de Processo Civil no Brasil, datado de 1973, criou-se ainda mais o costume de admitir a produção de provas em fase recursal, não sendo objeto do mesmo só o reexame de matéria, mas também de produção de provas, garantindo ainda mais o uso do direito do contraditório e da ampla defesa, bem como promovendo ainda mais a interação do juiz com as partes no processo, sejam eles em qualquer grau que estiverem a postos. Até então, havia o entendimento por parte dos superiores tribunais que admitiam a produção de provas em outras instâncias do processo, e, com o novo Código de Processo Civil de 2015, o mesmo tratou novamente sobre o assunto, dando mais ênfase e robustez nesse mecanismo. Sobre isso, é de suma importância anotar um trecho do texto publicado no editorial da Revista ESA do estado do Paraná, do autor e Doutor Paulo Osternack Amaral, com o título: “Produção de provas em fase recursal”, como se observa:

A partir do Código de Processo Civil de 2015 é possível compreender-se também os poderes instrutórios do juiz, na perspectiva do dever de colaboração, previsto no art. 6º, o que impõe ao órgão julgador o dever de diálogo com as partes, incluindo sua participação na produção das provas necessárias à formação de seu convencimento. O processo, assim, torna-se um ambiente propício ao estabelecimento de uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*), na qual os sujeitos – partes e juiz – participam de forma ativa e colaborativa em sua formação e desenvolvimento. Nada impede, à luz dos poderes de instrução, que o juiz determine mais de uma medida instrutória. Todavia, espera-se do juiz a sensibilidade de determinar mecanismos probatórios que sejam adequados à solução do litígio e ao mesmo tempo representem o caminho menos oneroso. [...] Os poderes instrutórios devem ser compreendidos em consonância com o direito à prova, que permite às partes produzir contraprova, prova diversa das determinadas pelo julgador ou ainda lhes confere a oportunidade de se pronunciar sobre elas antes do julgamento. Portanto, os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa, compartilhando com as partes o encargo de produzir todas as provas que repute adequadas para a correta formação de seu convencimento. É importante perceber que essa atuação do juiz se destina a formação do seu convencimento acerca dos fatos trazidos aos autos pelas partes. Portanto, não se permite que o juiz funcione como investigador, introduzindo fato jurídico novo, diverso dos extraíveis dos autos. (AMARAL, p. 5, 2017)

Como se observa, a difusão da produção de provas em fase recursal foi algo que tomou proporção entre os doutrinadores e estudiosos do direito, vez que estendem aos juízes a interação dos mesmos e as partes no processo, bem como a continuidade do direito de contraditório e ampla defesa até o trânsito em julgado da Sentença Condenatória. Dessa feita, faz-se necessário dizer também, que para que se desencadeie uma atividade probatória no âmbito recursal, é necessário que haja uma alegação controversa sobre o fato relevante para a solução da lide (AMARAL, 2017). Ademais, não se restringe apenas ao surgimento de novos fatos para que a produção de novas provas venha a ser dada em sede de recurso, o

próprio relator do processo pode determinar a produção de uma prova caso verifique que essa não foi invocada nos autos, no momento da instrução, afim de que contribua na formação de sua livre convicção (AMARAL, 2017).

Nesse limo, disciplinam os egrégios tribunais a respeito da matéria, como se observa nessa ementa expedida pelo Tribunal Superior do Trabalho, em um recurso de revista nos autos de nº 2044008420095150044, extraído do site jusbrasil.com.br, como se observa:

EMENTA – É consabido que a **produção** de **provas** em **sede** de recurso possui limitações substanciais se comparada a **produção** de **provas** no bojo da instrução dos embargos à execução. A guisa de exemplo, a prova documental (súmula 8 do TST) e a testemunhal (art.884, § 2º, da CLT). Portanto, diante de todo o exposto, ressalta-se ter havido cerceamento do direito de defesa ao exequente, em flagrante violação ao art. 5º, LV, da CF.88. Assim, dá-se provimento ao **Recurso** de Revista para, declarando a nulidade da sentença proferida em **sede** de embargos à execução, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau pra, oportunizando ao Exequente a **produção** das **provas** que entender necessárias, proferir novo julgamento, como entender de direito. **Recurso** de revista provido. (Ementa expedida pelo TST, nº 2044008420095150044)

Ressalta-se, que nem sempre os Egrégios Tribunais permaneceram com esse entendimento, um exemplo disso, é a súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. À luz dessa Súmula, diga-se de passagem, que o Tribunal não reconhecia do cabimento de recurso especial para julgar ou reexaminar provas produzidas na fase de conhecimento, sob a alegação de furtar-se ao princípio da economia e celeridade processual, uma vez que um recurso que analisaria tal matéria apenas traria redundância ao processo e o prolongaria, sendo que tal questão poderia ser suscitada em outras fases do processo.

Com esse entendimento e o passar dos tempos, houve-se um aperfeiçoamento no entendimento dos Superiores Magistrais, os quais adotaram a reavaliação da prova, bem como a produção de provas em fase recursal, objetivando garantir às partes o livre exercício do contraditório e ampla defesa, bem como presumir-se a inocência do réu durante a instrução criminal até o trânsito em julgado da sentença penal, e fazendo com que a figura do julgador tenha a interação com as partes do processo efetivando aos mesmos seus direitos.

Nesta linha, onde temos divergências de entendimentos entre tribunais, podemos citar uma parte do livro “Outsiders: estudos de sociologia do desvio” do autor Howard S. Becker, que fala dos entendimentos das regras.

Justamente porque os valores são ambíguos e gerais, podemos interpretá-los de várias maneiras e deduzir deles muitos tipos de regras. Uma regra pode ser coerente com um dado valor, mas regras muito diferentes também podem ter sido deduzidas do mesmo valor. Além disso, regras não serão deduzidas de valores, a menos que

situações problemáticas nos incitem a fazê-lo. Podemos descobrir que certas regras que nos parecem decorrer de modo lógico de um valor amplamente aceito não foram sequer cogitadas pelas pessoas que sustentam esse valor, seja porque não surgiram situações e problemas que exigissem a regra, seja porque tais pessoas não se dão conta da existência de um problema. (BECKER, 2008, p. 138,139)

Em desfecho ao presente tópico, tem a se dizer que o processo penal evoluiu ao colocar em voga algumas garantias imprescindíveis que assegurem o direito do réu, porém, ainda é retrogrado em questões importantíssimas como a execução penal imposta no Brasil e também a influência da prova na condenação do acusado, que por muitas vezes pode ser severa caso servir de base para a formação da convicção do Juiz, como se verá adiante.

1.4 A evidência da prova e sua influência na imposição da pena em desfavor do réu: o “retrocesso” na execução penal e o sofrimento do punido.

O sistema de execução penal no Brasil por vezes se mostra ineficaz quanto aos avanços da sociedade que perpassaram o século XXI e permanecem até o dia de hoje, ineficácia essa somada ao retrocesso da estrutura das prisões no País, bem como a sua organização interna tanto para com os reeducandos, quanto para os funcionários daquele ambiente. Verificou-se na análise dos tópicos anteriores, que o instituto da prova é um mecanismo essencial ao bom andamento do processo e crucial para a conclusão do mesmo, vez que o Juiz, ao analisar todas as provas apresentadas no contraditório judicial, formará livremente a sua convicção, imbuído da imparcialidade e analisando sempre os direitos humanos inerentes a figura do réu.

Não poderia passar em branco, neste primeiro capítulo, a primaz influência da prova no rumo à qual o processo há de tomar e a formulação da convicção do Magistrado no momento da sentença. A prova em si, define o que se chama de materialidade e autoria do delito, no primeiro caso, poderá a prova indicar qualificadoras, agravantes, atenuantes, incidência de outros crimes, e no segundo caso, comprovar os indícios de que o investigado no inquérito policial ou o acusado no processo penal, tem autoria ou participação no delito em questão¹. A influência que a prova traz na análise do Magistrado, é que a mesma poderá indicar causas de aumento de pena no momento de se analisar o *Iter Criminis*², bem como

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

² Processo de evolução do delito.

promover o sentimento íntimo ou modifica-lo, daquele que conduz a lide e expressará sua convicção no momento da sentença ou de qualquer decisão de que lhe seja competente fazer.

Nesse sentido, é oportuno dizer que o rumo do processo é tomado pela prova que é produzida em seu curso, bem como a fase de sentença e posterior a ela, até a fase de execução penal, onde a mesma permanece “tatuada” na testa do condenado entremeio as demais pessoas que cumprem a pena consigo. Para ilustrar o presente parágrafo, cita-se o exemplo dos condenados aos crimes contra a dignidade sexual: entre os demais detentos, há penalizações internas, criadas por uma denominada “justiça paralela” que define punições (na maioria das vezes corporais), em razão das características da vítima, como idade e sexo, ou até mesmo a forma como foi comprovado que se ocorreu o delito. Ademais, isso acontece não só nesse tipo de crime, mas em todos os outros tipificados na Lei Penal.

A denominada Justiça ou forma de tratamento dos demais detentos não ocorre somente por parte das demais pessoas penalizadas, pode ocorrer até mesmo dos próprios agentes estatais em face dos condenados. A respeito disso, cita-se um trecho do artigo veiculado no site www12.senado.leg.br, elaborado pela redação do Senado Federal, com o título: “A visão social do preso”, como se nota:

As informações sobre torturas cometidas no interior das prisões são escassas. Com exceção dos vazamentos de vídeos na internet e dos relatos dos presos a instituições da sociedade civil, os atos de violência física contra os detentos por agentes penitenciários e policiais não são denunciados, por medo de represálias. “Os presos podem ser extorquidos, ameaçados ou sofrer qualquer outro tipo de violência. Contudo, é bastante possível que nada seja devidamente comprovado, investigado ou averiguado”, diz o relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), sobre o Presídio Central de Porto Alegre. Em um ano, os 11 especialistas do órgão visitaram 33 estabelecimentos penais com o intuito de diagnosticar violações de direitos humanos. No Centro de Recuperação Agrícola Silvío Hall de Moura, no estado do Pará, os abusos cometidos vão de destruição de objetos pessoais a espancamentos por servidores. “Essas pessoas são submetidas a muitas formas cruéis de castigo. O uso de spray de pimenta e cassetetes é uma prática constituída em grande parte das unidades de privação da liberdade”, assegura o perito do MNPCT Lúcio Costa. [...] Em depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Sistema Carcerário, em 2015, um agente da Secretaria de Segurança Pública do Maranhão denunciou aos deputados dois casos de canibalismo que teriam acontecido dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2013 e 2014. De acordo com o agente, os detentos Rafael Alberto Libório Gomes e Ronalton Silva foram vítimas da facção criminosa Anjos da Morte. O corpo esquartejado de Rafael foi encontrado enterrado na calçada entre as celas e as vísceras, cozidas em salmoura e servida aos algozes. O corpo de Ronalton, no entanto, nunca foi encontrado. Mas especula-se que ele também tenha sido vítima do mesmo ritual macabro.

Com a leitura do trecho acima, nota-se que o sistema de execução penal no Brasil mostra-se ineficaz quando o assunto tratado é o da ressocialização do condenado, ficando evidente que séculos depois das obtenções de provas e de suplícios para penalização de

delinquentes ainda não se perderam no tempo e há um resquício forte das formas de penalização no interior das prisões no País. Nesse sentido, faz-se mister mencionar também uma citação do Livro: “Dos Delitos e das Penas”, do celebre criminalista italiano Césare Beccaria, o qual evidenciou e deixou sua marca registrada nas doutrinas penais de que o instituto da prisão de nada serviria para a ressocialização e penalização do acusado:

A razão está em que o sistema atual de jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça: e que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto, é que a prisão, entre nós, é antes de tudo é um suplício e não um meio de deter um acusado. (BECCARIA, 2001, p. 101)

Fica claro então, que o sistema de execução penal no Brasil é em sua Lei própria exemplar, porém, não é cumprida à risca pelo Estado ou por aqueles que a aplicam, principalmente no primeiro, que não dá estrutura adequada para o cumprimento de pena do condenado, tanto como estrutura física, quanto intelectual das prisões espalhadas pelo território nacional. Nesse sentido, percebe-se que é retrógrado o cumprimento de pena perante o sistema penitenciário brasileiro, e é evidente que não há ressocialização entre os demais reeducandos que ali se encontram, uma vez que muitos saem das mazelas do cárcere piores intelectualmente falando do que entraram, outros nem mesmo conseguem sair, como é o caso do exemplo retratado na citação anterior, de que outros colegas da mesma unidade esquartejaram outros e se alimentaram de suas vísceras, demonstrando assim o descaso da administração penal nos Estados brasileiros (BECCARIA, 2001).

Outro ponto relevante, é o fato da criação e rápido avanço das facções criminosas no interior do cárcere, que criam por si mesmos as suas formas de punições para o cumprimento de pena na cadeia, ou até mesmo punições para “receptionar” aqueles que entram no ambiente e são condenados por algum crime repudiado no interior das Unidades Prisionais ou Penitenciárias, fatos recorrentes no Brasil como a tortura por parte dos colegas ou até mesmo casos em que os detentos vem a óbito, por isso o presente estudo objetiva traçar um paralelo entre a obra do filósofo francês Michel Foucault, ao tratar das penalidades impostas aos presos, em sua obra *Vigiar e Punir*, como será demonstrado no desenvolvimento do atual trabalho.

1.5 O comportamento desviante perpétuo do réu e a ineficácia do modelo imposto pelo Estado na forma do cumprimento de pena.

Pela análise do contexto do instituto da prova no Processo Penal Brasileiro, percebeu-se que a mesma é imprescindível para o andamento coerente da instrução criminal, bem como relevante para a formação da convicção do julgador no momento de decidir a lide ou sentenciar o acusado. Para finalizar esse capítulo, é necessário mencionar a ineficácia do sistema penal brasileiro e sua irreverência quando se diz que o objetivo de ressocializar o apenado é cumprido diante das mazelas que as cadeias em território nacional passam. Resta dizer, que no atual sistema de cumprimento de pena em regime de privação de liberdade no Brasil é ineficaz, vez que não ressocializa o preso e muito pelo contrário, devolve-o a sociedade com mais instinto criminoso do que o era, no início de sua execução penal, fato que se dá pela má estrutura das unidades, a falta de educação para os presos, falta de trabalho nas cadeias, corrupções no limo Estatal e da Administração Penitenciária, fatores esses que tem total relevância no momento de se entender o porquê de o apenado retornar a sociedade e ainda continuar a delinquir, muita das vezes em caráter de perpetuidade (BECCARIA, 2001).

Confirmando o parágrafo anterior, anota-se abaixo um trecho do artigo científico veiculado no site scielo.br, com o título: “Percurso recente da política penitenciária no Brasil: O caso de São Paulo”, elaborado pelos pesquisadores: Marcos Vinicius Gonçalves da Cruz, Letícia Godinho de Souza e Eduardo Cerqueira Batitucci, que faz citações dos autores, Ribeiro, Goffman, Azevedo, Paixão, Cruz, Batitucci, e Lemgruber, se não vejamos:

Ao longo dos tempos, as formas de punição e o papel desempenhado pela pena foram adquirindo diferentes conotações conforme o tipo de sociedade e a concentração do direito de punir nas mãos do Estado (Ribeiro et al., 2004). A evolução da sociedade levou à eliminação de estratégias de castigo de criminosos, como suplício e vingança, com sua substituição pela penitenciária como instituição privilegiada de sua punição e recuperação (Goffman, 1980, 1987). O aparato do sistema de justiça criminal no âmbito de um estado democrático de direito instaura “mecanismos normativos e institucionais para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, de tal forma que o objetivo de proteção ao cidadão contra o crime seja ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do acusado” (Azevedo, 2009:95). Os direitos dos apenados enfrentam enormes resistências junto a populações expostas à criminalidade e à violência, propensas a aderir a perspectivas mais punitivas (Paixão, 1991). No caso brasileiro, há diversos indicativos de um aparato institucional que não vem dando conta de prevenir, controlar e conter o fenômeno da violência e da criminalidade (Cruz e Batitucci, 2007), tampouco adotar medidas junto àqueles de comportamento desviante que minimizem a impunidade e possam levar à correta detenção dos criminosos, observando-se a legislação vigente, no âmbito de prover ao encarcerado perspectivas de reinserção social. Após 20 anos do já clássico estudo de Antônio Luiz Paixão – *Recuperar ou Punir : como o estado trata o criminoso* (Paixão, 1991) -, o percurso da política penitenciária brasileira apresenta circunstâncias ainda não superadas desde então: o agravamento das condições de superlotação, elevados custos sociais e econômicos de manutenção das políticas de encarceramento, a mobilização da “sociedade dos cativos”, os distintos estágios de violência no interior das cadeias e penitenciárias com recorrentes fugas, motins e rebeliões, além de indícios de corrupção no sistema e a necessidade de um efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais (LEP) (Anistia Internacional, 2008; Lemgruber, 2000).

Observa-se que o Sistema Penal no Brasil se mostra falido ao tratar do objetivo do mesmo como forma de ressocialização do apenado e sua reinserção no convívio social, vez que o mesmo não consegue ser socializável nem mesmo no ambiente em que se encontra cumprindo sua pena, são casos de maus tratos, torturas, óbitos decorrentes da falta de fiscalização do estado no interior das penitenciárias em razão das guerras comandadas por facções criminosas, que formam suas estruturas na maioria das vezes por lutar ou conseguir melhores condições de convívio e de estrutura nas cadeias para que possam cumprir a pena dignamente e também trabalhar ou estudar para possuírem o benefício da progressão do regime, o que acontece, é que esses grupos agem à margem da Lei, e utilizam da violência e da ilicitude para se fortalecer, por isso são denominados grupos criminosos.

Não bastasse esses problemas retratados anteriormente, há ainda que se dizer na omissão do estado em relação aos crimes cometidos pelos próprios agentes públicos, que estão ali para levar o direito a todos e cuidar para que o mesmo não seja violado, o que pode ser guiado ao contrário muitas das vezes.

Mais um exemplo dessas mazelas enfrentadas pelo Sistema Penitenciário no Brasil, encontram-se as referências do doutrinador Cesar Roberto Bitencourt, em seu livro *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*, acerca das más condições de saúde enfrentadas pelos detentos no cárcere da execução penal no Brasil:

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos. (BITENCOURT, 2011, p. 166)

Ainda sobre as más condições de vida enfrentadas pelos detentos nas penitenciárias, preleciona Bitencourt no mesmo livro, a respeito da Justiça imposta pelos condenados nas cadeias e o descompasso do estado na falta de fiscalização dos estabelecimentos penais:

A influência do código do recluso é tão grande que propicia aos internos mais controle sobre a comunidade penitenciária que as próprias autoridades. Os reclusos aprendem, dentro da prisão, que a adaptação às expectativas de comportamento do preso é tão importante para seu bem-estar quanto a obediência às regras de controle impostas pelas autoridades. (BITENCOURT, 2011, p. 186)

Sob a análise das palavras de Bitencourt, há a comprovação de que o cárcere nada mais é do que um sistema que perpetua o instinto criminoso daquele que está inserido no

amago de uma cela, tendo em vista que a revolta pelas condições sociais e físicas a que são impostos, geram nos mesmos sentimentos que os levam a pensar que o crime é cada vez mais compensatório e observam que esta é a única oportunidade que recebem quando saem de uma cadeia, uma vez que o Estado não se compromete a oferecer aos punidos uma educação adequada e preparo para o trabalho na sociedade.

Como fechamento deste tópico, não poderia passar em branco uma menção a pesquisa de campo realizada por estudiosos do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), na figura dos componentes e autores da pesquisa: Carla Coelho de Andrade (*in memoriam*), Almir de Oliveira Júnior, Alessandra de Almeida Braga, André Codo Jakob, Tatiana Daré Araújo, com o título: “O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais”, no site repositório.ipea.gov.br, a qual diz respeito sobre a visão do reeducando sobre o cárcere e o pensamento de perpetuidade do cárcere na vida da maioria dos apenados que passam por ele, veja-se:

Em todos os casos estudados, os presos entrevistados acreditavam que a possibilidade de reinserção social dependia em grande medida de esforços pessoais para combater os efeitos nefastos que o cárcere havia deixado em suas vidas. Alguns descreveram essa experiência como a pior de suas existências, relatando vivências relacionadas às más condições de cumprimento da pena, como a falta de assistência, superlotação das celas e violência: “é uma morte em vida, o cárcere”. Contudo, muitos acreditavam que a existência da prisão era absolutamente necessária, mas em moldes diferentes. [...] **A necessidade da prisão (entrevistas):**

Condenado no regime semiaberto – Caso A: “Para mim a prisão significa assim: se a pessoa errou, a prisão é um tempo para a pessoa refletir, pagar pelo seu erro. Que pagasse, mas que, ao mesmo tempo, a pessoa fosse educada lá dentro para sair uma pessoa melhor. A prisão para mim é certo porque a pessoa cometeu esse erro e tem que pagar. A prisão para mim tem que existir, senão vira bagunça. Existindo prisão já é assim, um caos, se não existisse seria pior. Agora, se existisse prisão com mais atenção dos governantes para a pessoa sair dali melhor e não do jeito que é. Agora, a prisão é certo, cometeu um erro, tem que pagar. Agora, que a pessoa saia melhor”.

Condenado do regime fechado – Caso A: “Tem que ter prisão porque se não tiver prisão o mundo ia ficar doido. Já tendo prisão o mundo vai de ré, se não tivesse. Tem que existir”.

Condenado do regime fechado – caso B: “Infelizmente eu errei, pois tenho que pagar, né. Agora, a condição para pagar tinha que ser melhor. O sistema prisional é um inferno. Uma cela com dezoito presos, um colchão de solteiro para dois ou três, péssima comida, a gente é chamado de demônio. Para pagar, poderia ser diferente”.

Condenado do regime fechado – caso C: “A gente está aqui mesmo porque errou, está certo, tem que pagar. Mas tem que dar oportunidade para a gente sair daqui melhor. Bater, torturar fisicamente ou psicologicamente não vai fazer ninguém melhor. Só vai trazer mágoa, raiva, vai fazer o sujeito buscar ainda mais o mundo do crime”.

O citação anterior diz por si só: os próprios detentos tem a convicção de que a forma com a qual o cárcere é colocado no Brasil não dá oportunidade para que os mesmos retornem para a sociedade com a sensação de preparo para encarar o mundo atual, após saírem do

enclausuro e enfrentar a liberdade como um recomeço, muito pelo contrário, o sistema penal muda ainda mais o comportamento desviante daqueles que se agregam ao mesmo, os sentimentos internos são alimentados por ódio e revolta de situações muitas vezes injustas, como condenações injustas, descaso de defensores, punições severas, faltas de análises em benefícios de progressão de regime, péssima alimentação, ocorrência de doenças, falta de estudos, torturas entre os detentos e dos próprios agentes estatais em desfavor dos mesmos, além de punições criadas pela “justiça paralela” que impera dentro das cadeias por parte das facções criminosas que controlam o tráfico de drogas e de armas no País e também no exterior, ou seja, como anteriormente foi falado, é “uma morte em vida”, daqueles que neles se privam.

Nessa oportunidade, é de extrema relevância frisar que o cumprimento de pena no Brasil é ineficaz quando traz a ressocialização do punido como objetivo principal do cárcere, e por isso os benefícios e garantias em favor do réu no processo penal devem ser aumentados e por vezes agregados ao processo, afim de evitar que essas mazelas perpetuem o comportamento desviante e criminoso na vida do condenado. Então, pelo presente estudo, trabalhar-se-á e traçar-se-á um paralelo quanto as obras Foucaultianas e a realidade do cumprimento de pena, que não ficará somente neste capítulo e se estenderá para o meio e o fim desse estudo, demonstrando a sua relação com o instituto da prova e principalmente com a utilização da prova ilícita em benefício do réu, afim de aumentar suas garantias processuais e evitar que o mesmo caia nos espúrios do cárcere no Brasil.

CAPÍTULO II – O GARANTISMO PENAL E A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PRÓ RÉU NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA HERANÇA DO CONCEITO E OBJETIVO DA PENA CONFORME O PENSAMENTO FOUCAULTIANO.

2.1. O garantismo penal no Brasil e suas principais diretrizes despenalizantes.

Como mencionado anteriormente no primeiro capítulo deste estudo, fez-se um arcabouço do instituto da prova, desde o surgimento da mesma até os dias atuais, no tocante à sua análise quanto a utilização da mesma (de forma ilícita) para o benefício do réu no processo penal. Dando seguimento a este trabalho, torna-se imprescindível discorrer sobre o instituto do garantismo penal no Brasil e sua influência na validação da prova ilícita em favor

do réu, de uma maneira ampla a ser analisada sobre as diretrizes propostas pelo filósofo Francês Michel Foucault e também por doutrinadores do Direito, como Luigi Ferrajoli.

Iniciando a caracterização do Garantismo Penal, tem-se que o instituto objetiva limitar o poder punitivo do Estado, reduzindo ao mínimo necessário para proteger a liberdade do cidadão. Nessa linha, extrai-se da obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli, o conceito do referido instituto:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que son o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2006, p. 685).

Ainda na mesma página, Ferrajoli apresenta outros dois conceitos de “Garantismo”, que se completam ao primeiro apresentado, sendo eles:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito, e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patológicos – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2006, p. 685).

Diz ainda Ferrajoli sobre o garantismo:

“Garantismo” designa uma filosófica política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento ou mesmo entre o “ser e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p. 685,686).

A respeito das três definições de garantismo tragas por Ferrajoli, tem-se que o instituto se enquadra em uma conceituação onde a segurança da sociedade é saber que a máxima liberdade possível deriva de um garantismo onde o Estado Punitivista minimiza as formas de atuação nessas liberdades. No segundo plano, Ferrajoli também diz acerca do positivismo ou Juspositivismo Dogmático ao explorar as normas e suas diferenças quanto à vigência, eficácia

e validade, dizendo que o garantismo entre elas faz-se como uma ponte entre o ser e o dever ser, tendo assim suas nuances próprias. A terceira conceituação se pauta em um viés filosófico trago por Ferrajoli, pautado na laicidade e na finalidade da teoria garantista.

Diante do que foi dito, vale dizer também que o garantismo penal pauta-se na mínima intervenção do estado na liberdade dos indivíduos, fazendo com que esta seja a sua ultima opção quanto à utilização do seu poder punitivo. Na mesma seara, o garantismo baseia-se na efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, com vistas a alcançar a denominação de Estado de Direito (FERRAJOLI, 2006).

Em matéria veiculada no site www.conteudojuridico.com.br, com o título “Os postulados básicos do garantismo penal – exposição dos dez “axiomas” de Luigi Ferrajoli”, escrito por Walkis Pacheco Sobreira Filho, o mesmo diz acerca do garantismo no Direito Penal Brasileiro:

[..] O garantismo penal traduz-se numa série de enunciados de cunho prescritivo, de modo a regular o comportamento estatal em matéria penal. São dez: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine judicio, nullum judicium sine accusatione, nulla accusatione sine probatione e nulla probatio sine defensione*. Alguns se encontram previstos constitucionalmente, enquanto outros podem ser encontrados nas disposições legais penais e processuais penais. Para Vlamir Costa Magalhães: “Tais axiomas tem a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal. Seguindo este diapasão, os três significados básicos do modelo penal garantista foram sintetizados por FERRAJOLI como sendo, simultaneamente, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

Nesse feixo, é imperioso dizer que Ferrajoli traça 10 princípios norteadores para a ideia de garantismo penal, sobretudo acerca da legalidade e da efetiva aplicação da lei já existente para a pessoa do acusado, bem como acerca da culpabilidade do mesmo. Tais axiomas mencionados na citação, são degraus do Direito Penal fixado no Brasil, bem como fazem parte da própria constituição, como é o caso do primeiro e do segundo axioma tratado pelo autor, onde trata-se estritamente do princípio da reserva legal e da anterioridade da Lei Penal. Vale lembrar, que quanto a esses dois princípios, possuem em seu conteúdo a garantia de que não haverá crime sem alguma lei que já tenha o definido, nem mesmo penalização se não tiver sido cominada em Lei (FERRAJOLI, 2006).

O terceiro axioma e o quarto, dizem respeito da necessidade da aplicação da Lei penal, o primeiro de que não haverá Lei penal se não houver necessidade e o segundo, por sua vez, trata-se do princípio da lesividade ou ofensividade, ou seja, a agressão ao bem tutelado pelo estado deve oferecer um mínimo de significância ou dano à vítima para ser lhe aplicado a

pena, se não houver isso, pode-se aplicar o princípio da insignificância ou da bagatela, amplamente utilizado pelos tribunais superiores (FERRAJOLI, 2006).

A quinta e a sexta diretriz traçada por Ferrajoli, diz respeito às condutas do agente, principalmente a respeito da ação, também tratada como materialidade do delito e por outro lado, tratando da culpabilidade do agente na consumação do delito, ambos caracteres indispensáveis e necessários para a configuração do mesmo. No mesmo segmento, vale dizer que as demais diretrizes traçadas por Ferrajoli, que se completam aos dez axiomas anteriormente apresentados, predizem a respeito das normas processuais inerentes à figura do acusado, como a presunção de inocência do mesmo, a imparcialidade do julgador, o ônus da prova e também a garantia do contraditório e a ampla defesa no processo, os quais asseguram um deslinde processual minimamente humanitário a figura do condenado (FERRAJOLI, 2006).

Concluindo o tópico inaugural deste capítulo, pode-se perceber que a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli amoldou-se a realidade do Brasil, o qual trouxe junto a Constituição Federal de 1988 e também ao Código Penal de 1940 a ideia suma de garantismo penal e a mínima interferência punitiva do estado na vida das pessoas, sagrando-se para isso através de princípios que norteiam o ordenamento jurídico e regulam não somente relações entre o Estado e indivíduo, como também entre estes e outros indivíduos (FERRAJOLI, 2006). Sendo assim, a ideia de garantismo nada mais é do que a menor interferência possível do Estado na liberdade da população que nele se compõe. E com tal razão garantista, o presente estudo tratará a seguir sobre a utilização da prova ilícita entranhada no processo a favor do réu, imbuído também na ideia de garantias de direitos asseguradas ao acusado no processo penal.

2.2. A prova ilícita ou maculada no processo e a utilização em benefício do réu.

Como se viu anteriormente, o sistema legislativo penalista do Brasil tem grande influência do garantismo proposto por Luigi Ferrajoli, e, um dos mecanismos processuais que garantem ao réu uma maior proteção é a questão da não utilização da prova ilícita ou maculada no Processo Penal, que fazem com que todo o processo seja maculado, caso a prova ilícita seja aceita.

Postula o Código de Processo Penal brasileiro de 1942, em seu artigo 157, o seguinte:

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

§1ª 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.

§2ª 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 objetivo da prova.

§3ª Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente.

Como se percebe do artigo mencionado anteriormente, o Código de Processo Penal dispõe que as provas ilícitas sejam desentranhadas do processo, com o objetivo de que este não se torne maculado, e, fato que atesta esse “envenenamento” do processo com a utilização da prova ilícita é a justificativa encontrada em alguns princípios processuais, os quais respaldam esse instituto e preveem que o mesmo seja retirado dos autos para que não contamine todas as demais provas. A exemplo disso, pode-se mencionar dois princípios como o da Verdade Processual, o qual consiste na verdade que se obtém dentro do devido processo legal e é isso que importa no deslinde do processo, a descoberta da verdade dos fatos. Além do princípio da verdade processual, tem-se também o princípio da liberdade das provas, que é a conferência de liberdade as partes para a obtenção de provas, uma vez que a liberdade para obtenção da prova é ampla.

As provas ilícitas, pelo que se entende, são aquelas provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, viola regra de direito material que pode ser legal ou constitucional, no momento de sua obtenção. Em nosso ordenamento, há o pacto de inadmissibilidade das provas ilícitas, onde ela não pode ingressar no processo e deve ser desentranhada dos autos de imediato, sob o risco de contaminá-lo (Art. 157, CPP).

Há de se dizer que no Processo Penal brasileiro, também se encontram definidas as provas ilícitas por derivação, que são provas ilícitas produzidas a partir de outras que foram obtidas por meios ilegais, conteúdos processuais que são duramente repelidos pela doutrina e também pela jurisprudência. As provas ilícitas por derivação também não podem ser aceitas e devem ser desentranhadas do processo, uma vez que também são contaminadas por vício na ilicitude, e podem atingir a todas as provas subsequentes. A respeito disso, ressalta-se o art. 573, § 1º do Código de Processo Penal, o qual informa sobre a nulidade do ato das provas ilícitas por derivação:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Pelo que se vê então, admite-se a anulação de qualquer prova que tenha o vício de ilegalidade nela imbuído, assim como as provas que derivem da mesma.

Afim de ilustrar a origem do conceito de prova ilícita no Processo Penal, podemos descrever aqui o surgimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual foi notada pela jurisprudência dos EUA, e determina a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, sob a alegação dos “fruits of the poisonous tree” (frutos da árvore envenenada), onde segundo a mesma, o vício da planta se transmite para todos os seus frutos. A decisão emanada pela Suprema Corte Norte Americana surgiu em 1920 a partir do caso *Silverthorne Lumber Co V. United States (1920)*, como se vê em resumo do caso apresentado no artigo “A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro”, por Bruno Fontenele Cabral, veiculado no site: jus.com.br, como se vê:

A doutrina dos frutos da árvore envenenada “fruits of the poisonous tree” foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co V. United States (1920)*, em que a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema corte, ao analisar o caso *Silverthorne Lumber Co V. United States (1920)*, formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente. [...] Também é interessante destacar que, apesar do caso *Silverthorne Lumber Co V. United States (1920)* representar o início da doutrina dos frutos da árvore envenenada no direito norte-americano, somente em 1939, no famoso caso *Nardone V. United States* é que se faz menção expressa, pela primeira vez, à terminologia “fruits of the poisonous tree”. Cito o trecho do julgado histórico: “ *Argumentos sofisticados podem revelar um nexo de causalidade entre as provas obtidas por meio de interceptação telefônica ilegal e as provas obtidas licitamente pelos órgãos estatais. As matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint.* Por uma questão de bom senso, no entanto, a ligação pode se tornar tão tênue de forma a dissipar a mancha que macula a prova. *A sensible way of dealing with such a situation – fair to the intentment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law – ought to be within the reach of experienced trial judges. (...) o juiz deve dar oportunidade (...) para o acusado provar que uma parcela substancial do processo contra ele foi um dos frutos da árvore venenosa. This leaves ample opportunity to the Governmente to convince the tril court that its proof had na independet origin.* Isto deixa uma ampla oportunidade para o aparato estatal convencer o juiz que a sua prova teve uma origem independente.

Como se percebe na citação colacionada anteriormente, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados consolidou-se nas decisões das cortes de julgamento norte-americana, expandindo o conceito do instituto para todo mundo em seus sistemas processuais distintos, e explicando melhor acerca da prova ilícita por derivação e seu desentranhamento ou anulação do processo, uma vez que a produção da prova ilícita é prejudicial ao acusado, por ser obtida através de métodos ilegais, porém, como será discorrido ainda nesse tópico, há vertentes que veem a correição em não desentranhar a prova errônea do processo se essa for revertida ao benefício do réu, como se verá em decisões dos egrégios tribunais brasileiros acerca do tema.

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, sob a indagação de que se caso houvesse uma oportunidade em que apenas à prova ilícita poderia ser o método único de obtenção da verdade real, principalmente quando se tem em jogo conflitos de interesses contrastantes entre indivíduo e sociedade. A respeito disso, o ordenamento jurídico brasileiro e também processual de alguns países como a Alemanha, teve por justificativa ao referido método de aceitação da prova ilícita o princípio da proporcionalidade, onde o caráter excepcional e gravíssimo pode acatar a utilização da prova ilícita para se buscar a verdade real, ou solucionar um direito contrastante. Nessas palavras, utilizando a citação do processualista Fernando Capez, menciona-se um trecho do artigo intitulado “Provas Ilícitas no Processo Penal: Discussões acerca de sua admissibilidade”, realizado pela autora Brendha Lília Soares Rosa, publicado no site multivix.edu.br, como se observa:

[...] A resposta é encontrada na denominada teoria da proporcionalidade ou do interesse preponderante, desenvolvida na Alemanha, no período do pós-guerra. De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, admite-se a prove ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em um jogo de interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (CAPEZ, 2006). [...] Assim também o posicionamento de Moraes (2004, P.63): Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o interprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Da mesma maneira, pode-se falar em admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, a qual enseja sua absolvição, é predominante na doutrina com base no princípio da utilização da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência as normas legais. Desse

modo, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua obra “Curso de Processo Penal”, como se observa:

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 explicado ou explicável. (OLIVEIRA, 2015, p.376).

Pelo que se percebe, a harmonia com o Estado democrático de direito e a proteção da dignidade humana devem caminhar ao lado da admissão de provas ilícitas em favor do réu, quando esse for o único meio de provar a inocência do acusado, evitando que o mesmo seja privado injustamente de sua liberdade (OLIVEIRA, 2015). Por caminhos da doutrina pátria, alegam que a admissibilidade da prova ilícita no processo penal deve ser aplicada com cautela, por um lado, acredita-se que o acusado só poderá dispuser da utilização da prova ilegal se o mesmo não obtiver de meios lícitos para provar sua inocência. Por outro lado, há também a necessidade de avaliar-se a real utilização da prova ilícita para a persecução do grau de contribuição para comprovar a inocência do réu e observar que a mesma não venha a prejudicar terceiros (OLIVEIRA, 2015).

Nesse sentido, preleciona-se os Egrégios Tribunais a respeito da admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro em ementa publicada no Diário da Justiça do dia 04.03.2005, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, como se vê:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282 – STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279 – STF. L. – gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, **nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III – A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282 – STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindia do reexame do conjunto fático – probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula – 279 – STF. V. Agravo não provido. (AI 50.367- PR, 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01.02.05. DJ 04.03.05).

No mesmo sentido, grafa-se uma ementa publicada no Diário da Justiça do dia 27.03.1998, cujo relator Octavio Galloti disciplinou acerca da admissibilidade da prova ilícita no processo, como se observa:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de

concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24.06.97, ambos da Primeira Turma. (RE 212.081, REL. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5-12-97, DJ de 27-03-98).

Não bastasse o entendimento dos Egrégios Tribunais, a doutrina brasileira também postula sobre a admissibilidade das provas ilícitas em benefício precípua do réu, como se observa na obra de Direito Processual Penal do doutrinador Paulo Rangel:

Assim, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arpejo da lei. (RANGEL, 2009, p.426).

Nota-se, que a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, é utilizada estritamente com o uso do princípio da proporcionalidade, bem como o da dignidade da pessoa humana, uma vez que a utilização do mecanismo para o exercício da ampla defesa e contraditório do réu, pode ser necessariamente utilizado para comprovar sua inocência, eximindo-se assim de uma condenação arbitrária ou errônea por parte do julgador (RANGEL, 2009). Nesse sentido, o liame e a crítica na qual esse trabalho vem a provocar é a demonstrar que a aceitação da prova ilícita no exercício da defesa do réu, se essa for revertida para o seu exercício, não deve ser desentranhada dos autos, uma vez que o garantismo penal se desdobra também nesse instituto, a permissão da utilização de um meio ilegal como forma de defesa do acusado, torna-se um mecanismo que evita arbitrariedades por parte do Estado, fazendo com que o réu processual não caia nas mazelas do mesmo.

Infimamente, será demonstrado esse garantismo e sua correlação com a obra Vigiar e Punir de Michel Foucault, versando sobre as provas no processo e também da pena como vertente para um maior comportamento desviante do condenado, e não sua ressocialização, como será visto nos tópicos subsequentes.

2.3. “Vigiar e Punir” – a evolução do conceito da pena e o retrocesso na execução penal brasileira.

Como foi analisado até o presente momento, a respeito do instituto da prova no Processo Penal Brasileiro, o mesmo é intangível em dizer que a prova ilícita deve ser desentranhada dos autos afim de não contaminar todo o processo³, desviando então, qualquer ilegalidade atinente a obtenção de provas. Visando traçar um paralelo com a admissibilidade da prova ilícita, utilizada “pró-réu”, bem como a justificativa disso com base em princípios como o da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, não poderia deixar de passar em branco no presente estudo, a contribuição filosófica apresentada por Michel Foucault a respeito do caráter negativo da pena e também de sua forma de cumprimento: a restrição de liberdade, como se verá nas próximas páginas em referência à sua obra prima e memorável, intitulada “Vigiar e Punir”, afim de traçar um paralelo entre a ineficácia do sistema penal como um todo, e, precipuamente no Brasil, bem como a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, afim de que se evite uma punição errônea, de maneira que o acusado não caia nas mazelas do Estado Punitivista.

Francês de nascimento, Michael Foucault foi um filósofo, professor e escritor que analisou as estruturas do século em que viveu sobre uma ótica diferente daquela em que a humanidade estava acostumada na época, século XX, período este marcado por grande instabilidade no cenário político e econômico mundial. Segundo o site eletrônico www.brasilecola.uol.com.br, em bibliografia estudada do filósofo, extrai-se que seu pensamento foi colocado em forma literária e dividido em três vertentes, ou períodos, tempos estes que auxiliam na compreensão de toda obra escrita por Foucault, como se vê:

[...] Podemos dividir o trabalho de Foucault em três partes distintas: uma produção que perdurou até a década de 1960, em que ele faz o que chamou de “arqueologia” das ciências humanas, de literatura, da escrita e do pensamento em geral; uma segunda fase, já nos anos 70, na qual o pensador preocupou-se com as formas de subjetivação e poder, tecendo análises filosóficas com as formas de subjetivação e poder, tecendo análises filosóficas mediante o método genealógico; por último, a fase em que escreveu o cuidado de si, como o terceiro volume publicado da coletânea História da Sexualidade [...] Como foi dito, a obra Foucaultiana pode ser dividida em três períodos: o Foucault arqueológico, o Foucault genealógico e o último Foucault. Os períodos apresentam ideias sobre os quais o filósofo debruçou-se. **Período arqueológico** – Ficou marcado por uma busca de estabelecer um estudo utilizando o método “arqueológico” das estruturas das ciências humanas, em especial as Ciências Sociais. Também foram examinadas à exaustão, nesse período, a Filosofia, a Linguística e a Literatura. As principais obras do período arqueológico são *As palavras e as coisas* e *Arqueologia do Saber*. **Período genealógico** – Esse período foi marcado, essencialmente, pela publicação das obras *A verdade e as formas jurídicas*, *Vigiar e punir* e *Vontade de Saber* (Esse último como o primeiro volume de História da sexualidade). Nesse momento, o filósofo francês passou a se preocupar com as **formas de poder e subjetivação na sociedade**. Profundamente influenciado por seus anos de clínica psicológica em manicômios e prisões e pelo método genealógico de Nietzsche (ferramenta intelectual adaptada e aprimorada por Foucault para o seu trabalho), o filósofo passou a tentar estudar, por meio de uma

³ Art. 157, caput, Código de Processo Penal Brasileiro de 1942.

complexa **reconstrução histórica e cultural** de cenários complexos, a formação do que ele denominou de sociedade disciplinar. [...] **Período final ou o último Foucault** – Nietzsche aparece mais uma vez na teoria Foucaultiana, dessa vez com mais força. O filósofo francês utilizou as teorias de seu influenciador alemão, sobretudo nas análises dele sobre os gregos antigos, para imergir na cultura grega em o *Usos dos prazeres* e desvendar o modo como a sociedade grega encarava a **sexualidade**.

Retrata-se da citação mencionada anteriormente, que Michel Foucault foi um grande expoente da filosofia penalista do século XX, principalmente aquela que busca compreender os sentimentos humanos e a relação com a sua conduta, bem como entender os comportamentos das pessoas baseadas na historicidade e sexualidade. Dessa maneira, pode-se perceber que Michael Foucault teve uma grande influência no pensamento moderno do século XX, sobretudo, no âmago da filosofia do Direito e também no processo estrutural em si.

Em memorável obra do filósofo francês e também cerne deste trabalho, têm-se em “Vigiar e Punir” uma obra que aborda a institucionalização do poder, e verifica que este não é exercido verticalmente, mas atravessa e constitui cada espaço das relações no interior das sociedades, ou seja, Foucault trabalha em sua obra que o método de punição dos criminosos se transforma, vez que a maneira de exercer o poder também muda, ou seja, a penalização do acusado esta intimamente ligada com a forma de condução do Estado, por parte do executivo.

Em exemplo disso, da ineficácia do método de punição do Estado quanto à recuperação do indivíduo, cita-se o exemplo da condenação de Damians, relatada por Foucault no início de sua obra “Vigiar e Punir”, julgamento este que ocorreu na França, em meados do século 17 e que causou grande pânico na população pela forma e sofrimento com a qual Damians foi punido, vez que fora condenado por ser um parricida, como se vê:

[...] (Damians fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde deveria ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cerca acesa de suas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, puche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a **Gazette d’Amsterdam**]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração, de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis, e como isso não bastasse, foi necessário para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas... [O comissário de Polícia Bouton relata]: Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas **ad hoc**, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenazou-lhe primeiro a barriga da perna direta, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do

braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada pare uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras. Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem, contudo, blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços. (FOUCAULT, 1987, p.8).

Percebe-se, que Foucault começa sua obra relatando um caso de tortura que ocorreu com o delinquente Damiens na França do século XVII, onde a forma de punição precípua era aquela que se comparava ao sofrimento da vítima, uma espécie de “Lei do retorno”, e, no exemplo anteriormente relatado, o filósofo preocupa-se em mostrar a influência da monarquia na vida da sociedade da época, e quer trazer nada mais nada menos do que um pensamento a respeito da institucionalização do poder, uma vez que com o passar dos tempos, as formas de punição também mudam, mais sua essência permanece a mesma, e, em muitos casos não há eficácia. Vale dizer, que no todo da obra, Michael Foucault preocupa-se em trazer a compreensão de que o poder do Estado não é só uma força exercida verticalmente, mas que possui um horizonte e constitui um espaço nas relações ínfimas à sociedade.

O que se nota, é que com o passar dos tempos e a contínua mudança na sociedade, o Estado não deixa de vigiar o povo que lhe constitui e aplicar punições àqueles que adotam condutas contrárias às emanadas para a sociedade.

O livro ainda traz a ideia de que quanto aos castigos impostos pela monarquia, caso a sociedade ficasse contrariada com a forma na qual o acusado sofria, podiam eles se voltar contra o poder do rei, causando discórdia e chegando a matar até mesmo o próprio carrasco, tornando o sistema penal instável, imprevisível e pouco eficiente. Daí então, o filósofo traz a concepção de humanidade na aplicação das penas, e tal princípio como limite da aplicação do poder, objetivando o resguardo da humanidade dos que exercem o poder, e não exatamente do criminoso (FOUCAULT, 1987).

Nesse paralelo, demonstrado o objetivo da obra escrita por Michael Foucault, vale destacar que a execução penal no Brasil se mostra ineficaz em grande parte, onde muitas vezes o caráter ressocializador é nulo, e faz com que o condenado se socialize ainda mais com as mazelas das prisões, com a falta de estrutura nas mesmas, o baixo intelecto a ser repassado para os condenados, a corrupção entre autoridades, podendo o sistema entrar em colapso e ocasionar rebeliões internas e provocar a criminalidade externa às penitenciárias, tendo em

vista o crescente número das denominadas facções criminosas e também de seus integrantes. Fato que se verifica, é que com o objetivo precípua de estudar a admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal, voltada para a utilização do instituto como mecanismo de defesa do condenado, seria utilizá-la de modo humanitário, com base na proporcionalidade, afim de evitar com que o acusado seja condenado injustamente e sofra às mazelas oferecidas pela execução penal no Brasil.

A respeito das dificuldades enfrentadas na execução penal no Brasil:

No Brasil, a execução da pena e prisão vem se caracterizando pela constante violação aos direitos mais elementares dos presos na condição de seres humanos. Essa afirmativa pode ser facilmente comprovada, pois chega ao conhecimento de toda a sociedade através dos jornais e noticiários de televisão, a superlotação carcerária nas delegacias de polícia, cadeias públicas e penitenciárias, as celas insalubres, os esgotos a céu aberto nos cárceres, a péssima alimentação fornecida aos presos, dentre tantas outras mazelas encontradas nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros. (BITENCOURT, 2011, p.49)

Diante dessas e outras dificuldades apresentadas pela maneira de execução penal no Brasil e sua falta de organização, percebe-se que o sistema se mostra falho quanto ao objetivo de ressocialização do condenado, daí então, traça-se um paralelo da maneira Punitivista implantada no Brasil com a obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault, ou seja, o Estado ainda continua punindo o indivíduo que contraria às leis impostas, de maneira a trazer o sofrimento ao mesmo, vez que não se preocupa em sequer organizar os núcleos prisionais esparramados em todo território brasileiro. Quanto a esse conteúdo, será explorado nos tópicos subsequentes a respeito das falhas encontradas na Lei de Execução Penal (LEP), bem como possíveis sugestões que tentariam de certa forma, se estruturadas, a reorganizar ou trazer melhorias para a LEP no Brasil.

2.4. A herança Foucaultiana quanto à forma de responsabilização do condenado à prática de crime.

Pelo que foi trabalhado até o presente momento nesse estudo, percebe-se que a filosofia Foucaultiana teve grande contribuição na pesquisa crítica que se volta a um olhar de ineficácia da pena e de sua aplicação, sobretudo no Brasil. A ineficácia se dá devido à má estrutura preconizada nas prisões, de forma interna e externa, como superlotações, péssimas condições de higiene, a falta de oportunidade para os condenados no interior das

penitenciárias, oportunidades que devem ser dadas com o fim de qualificar o reeducando para enfrentar a vida após o período de segregação social, dentre outros.

Interessante dizer, que pela filosofia de Michael Foucault, em especial àquela apresentada na obra vigiar e punir, o mesmo faz alusão da penalidade ou o poder punitivo como algo incapaz de reprimir ilegalidades cometidas pelas pessoas, nesse sentido, extrai-se um trecho do artigo publicado pela Doutora em Filosofia Sally da Silva Wellausen, na Revista Aulas, na página 12, com o título “Os dispositivos de poder e o corpo em Vigiar e Punir”, como se observa o seguinte:

“As ilegalidades são mantidas e reproduzidas pelo sistema penal; a lei e a justiça estabelecem a dessimetria de classes, produzindo a delinquência como uma forma nociva de ilegalidade, e o delinquente, como sujeito patologizado. A discussão sobre o fracasso da prisão – por outro lado, sua manutenção resistindo tanto tempo na imobilidade – encontra sua explicação na hipótese que afirma que a instituição-prisão produziu a delinquência, como forma economicamente menos perigosa de ilegalidade. A delinquência pode ser controlada, vigiada, localizada, concentrada, isolada em relação a outras ilegalidades pela classe dominante, tornando-se também um agente útil para os desvios ilícitos dessa mesma classe, porque “a vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinquentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta para a prisão” (Foucault, 1987: 248). O controle da delinquência é feito através de táticas empregadas pelo sistema polícia prisão, que visam mais a diferenciar as ilegalidades do que a regenerar os delinquentes: táticas de controle através de um sistema de documentação, fichamento, estatísticas, registros utilizados pelo poder, a partir dos quais a delinquência é transformada em discurso. Dentro desse saber, os noticiários policiais, as literaturas de crimes ganham o espaço público, atribuindo a delinquência uma existência distante, embora ameaçadora à vida cotidiana. Esse jogo de táticas e discursos produziu múltiplos efeitos: hostilidade junto às camadas populares, análise política da criminalidade com o deslocamento da origem da delinquência para a sociedade.

Foucault apresenta a tese defensiva de que as prisões já possuíam críticas desde seu nascimento que denunciavam o fracasso quanto ao objetivo de ressocializar o condenado, vez que esses estabelecimentos de cumprimento de pena não diminuían a criminalidade, muito pelo contrário, faziam aumentar o contingente penal das mesmas e tornar o indivíduo ainda mais criminoso e que a detenção em si provocava a reincidência, uma vez que o condenado ficava ainda mais marcado pelos efeitos da prisão, fazendo com que seu objetivo ao sair dali seja somente o de voltar a delinquir, não um objetivo, mas sim uma alternativa.

Nesse mesmo contexto, na obra que fora analisada, Foucault menciona que o poder de disciplina é o ideal para mudar os efeitos da prisão, de uma maneira a educar o condenado e evitar que ele volte a delinquir perante a sociedade, e, para que isso acontecesse, seria necessário esquematizar e reorganizar as estruturas das prisões, de tal modo que fosse possível vigiar a conduta de cada indivíduo e também documenta-la, mas que para isso fosse

fornecido pelo estado uma estrutura adequada para implantar esse método de disciplina e consequentemente a punição. Para tanto também, era necessário que se fizesse a divisão de cada elemento em determinada classe, afins de organizar também as formas de disciplina e punição de maneira individual à conduta.

A respeito disso, cita-se um trecho da obra “Vigiar e Punir”, de Michael Foucault, como se percebe:

A punição vai se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no campo da consciência abstrata, sua eficácia é atribuída a sua fatalidade não à sua intensidade visível. A certeza de ser punido que deve desviar o homem. (FOUCAULT, 1987, p.185).

Diante disso, percebe-se que Foucault em sua obra, trouxe uma grande contribuição ao processo penal no Brasil, sobretudo a maneira de se obter um olhar garantista sobre a conduta de cada indivíduo delinquente, aplicando para tanto princípios como o da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo liame, parte da doutrina crítica trabalha o pensamento Foucaultiano como divisor de águas no tocante a Lei de execução penal e suas formas de cumprimento de pena no Brasil, que por sinal não é ruim, porém, é mal executada.

Como forma de conciliar os estudos das obras de Michael Foucault, e principalmente seu livro “Vigiar e Punir”, é imperioso demonstrar a forte influência para a caracterização do garantismo penal como maneira de menor influência do poder Estatal na vida das pessoas, a ideia de vigilância do Estado e Punição se afastam ao colocar o pensamento do filósofo Francês em evidência, vez que, ao adotar o garantismo penal como forma de analisar uma infração (como o exemplo daquela que possui menor potencial ofensivo), de maneira a perceber que a interferência abrupta do Estado em determinados casos, não vai fazer com que o indivíduo se ressocializar, e sim se socialize com o delito, tornando-se cada vez mais agente delinquente perante a sociedade.

Fato que se nota, é que Michael Foucault foi um grande filósofo e expoente da psiquiatria penal, sobretudo na análise da sexualidade do indivíduo com o seu comportamento desviante, procurando entender o sofrimento dos condenados como uma forma de vingança do poder Estatal à adoção de um comportamento atípico por parte do punido. Dessa maneira, o filósofo tenta, através de relatos de formas de punição trazer à baila a necessidade de se reorganizar o ambiente das prisões como forma de socializar os indivíduos e fazer com que os mesmos tenham outras alternativas ao receber a liberdade, divergentes das oferecidas pelo crime em si.

CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA PROVA ILÍCITA BENÉFICA AO RÉU NO ANDAR DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FORMA RESSOCIALIZANTE DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL.

3.1. A constitucionalidade da Prova Ilícita quando utilizada em favor do réu.

Diante do que foi analisado no capítulo inicial e no intermediário desse estudo, percebeu-se que a doutrina brasileira, bem como os Tribunais Superiores que compõe o Poder Judiciário no Brasil, tem partido de entendimentos no tocante a assimilação do princípio da proporcionalidade com o quesito da admissão de provas ilícitas no processo, quando essa adoção se der em defesa do condenado, evitando assim, uma sentença injusta ou uma arbitrariedade por parte das autoridades, vez que o exercício de defesa é amplo e o réu merece ser tratado dignamente, e a justiça pautar-se em primeiro lugar.

A respeito disso, tem-se o pensamento doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, na obra “As Nulidades no Processo Penal”, a respeito da proporcionalidade na admissão de provas ilícitas no processo, como se vê:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip (sic)*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 115).

Ganha cada vez mais espaço junto à doutrina brasileira e também a jurisprudência emanada dos tribunais a teoria a ser dada no tratamento das provas ilícitas a ser utilizado em caráter excepcional, sobretudo com a utilização do princípio da proporcionalidade, o qual prevê as hipóteses em que a prova ilegal pode ser utilizada, principalmente em casos graves, vez que nenhuma liberdade pública é absoluta e em determinados casos em que se percebe a relevância do direito tutelado, sobre o próprio fato em si.

Muito embora a própria Constituição Federal⁴ e também o Código de Processo Penal⁵ lecionem acerca da inadmissibilidade da prova ilícita e seu desentranhamento dos autos, há entendimentos, sobretudo jurisprudenciais, que estudam a relativização dos direitos fundamentais e pugnam que não há nenhum que seja de caráter absoluto, dando margem à análise da admissibilidade da prova ilícita em favor do réu de maneira a utilizar o princípio da proporcionalidade e também o da dignidade da pessoa humana.

A seguir, traz-se à baila da discussão dois julgados sendo um do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e outro do Supremo Tribunal Federal (STF), ambos comentando acerca da relativização de direitos expressos na Constituição. O primeiro deles, de relatoria do Ministro Pedro Aciole (STJ), realizado em *Habeas Corpus* (HC) de nº 2.777 do Rio de Janeiro, publicado em 27.09.1993 e o segundo, realizado em Mandado de Segurança de nº 23.452 do RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello (STF), publicado no Diário da Justiça no dia 12.05.2000, como se observa:

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas (STJ, HC n. 2777 RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Pedro Aciole, DJU 27.09.1993).

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n. 23,452 RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.05.2000).

Nesses casos em que a defesa do acusado é prevalecente e todos os mecanismos a ela inerentes, deve-se reconhecer que o réu que está sendo acusado injustamente, e da mesma forma retribui sua defesa aproveitando de tais meios, estará atuando em estado de necessidade, a qual sendo uma excludente de ilicitude, torna lícita a utilização da prova. Como exemplo disso, Alexandre de Moraes em sua obra “Direito Constitucional”, diz:

[...] a vítima, ameaçada e coagida, poderia realizar uma gravação clandestina, sem o conhecimento do interlocutor, em legítima defesa de sua liberdade pública (liberdade), utilizando-a no processo para comprovar a prática da extorsão; o filho, vítima de maus tratos e sevícias, poderia utilizar uma gravação clandestina contra o pai, agressor, em legítima defesa de suas liberdades públicas (liberdade, integridade

⁴ Art. 5, inc. LVI, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

⁵ Art. 157, caput, **Código de Processo Penal Brasileiro** de 1942.

física); a família do sequestrado poderia utilizar uma possível “carta confidencial”, remetida pelos sequestradores do ente querido, para comprovar o sequestro judicialmente e contribuir para a libertação do sequestrado, vítima da agressão aos seus direitos humanos fundamentais (liberdade, integridade física etc.). (MORAES, 2007, p. 265)

Nessa mesma linha, postula Paulo Rangel, em sua doutrina intitulada de Direito Processual Penal, sobre a exclusão da ilicitude do réu em caso de estado de necessidade comprovado pela aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização da prova ilícita, e, consequentemente, tornando a prova admissível à defesa do acusado:

Assim, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. (RANGEL, 2009, p.426)

Observando algumas citações da doutrina e também de julgadores dos Tribunais Superiores no Brasil, pode-se mostrar que o País vem avançando na prática garantista de analisar a conduta do réu e ampliar seus mecanismos de defesa, de tal maneira a assegurar princípios constitucionais previstos no ordenamento jurídico pátrio, como o do contraditório e ampla defesa, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência (RANGEL, 2009). Pelo que foi dito, nota-se que a inadmissibilidade das provas ilícitas nem sempre atinge o fim alcançado se for considerado algumas características processuais como funcionalidade e justiça e em muitos casos, a inadmissibilidade de provas ilícitas e sua exclusão do processo não servirá a outro motivo se não o de prejudicar a busca da verdade material e conduzir o processo a uma decisão injusta e insegura.

Percebe-se pelo que foi estudado, que o Supremo Tribunal Federal entende ser cabível a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de admissibilidade das provas ilícitas no processo em favor do réu, mas que durante a análise do fato em si, a gravidade do delito deve ser utilizada como critério isolado para admissão de uma prova ilícita e isso deve ser em uma excepcionalidade. Como levantado por parte da doutrina e também pelo entendimento jurisprudencial, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como critério flexibilizador da norma constitucional de inadmissibilidade, mesmo não tendo uma postulação constitucional de tal admissão de provas no processo. Porém, como complemento

da Lei, estudiosos do direito e também entendimentos doutrinários e emanados do STF e STJ, postulam acerca do uso de tal mecanismo para se aceitar as provas ilícitas em defesa do réu, agregando então, ao entendimento da Lei e servindo como base hermenêutica para a solução de conflitos, mostrando então, sua constitucionalidade, sobretudo caminhando com o princípio da proporcionalidade.

3.2. O direito comparado face à CF de 1988: a experiência Alemã no uso da prova maculada no âmbito processual.

Diante das constantes mudanças no âmbito da sociedade, é importantíssimo destacar que a mesma anda em ritmo acelerado frente às Leis que ordenam o País, e, em algumas vezes se faz necessário buscar em outros mecanismos legislativos um certo escopo, para preencher ou justificar qualquer lacuna ou obscuridade da Lei, e é aí que se utiliza a doutrina, a jurisprudência, costumes, bem como relações e estudos analisados com as legislações de outro País, o chamado “Direito Comparado”.

Com base a acrescentar justificativas no prese estudo, faz-se imprescindível mencionar a utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Alemão, sobretudo a sua forma de admitir o uso da prova ilícita com base no referido princípio, observância essa adotada também pelo Brasil.

Nesse sentido, extrai-se de um artigo veiculado no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo título “Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático”, elaborado pela Juíza de Direito do Estado de São Paulo, Dra. Heliana Maria Coutinho Hess, traz à tona o assunto:

[...] O princípio da proporcionalidade surgiu após a Segunda Grande Guerra, na Alemanha, para afastar as restrições do Estado intervencionista e para a garantia dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht – BverfGE) tem sido o protagonista em sua aplicação mediante a análise de constitucionalidade dos casos que são aceitos para julgamento por meio de queixas constitucionais (Verfassungsbeschwerden). Por meio do princípio da Reserva Legal, o Tribunal Federal Alemão realiza o controle da constitucionalidade dos atos administrativos que forem desproporcionais e que visem afastar os direitos fundamentais, ferindo o Estado Social e Democrático de Direito. Os direitos fundamentais protegidos são principalmente: dignidade humana (art. 1, I-III, - Menschenwürde); liberdade de personalidade (art. 2, I-II – Persönliche Freiheitsrechte); igualdade perante a lei (art. 3, I-III – Glaubens – und Gewissensfreiheit); liberdade de pensamento, arte e ciência (art. 5, I-III – Freiheit der Meinung, Kunst Und Wissenschaft, todos da Lei Fundamental – Grundgesetz – GG 1949).

O princípio da proporcionalidade, como se verificou, originou-se na Alemanha no Pós Segunda Guerra Mundial, em um momento em que o País conferiu importância às concepções jus naturalistas e aos valores humanos, com destaque na tutela do indivíduo e ênfase na dignidade do homem e no direito à livre formação da personalidade, que leva o interesse público precipuamente na busca pela verdade. No período compreendido entre as duas grandes guerras, como se sabe, era comum no país diante do regime totalitário a adoção de práticas infames para se obter a verdade sobre algum caso que viesse a afrontar os seguimentos do regime, tais como os maus tratos ou sofrimentos físicos, ou ainda a utilização de substâncias químicas e a violência moral, ademais, com a eclosão do conflito e conseqüentemente seu desfecho, não só a Alemanha mas como todo o Globo e sua política internacional, começaram a pautar-se pela busca e a seguridade dos Direitos Humanos, sobretudo no âmbito processual como sujeito de Direito e Garantias.

Nelson Nery Júnior, processualista brasileiro, em sua doutrina “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante”, traz à tona da discussão, uma passagem acerca do direito comparado com a Alemanha e a admissibilidade da prova ilícita no sistema jurídico do país, como se percebe:

[...] Exemplo da invalidade da prova é sua obtenção mediante ofensa a um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal (*Grundgesetz*), notadamente na GG 1º, 2. Outros exemplos de prova ilícita no direito alemão são dados pela doutrina e pela jurisprudência daquele país: a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos partícipes; b) a exibição de fotografia com ofensa à direitos gerais da personalidade; c) a leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o conjugue réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo. Possui ênfase, no direito alemão, a aplicação da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) nas provas, na tentativa de abrandamento do princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, com uma similitude entre os dois sistemas constitucionais (alemão e brasileiro), sendo essa incidência verificada ao serem “sopesados os interesses direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa... o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir mais além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado. (NERY JR, 2004, pgs. 302, 303)

Da mesma forma, José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra prima Direito Constitucional e Teoria da Constituição, leciona a respeito do princípio da proporcionalidade na Alemanha:

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht). Através de sucessivos pronunciamentos, expressões claramente associadas ao pensamento da proporcionalidade – tais como excessivo (*übermassig*), inadequado (*unangemessen*), necessariamente exigível (*erforderlich*,

unerlasslich, undedigt notwedig) – foram se tornando recorrentes, até se estabelecer, de forma incisiva, que o princípio e a correlata proibição do excesso, enquanto regras aplicáveis a toda atividade estatal, possuem estrutura constitucional. (CANOTILHO, 2003, p.522)

Pelo que se viu, o princípio da proporcionalidade decorrente do Direito Constitucional Alemão, vem servindo de base para a doutrina brasileira e também jurisprudencial no sentido de reforço quanto à análise de tal princípio na aceitação da prova ilícita utilizada em favor do réu. Diante dessa herança do continente próximo, percebe-se que o país caminha com um vesgo garantista, em passos lentos, com o fim de assegurar o direito à humanidade aos cidadãos e cada vez mais ampliando os mecanismos de defesa à pessoa do condenado. Diante disso, é importante frisar essas contribuições do direito Alemão aos dogmas jurídicos nacionais, principalmente no sentido de servir como fonte complementar de direito para sanar qualquer lacuna ou obscuridade legislativa (NERY JR, 2004).

3.3. Enfrentamentos despenalizantes no Brasil e avanços do garantismo penal no sistema jurídico normativo.

Ante todo estudo tomado até aqui, frisou-se no presente trabalho a importância de humanizar a forma do cumprimento de pena no Brasil, bem como o funcionalismo das garantias processuais que de certa maneira servem de benefício ao réu na persecução criminal, com o único fim de se evitar ilegalidades por parte das autoridades e também das mazelas do Estado.

Nesse intuito, não poderia deixar de passar abatido no trabalho em questão, as medidas despenalizadoras recorrentes no Brasil e sua forma célere de atuação, bem como de rápida satisfação e retribuição do prejuízo causado pelo condenado à vítima, à sociedade ou até mesmo o Estado, e, um exemplo disso, é a dinamização dos procedimentos penais de menor potencial ofensivo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Perante isso, cita-se a letra da Lei nos arts. 60 a 62 da Lei 9.099 de 1995, acerca dos Juizados Especiais e sua dinâmica:

Art. 60 – O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

§ único – Na reunião de processos, perante o juízo comum ou tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61 – Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2(dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 62 – O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

Como exemplo mais utilizado em nossa Legislação, a criação dos Juizados Especiais Criminais serviu de apoio ao avanço do garantismo penal no Brasil, fazendo com que houvesse a despenalização daquelas infrações que até então eram consideradas como de menor potencial ofensivo e para isso, adotaram-se medidas processuais que substituíam a pena desses crimes em si, como: a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, exigência de representação para determinados crimes, todas essas, quando concretizadas, afastam a punibilidade do acusado. Ou seja, tais medidas substituem o condenado à necessidade de cumprir uma pena com privação de liberdade, caindo nas mazelas estatais, bem como em seus devidos estabelecimentos penais.

Tais medidas despenalizadoras, sobretudo aplicadas nos mecanismos processuais brasileiros, é de grande importância no tocante a diminuição de condenados por crimes nas unidades prisionais e também auxilia na redução dos processos de execução penal constantes no judiciário, ou seja, com a adoção dessas medidas, a vítima tem um ressarcimento rápido de seu prejuízo, causado pelo ofensor, e esse, por sua vez, tem a pena mitigada e alterada no lugar da pena privativa de liberdade, o que faz com que o indivíduo ainda inserido na sociedade possa pagar pelos danos causados no momento do cometimento do delito e de uma forma educativa e compreensiva. Com isso, evidencia-se ainda mais a ideia de garantismo penal e sua evolução constante no País.

3.4. A falha na aplicação da Lei de Execução Penal no Brasil e melhoras a serem estudadas no tocante à ressocialização do condenado.

Durante o deslinde do presente trabalho, houve uma preocupação no tocante a demonstrar as dificuldades enfrentadas pelo Estado Brasileiro em relação a execução penal, sobretudo nas péssimas condições e desumanização dos ambientes prisionais, onde homens, mulheres e pessoas de todos os gêneros cumprem pena por algum crime que tenha cometido.

Fato é que, ao analisar a obra do filósofo francês Michel Foucault, percebe-se a visão

do mesmo acerca da prisão, colocando a frente dos leitores que acompanham a obra “Vigiar e Punir”, a ineficácia dos modelos prisionais impostos perante a sociedade e a análise de que a forma punitiva não mudou, continua a trazer sofrimento físico e psicológico para o condenado, a forma punitiva no entanto, apenas se adaptou aos tempos e mudou sua forma de ser executada, mas o objetivo continua o mesmo e os danos também.

Um problema evidente no Brasil, quanto a estrutura penal dos estabelecimentos de cumprimento da pena, é a péssima organização interna e o pouco espaço para abrigar vários detentos em poucos metros quadrados, onde as pessoas chegam a amontoar-se uns sobre os outros, aguentando o calor, doenças decorrentes do ambiente e dos fungos em si, isso, somente a parte da estrutura, sem falar de outros detalhes que dão ainda mais negatividade para o sistema penal Brasileiro, como: a péssima higiene dos estabelecimentos, a falta de médicos para o atendimento básico, a péssima alimentação, as falhas na observância das unidades por parte das autoridades, corrupção entre as autoridades, o que, quando chega a eclodir, tem-se o risco de ascender a rebeliões internas e acabar com detentos mortos, alguns que muitas vezes não tem nenhuma culpa das falhas do sistema e ainda assim são marcados para morrer.

Para fins de evidenciar a concretude das informações, faz-se mister mencionar um trecho de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, com fins de analisar precipuamente a reincidência criminal no Brasil, pesquisa essa em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, como se observa:

A população carcerária no Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do IPEA, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009. Se considerarmos informações mais recentes, e que 38 % da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, *déficit* de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012)*. Os dados alarmantes chamam para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializador das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro.

Um dos principais problemas a serem enfrentados é a estruturação dos ambientes prisionais e a promoção de reformas no interior desses complexos, fazendo que eles tenham capacidade de abrigar o contingente penal que lota as celas a provocar outros problemas,

como proliferação de doenças, em alguns casos até mortes por sufocamento ou enfrentamento de altas temperaturas, rebeliões internas diante do descaso do estado para com a sociedade de apenados, e etc.

O Conselho Nacional de Justiça elencou algumas sugestões em matéria veiculada no próprio site da instituição, denominada “Estudo inédito aponta que execução penal é falha e precisa de reformas”, como se observa:

[...] A pesquisa sugere que o Estado se empenhe no combate à ociosidade do preso investindo na ampliação de oportunidades de trabalho e estudo (hoje existem, mas faltam vagas) e atue para reduzir o estigma dos ex-condenados junto à sociedade. Também incentive a motivação individual do preso, a aproximação da família e da religião, e o fim do tráfico e o uso de drogas dentro das cadeias, que embora proibidos, foram amplamente identificados. Os pesquisadores também apontam a necessidade de um plano nacional de execução penal e de planos estaduais para regulamentar e padronizar o tratamento penal. Outras sugestões são políticas de reintegração do egresso na sociedade baseadas no tipo de crime cometido, atuação de conselhos de comunidade junto às varas de execução penal, programas e projetos que atentem para a condição juvenil do preso e mais informações e avaliações para embasar políticas públicas. Citado diversas vezes por seu papel na elaboração de políticas e projetos de atenção ao preso e ao sistema carcerário, o CNJ continua agindo para ajudar a mudar essa realidade, como nos projetos Cidadania nos Presídios e Audiências de Custódia. “O CNJ aposta, desde o Poder Judiciário, em uma atuação diferenciada, nas duas pontas do sistema de justiça criminal, marcando presença do Estado de modo articulado, sistemático e efetivo, individualizando a intervenção e cobrando a responsabilidade da pessoa que se submete ao Poder Judiciário [...]

Com esses efeitos, é perceptível elencar que a Lei de Execução Penal no Brasil é um exemplo de Lei bem arquitetada, porém, mal executada, tendo em vista que o próprio Estado não oferece e não se volta a atender os anseios mínimos para o exercício e garantia dos Direitos Humanos dos apenados no interior das penitenciárias, diante disso, reforça-se a ideia deste trabalho em dizer que a prisão é ineficaz para a ressocialização do condenado, isso é, da maneira em que se encontra atualmente. Ao que pese, para que o condenado pudesse pensar ou se qualificar para sair de um mundo fechado e voltar para outro aberto, seriam necessários meios básicos que oferecessem ao condenado essas prerrogativas, como estudo, qualificação profissional, assistência médica, estrutura minimamente adequada para comportá-lo no interior do ambiente durante todo o tempo em que terá a liberdade restrita, enfim, sem esses meios básicos é impossível pensar em ressocializar o detento, vez que nesse sentido, a execução penal brasileira só dá continuidade na vida do crime perpetrada por cada pessoa que ingressa no Sistema Penal Brasileiro.

3.5. Análises teóricas sobre a evolução do Direito Penal Brasileiro em contrapartida às mudanças sociais do século XXI.

Em desfecho ao presente trabalho, pretende-se mostrar que o Direito Penal Brasileiro evoluiu ao longo dos séculos, principalmente do século passado para o atual (do sec. XX para o XXI), onde a sociedade mundial e brasileira foi se organizando e se reorganizando ao passar por duas grandes guerras.

A respeito da história penal no Brasil, vale destacar brevemente um trecho extraído de um artigo publicado no site jusbrasil.com.br, com o título “Evolução do Direito Penal e suas Penas no Brasil”, da autora Poliana Alves, como se observa:

Estiveram em vigor no Brasil Colonial as ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), sendo estas últimas substituídas pelo código de D. Sebastião (até 1630). Passou-se então para as Ordenações Filipinas, que refletiam o direito penal dos tempos medievais. Foi até que surgiu o livro V das Ordenações do Rei Felipe II o primeiro Código Penal é o código Filipino. A lei da época fundamentava-se nos preceitos religiosos, o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, sendo punido severamente os hereges, apostatas, feiticeiros e benzedores. [...] Com a proclamação da Independência, a constituição de 1824, previa a elaboração de uma nova legislação penal, sendo que em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império. Tendo um caráter liberal a doutrina utilizada pelo Bethan, era inspiradora, bem com o Código Frances de 1810 e o Napolitano de 1819. Sendo fixada nova lei um esboço de individualização da pena, sendo previsto a existência de atenuante e agravantes, estabelecendo um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, e a execução pela força, só foi aceita mediante debates intensos entre liberais e conservadores no congresso, tendo em vista a coibição da prática de crimes pelos escravos. Em 11 de outubro de 1890 foi editado o Código Criminal da República, sendo alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava que decorriam, claramente da pressa com que foi elaborado. Com o código de 1980 houve a necessidade de modifica-lo, uma vez que não era possível transformá-lo imediatamente, surgindo assim várias leis para remenda-la, pelo grande número, acabaram gerando confusão e incerteza na sua aplicação.

Após essas três fases do Direito Penal no Brasil, tem-se aquela que convivemos até hoje sobre nosso ordenamento: O Código Penal de 1942, como se vê ao mesmo artigo mencionado:

Apesar da promulgação de 1940, o novo Código Penal passou a vigorar apenas em 1 de janeiro de 1942, para que se pudesse conhece-lo melhor, como também para coincidir com sua vigência com o Código de Processo Penal. [...] É uma legislação eclética, não assumia compromissos com qualquer escola ou ocorrentes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais. Fazendo uma conciliação entre postulados das Escolas Clássicas e Positivas, sendo aproveitado o que havia de melhor nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos Códigos Italianos e Suiço”.

A experiência do Direito Penal brasileiro, mostrou-se vagarosamente adaptável ao longo dos séculos, desde que um determinado poder se instalou nas terras da baixa América, desde o método de vingança privada ou até mesmo as mais modernas concepções e disciplinas a respeito da pena não fizeram com que o Penalismo no Brasil perdesse sua essência.

Fato evidente, é que a sociedade está em constante evolução, sendo que as emoções mudam, as novas pessoas surgem, sejam elas de boa ou ruim maneira e que é muito complexo por parte da doutrina acompanhar o ritmo do crescimento populacional e mental, sobre tudo nas adaptações do regimento penal para toda e qualquer sociedade que vier a surgir, seja ela no presente ou no futuro, mas que, a esperança é que sempre mude para melhor, e, pela análise do conteúdo exposto no presente trabalho, há uma grande tendência de isso acontecer, vez que o garantismo penal vem se afluando a cada vez mais no Brasil, e juntamente com ele, uma série de princípios processuais atuam, como o da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, com o fim único e exclusivo de evitar ilegalidades por parte da autoridade que está à frente dos autos ou a de quem quer que seja.

CONCLUSÃO

Durante a pesquisa, pode-se perceber que há uma tendência crescente no Brasil e também no mundo, diante das relações internacionais traçadas entre países que compõem algumas organizações, de enfatizar cada vez mais a garantia dos direitos humanos às pessoas, sobretudo àquelas que são condenadas por infringirem alguma norma de caráter penal no seio da sociedade, condicionadas à reparação de danos à vítima com a condição de pena restritiva de liberdade, devendo cumpri-las, na maioria dos casos em estabelecimentos penais de péssima estrutura e com péssimas condições de habitação, bem como em um ambiente desorganizado, onde a massa criminal tende a crescer e a pessoa do condenado volta para a prática de crimes.

Continuando nesse parâmetro, é plausível notar do estudo em questão, que o garantismo penal no Brasil e no mundo vem caminhando a passos lentos, mudando aos poucos em alguns sistemas legislativos, e, em evidência o brasileiro com algumas vantagens constitucionais inerentes à pessoa do acusado no processo penal, como por exemplo o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência ou até mesmo a garantia do devido processo penal. Dessa maneira, entende-se pelo trabalho retratado, que os direitos humanos são confirmados por natureza, e o que necessitam são de tutela, principalmente em relação aos direitos das minorias.

Nesse sentido, visando analisar o instituto da prova ilícita utilizada em benefício do réu no processo penal como forma de internalização do garantismo no próprio processo criminal, apurou-se que o mesmo é constitucional, e que inclusive é distribuído pelos julgadores dos diversos tribunais brasileiros como forma de jurisprudência, tendo em vista que se baseiam no instituto da proporcionalidade, princípio este constitucional, que serve de escopo para fundamentar a utilização da prova maculada no processo em benefício do réu, sendo estes em casos onde a ampla defesa é usada e também onde há uma extrema gravidade no caso ou evidência de violação a qualquer direito.

Nota-se, que para chegar a tal desfecho, foi necessário percorrer e discorrer sobre o conceito da prova, principalmente no processo penal desde a sua utilização, suas formas e objetivos, que são de materializar o delito e também de apontar a autoria do fato. No mesmo sentido, foi ressaltado que a prova ilícita no Processo Penal, é tida como veneno no deslinde da instrução, e, constitucionalmente falando, deve ser desentranhada dos autos, com o perigo de macular todas as demais provas, estando em evidência com o princípio da não utilização ou vedação das provas ilícitas.

Diante da possibilidade apresentada, do aproveitamento da prova ilícita em benefício do acusado no processo penal, o atual estudo trouxe um viés filosófico e comparativo com a literatura do filósofo francês Michael Foucault, e veio à tona sua obra prima intitulada “Vigiar e Punir”, onde o retrato do comportamento humano relacionado as penas impostas, mostrou para o mundo a falácia dos sistemas penitenciários instalados no mundo à época e que ainda continuam predominando em diversos países. Notou-se no presente trabalho, que o objetivo de Michael Foucault com sua obra era mostrar que as penas nada mais são do que a vingança privada do monarca ou do Estado, em contrapartida ao sujeito que viola as normas. Ou seja, o Estado propõe as normas e formas de conduta com o objetivo de vigiar seu povo, e pune-o, mediante as infrações.

Foucault apresenta em sua obra ainda, que a forma ideal de punição às pessoas que fossem condenadas por se tratarem de sujeitos criminoso, seriam aquelas em que o estado desse a estrutura adequada para o cumprimento de pena, ao mesmo passo que vigiassem àquelas pessoas, dividindo-os dentro dos estabelecimentos por classes e categorias referentes a infração cometida, tudo de forma organizada e estruturada de maneira a facilitar a ressocialização dos condenados e preparação dos mesmos para o reingresso à sociedade.

A mistura de se estudar a obra Foucaultiana em decorrência da aplicação e admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, se deu como forma de demonstrar as mazelas do sistema punitivo e a importância da expansão e utilização do garantismo penal como forma de diminuir as ilegalidades e também as formas de vingança propostas pelo Estado em decorrência dos condenados ou acusados no Processo Penal, objetivando demonstrar a ineficácia das prisões e penas privativas de liberdade executadas no Brasil e a forma de combate às ilegalidades processuais que de certa maneira prejudicam o acusado e colocar em voga o princípio da ampla defesa.

Buscando finalizar o presente trabalho e também concluindo-o, é imperioso demonstrar o objetivo central do mesmo e também seu resultado: verificar a constitucionalidade da utilização da prova ilícita em favor e pró-réu no processo penal, de maneira a não violar o princípio constitucional elencado anteriormente da não utilização ou vedação da prova ilícita, onde as mesmas, se verificadas no processo, deveriam ser desentranhadas e lançadas fora, sobre o viés de macular o restante do processo como derivação da prova ilícita.

Conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro, através de entendimentos dos Colendos Tribunais de Justiça, bem como de vertentes doutrinárias, de que é aceito a admissibilidade das provas ilícitas no processo criminal quando essas servirem para o

benefício único do réu e que sirvam para sanar qualquer ilegalidade ou vício processual que venha a prejudicar o condenado de maneira errônea, como já foi dito anteriormente ao longo do trabalho. Nesse sentido, verifica-se que alguns doutrinadores e juristas preveem o conflito aparente de normas, e a admissibilidade da prova ilícita como maneira de sanar o determinado conflito.

Foi necessário também exemplificar através do direito comparado, em demonstrativo com o direito Alemão, de que a admissibilidade das provas ilícitas é algo utilizado em outros ordenamentos de maneira a conciliá-los com o garantismo dos direitos humanos e também da ampla defesa, de tal maneira que tal utilização foi importada pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma a endossar a constitucionalidade e sua aplicação em nossas Leis pátrias.

Em desfecho, conclui-se que há constitucionalidade na aplicação e admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, quando essas forem voltadas ao benefício do réu de maneira a compará-la com o princípio da proporcionalidade e também do contraditório e ampla defesa, de tal maneira a proporcionar ao acusado ou condenado no processo penal, que o mesmo exponha suas armas e táticas de resposta contra as ofensas que de certa maneira lhe vierem a atingir, como a própria prova ilícita produzida em seu desfavor, da mesma forma as delas derivadas, caso não sejam desentranhadas do processo. Dessa feita, percebe-se que o instituto vem se mostrando aliado no garantismo penal e na “humanização” do processo criminal que por vezes se volta à maneira destrutiva do acusado, com abusos e excessos, sendo o mecanismo estudado uma forma de ampliar os métodos de defesa e alcançar a absolvição do condenado, ou até mesmo sanar os vícios processuais e chegar-se ao objetivo de solucionar o deslinde processual.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: Atipicidade Liberdade e Instrumentalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- AQUINO. José Carlos Gonçalves Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Antônio Campona, São Paulo: Jose Bushatsky, 1978.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges; Revisão técnica Karina Kuschnir. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2008.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4º Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 1942.
- BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 2015.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 1940.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. Salvador: Juspodvm, 2008.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Rio de Janeiro: Editora Lemes Juris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões.** Trad. Raquel Ramallete. 27 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão.** Tradução Raquel Ramallete 35 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GOFFAMAN, Erving. **Estigma – Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada.** 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **O direito à prova no processo penal,** São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante.** 14 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIQUEIRA, José do Carmo Alves. **Direito como Efetividade e Luta Pela Terra no Brasil**. Artigo de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4 ed. ver. amp. e atual. Salvador: Juspodvim, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

SITES

ALVES, Poliana. Evolução do Direito Penal e suas Penas no Brasil. Jusbrasil. Disponível em < <https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil>>. Acessado em 03 de julho de 2020.

AMBITOJURIDICO. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-154/provas-ilicitas-e-sua-aplicacao-no-processo-penal/>>. Acessado em 20 de setembro de 2020.

BRASILESCOLA. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/michel-foucault.htm>>. Acessado em 01 de julho de 2020.

BRASIL247. O País das Ordálias Terceirizadas. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/blog/o-pais-das-ordalias-terceirizadas>>. Acessado em 15 de julho de 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. Jus, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro/2>>. Acessado dia 10 de janeiro de 2020.

CANALCIENCIASCRIMINAIS. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada/>>. Acessado em 05 de setembro de 2020.

CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-ipea.pdf>>. Acessado em 20 de janeiro de 2020.

DEUSGARCIA. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal-exposicao-dos-dez-quot-axiomas-quot-de-luigi-ferrajoli>>. Acessado em 10 outubro de 2020.

DHNET. MANU. Disponível em: <<https://dhnet.org.br/direitos/anthist/manu.htm>>. Acessado dia 15 de julho de 2020.

EDUCAMAISBRASIL. CODIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi>>. Acessado dia 15 de julho de 2020.

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/2088150611relatorioreincidenciacriminal.pdf>>. Acessado dia 20 de julho de 2020.

ROSA, Brendha Lília Soares. Provas Ilícitas no Processo Penal: Discussões acerca de sua admissibilidade. Multivix, 2018. Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/provas-ilicitas-no-processo-penal-discussoes-acerca-de-sua-admissibilidade.pdf>>. Acessado dia 20 de junho de 2020.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Jus.com.br**, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23414/teoria-geral-da-prova>>. Acesso dia 18 de julho de 2020.

MANDI2005. Disponível em: <<https://mandi2005.jusbrasil.com.br/artigos/327697991/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada>>. Acessado dia 05 de outubro de 2020.

PLANALTO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#:~:text=O%20processo%20perante%20o%20Juizado,pena%20n%C3%A3o%20privativa%20de%20liberdade>. Acessado dia 10 de agosto de 2020.

POLIANAOLIVEIRA31. Disponível em: <[https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil#:~:text=O%20DIREITO%20PENAL%20NO%20BRASIL,Sebastiao%20\(at%C3%A9%201603\).&text=Foi%20ai%20que%20surgiu%20o,Penal%20%C3%A9%20o%20c%C3%B3digo%20Filipino](https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil#:~:text=O%20DIREITO%20PENAL%20NO%20BRASIL,Sebastiao%20(at%C3%A9%201603).&text=Foi%20ai%20que%20surgiu%20o,Penal%20%C3%A9%20o%20c%C3%B3digo%20Filipino)>. Acessado dia 04 de outubro de 2020.

REPOSITÓRIO. O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf>. Acessado dia 25 de julho de 2020.

REVISTAJURIDICA. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_11.pdf>. Acessado dia 03 de março de 2020.

SENADO FEDERAL. A visão social do preso. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-preso>>. Acessado dia 24 de julho de 2020.

SCIELO. Percurso recente da política penitenciária no Brasil: O caso de São Paulo. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0034-76122013000500011&lng=pt&nrm=iso>. Acessado dia 25 de julho de 2020>.

SOBREIRA FILHO, Walkis Pacheco. Os postulados básicos do garantismo penal. Conteúdo Jurídico 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/48899/os-postulados-basicos-do-garantismo-penal-exposicao-dos-dez-quot-axiomas-quot-de-luigi-ferrajoli>>. Acessado em 02 de julho de 2020.

STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>> Acessado dia 25 de julho de 2020.

TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic11.pdf?d=636676094064686945#:~:text=Proporcionalidade%20na%20lei%20fundamental%20e,resolvem%20por%20uma%20simples%20subsun%C3%A7%C3%A3o>>. Acessado dia 10 de setembro de 2020.

UNIGRAN. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acessado dia 07 de outubro de 2020.

UFSJ. Disponível em: <https://www.ufjs.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar-_punir.pdf>. Acessado dia 05 de julho de 2020.

WELLAUSEN, Sally da Silva. Os dispositivos de poder e o corpo em Vigiar e Punir. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1936-Texto%20do%20artigo-5395-1-10-20150320.pdf>>. Acessado dia 10 de outubro de 2020.