

Fenômenos Sociais e Direito 2

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD
(Organizadora)



Atena
Editora

Ano 2018

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)

Fenômenos Sociais e Direito 2

Atena Editora
2018

2018 by Atena Editora

Copyright © da Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação e Edição de Arte: Geraldo Alves e Natália Sandrini

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

F339 Fenômenos sociais e direito 2 [recurso eletrônico] / Organizadora
Renata Luciane Polsaque Young Blood. – Ponta Grossa (PR):
Atena Editora, 2018. – (Fenômenos Sociais e Direito; v. 2)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-85107-25-3

DOI 10.22533/at.ed.253180409

1. Cidadania. 2. Direito – Filosofia. 3. Direitos fundamentais.
4. Problemas sociais. I. Série

CDD 323.6

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo do livro e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2018

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

E-mail: contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

As Ciências Sociais reúnem campos de conhecimento com foco nos aspectos sociais das diversas realidades humanas. Entre eles pode-se citar o Direito, a Economia, a Administração e o Serviço Social. A partir da abordagem transdisciplinar destes conhecimentos, é possível estimular uma nova compreensão da realidade por meio da articulação de elementos que perpassam entre, além e através de disciplinas, numa busca de compreensão de fenômenos complexos, como as necessidades da sociedade e o viver em sociedade.

A Coletânea Nacional “Ciências Sociais e Direito” é um *e-book* composto por 34 artigos científicos que abordam assuntos atuais com a perspectiva transdisciplinar, como: o impacto da tecnologia de informação nas relações sociais, a reconstrução do acesso à justiça, a influência das mídias nas relações de poder, novos espaços de efetivação dos direitos humanos, a educação como caminho para uma sociedade mais democrática, entre outros.

Mediante a importância, necessidade de atualização e de acesso a informações de qualidade, os artigos elencados neste *e-book* contribuirão efetivamente para disseminação do conhecimento a respeito das diversas áreas das Ciências Sociais e do Direito, proporcionando uma visão ampla sobre estas áreas de conhecimento.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Prof. Ms. Renata Luciane Polsaque Young Blood

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A DIMENSÃO ILÍCITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA GARANTISTA FERRAJOLIANA	
<i>Lidiane Mauricio dos Reis</i> <i>Silvia Mesquita da Silva</i>	
CAPÍTULO 2	19
A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO SOB A ÓTICA PROCESSUAL BRASILEIRA	
<i>Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff</i> <i>Nathália Yasmini Hoffmann da Silva</i>	
CAPÍTULO 3	37
DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA	
<i>José Edmilson de Souza Lima</i> <i>Roberto José Covaia Kosop</i>	
CAPÍTULO 4	54
O IDEÁRIO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL	
<i>Júlia Francieli Neves Scherbaum,</i> <i>Leonel Severo Rocha,</i>	
CAPÍTULO 5	68
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO COM A ESTRUTURA DO ESTADO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL	
<i>Isabela Borges Cilião</i> <i>Marcus Vinicius Bialta Bueno</i>	
CAPÍTULO 6	83
O IMPACTO DAS FAKENEWS E O FOMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA SOCIEDADE EM REDE: A CONTRIBUIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA	
<i>Isadora Forgiarini Balem</i>	
CAPÍTULO 7	96
O PAPEL DA MÍDIA NA DIFUSÃO DOS CONFLITOS CARCERÁRIOS	
<i>Taís do Couto de Oliveira</i> <i>Monique Vigil Klüsener</i> <i>Valquiria Castro Pereira</i>	
CAPÍTULO 8	106
O TRATAMENTO JURÍDICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO URUGUAI E NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO	
<i>Rafaela Bolson Dalla Favera</i> <i>Olívia Martins de Quadros Olmos</i> <i>Rosane Leal da Silva</i>	
CAPÍTULO 9	117
REVISÃO TEÓRICA DOS CONCEITOS: PARTICIPAÇÃO SIGNIFICATIVA, AUTONOMIA AMPLIADA E AUTOCOMUNICAÇÃO DE MASSA	
<i>Aline Amaral Paz</i> <i>Sandra Rúbia da Silva</i>	
CAPÍTULO 10	131
A TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO À EFICÁCIA MATERIAL DO DIREITO HUMANO AO	

DESENVOLVIMENTO

Guilherme Aparecido da Rocha

CAPÍTULO 11 145

A ACESSIBILIDADE EM PROVEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL FRENTE À PROATIVIDADE INFORMACIONAL DO ESTADO: DO STANDARD INTERNACIONAL À NORMATIVIDADE BRASILEIRA E COLOMBIANA

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Leonardo Fontana Trevisan

Natália Flores Dalla Pozza

CAPÍTULO 12 157

O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CAPTAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES

Géssica Adriana Ehle

Daniela Richter

CAPÍTULO 13 169

PODER PÚBLICO, TIC E E-GOV: UMA ANÁLISE ACERCA DO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alice Reichembach Gelatti

Rebeca Lírio de Souza

Rosane Leal da Silva

CAPÍTULO 14 181

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS?

Raquel Von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

Wilson Engelmann

Cristine Pinto Machado

Paulo Júnior Trindade dos Santos

CAPÍTULO 15 197

A GESTÃO ESCOLAR E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ane Patrícia de Mira

Paulo Fossatti

CAPÍTULO 16 210

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,

CAPÍTULO 17 226

DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA: INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEGURANÇA HUMANA

Alini Bueno dos Santos Taborda

CAPÍTULO 18 235

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO

SOBRE A ORGANIZADORA..... 251

A DIMENSÃO ILÍCITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA GARANTISTA FERRAJOLIANA

Lidiane Mauricio dos Reis
Silvia Mesquita da Silva

RESUMO: A Teoria de Luigi Ferrajoli, peculiar à obra *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*, procura alinhar os princípios constitucionais na aplicação da pena no processo penal. Nesse sentido, para o exercício do poder punitivo pelo Estado, é imprescindível a aplicação do modelo garantista. Em consonância com o conceito de garantismo trazido pelo autor, destaca-se a ideia principal da teoria, fazer com que as normas fundamentais sejam aplicadas sob as normas ordinárias. Para o processo Penal, a reconstrução da verdade é a mais importante matéria a ser tratada na aplicação da sentença, pois, não deverá contentar o juiz com poucas verdades. De acordo com artigo 5º, LVI da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, entendendo-se como prova ilícita aquela que de alguma maneira infringe as normas constitucionais. Portanto, a investigação buscará examinar e demonstrar, partindo da reflexão teórica de Luigi Ferrajoli, que admitida a relação entre o estado de direito e as dimensões do garantismo não é possível compreender a estrutura estática da jurisdição criminal, bem como, sua atuação, sem as premissas teóricas propostas pelo autor as quais buscam

antecipar a desigualdade existente entre a justiça penal, a acusação, a aplicação legítima da pena, entre outros elementos dinâmicos da persecução criminal. Para tanto, analisaremos os argumentos contrários à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, bem como, a partir da teoria garantista ferrajoliana, a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.690/2008.

PALAVRAS-CHAVE: teoria do garantismo penal; prova ilícita; Estado democrático de direito.

1 | INTRODUÇÃO

No presente estudo será abordado “*A dimensão ilícita da prova no Processo Penal Brasileiro a partir da teoria garantista ferrajoliana*”. Para trabalhar o tema proposto, será utilizado como essência à obra *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal* do *ius* filósofo Luigi Ferrajoli.

O conceito de prova segundo a doutrina “é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal” (GRECO, 2004, p. 532). Desta forma, pode-se compreender a importância da prova no Processo Penal, visto que, a partir da sua exteriorização o legislador, na lide, poderá

obter conhecimento da ilicitude e na tipificação do fato delituoso ou na exclusão de culpabilidade ou de antijuridicidade.

Sendo assim, a prova é um instituto de maior relevância no Processo Penal, pois, é a ferramenta que trará a convicção acerca da existência ou não do fato delituoso, podendo ensejar na aplicação de uma pena ou na absolvição do acusado.

Ademais, a pena pode ser conceituada de diversas maneiras, mas o objetivo é o mesmo; impor uma punição para aquele que cometeu um ato infracional, que agiu em desconformidade com a norma jurídica. Entretanto, esta punição deve ser aplicada em conformidade com os princípios que resguardam a proteção e a dignidade da pessoa humana.

Nos tempos primitivos a pena era aplicada ao indivíduo de forma arbitrária, para garantir que a vingança fosse feita a qualquer custo, sem observar quaisquer princípios, eis que, sequer existiam princípios garantidores. Por estar o direito em constante evolução é que se adquiriram os direitos, trazidos pelas mudanças constitucionais. Pode-se mencionar, a título de conhecimento, que o adultério, citado no Código Penal de 1940, era considerado crime, passível de prisão. Contudo, atualmente, não há mais que se falar em prisão por adultério, considerando sua revogação, vez que, o sistema jurídico não deve ser primitivo, deve caminhar e aprimorar de acordo com o tempo.

O Código de Processo Penal foi promulgado em 03 de outubro de 1941, época ditatorial instaurada por Getúlio Vargas, que ensejou e influenciou vultuosamente a legislação Processual Penal. Ao longo desse período poucas foram as alterações, gerando assim uma desconformidade imensa com as mudanças sociais e, principalmente com a Constituição de 1988, que foi promulgada muitos anos depois.

Contudo, faz-se necessário uma reforma processual, pois, no moderno Estado Democrático de Direito, exige-se que seja feita uma análise crítica a cerca das normas e seus ordenamentos vigentes, precisamente na legislação penal processual, pois, já citado, são inúmeras as garantias que o legislador trouxe no texto constitucional que deve aderir ao Processo Penal.

Pretende-se, com a presente pesquisa, abordar a correlação das provas ilícitas no Processo Penal brasileiro com a teoria ferrajoliana, cuja função é a aplicação da pena no caso concreto considerando os axiomas trazidos por Luigi Ferrajoli em sua obra. Ressalta-se que todos os axiomas serão abordados no decorrer do trabalho, com a finalidade não de suprimir a aplicação da pena, mas sim seu cumprimento em conformidade com os direitos individuais, pois, sem observar estes direitos o processo não pode ser justo.

Luigi Ferrajoli deixa evidente que a ausência desta garantia faz com que a justiça se torne inoperante. Quando menciona “fidelidade” em sua obra, o autor nos explica tratar-se de garantia política, ou seja, aquela de natureza política que tem o condão de honrar os direitos humanos, fundamentais ao homem.

Destarte, a dimensão ilícita da prova no Processo Penal brasileiro correlata ao garantismo penal, demanda uma discussão a cerca da validade dos processos onde

configura ilicitude, visto que, quando se fala em Estado democrático, o sistema deve progredir para que seja cumprida as normas constitucionais.

As normas ordinárias não podem contrariar ou violar os direitos e garantias conservadas na Carta Magna, esta é a discussão trazida pelos estudiosos do direito, visto ser garantias constitucionais protegidas, porém, muitas vezes descumpridas.

Portanto, será explorado no decorrer da matéria a importância dos princípios implícitos e explícitos na Constituição e sua adequação no Processo Penal, diante da dificuldade fatural de implantá-los na investigação criminal de maneira que o processo seja constituído sem vícios de legalidade.

2 | TEORIA DO GARANTISMO PENAL

A Teoria de Luigi Ferrajoli, peculiar à obra *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*, procura alinhar os princípios constitucionais na aplicação da pena nos procedimentos penais. A tese basilar funda-se no Estado Democrático de Direito e nos direitos individuais protegidos pela Constituição Federal.

A teoria proposta por Luigi Ferrajoli dá ênfase no *Garantismo Penal*, segundo o autor “garantismo designa um modelo normativo de direito [...] estrita legalidade, validade, efetividade, filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação com base nos bens e interesses sociais” (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

A partir das ideias iluministas com a mudança de pensamentos filosóficos que a teoria do garantismo penal obteve ímpeto para limitar o Estado à aplicação severa e inidônea ao acusado como ser social e detentor de direitos. Em consonância com o conceito de garantismo trazido pelo autor, destaca a ideia principal da teoria; fazer com que as normas fundamentais sejam aplicadas sob as normas ordinárias sem contrariar os princípios constitucionais.

Ferrajoli destaca dez axiomas referentes à aplicação da pena; *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*; os ligados ao delito: *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; e ligados ao processo: *Nulla culpa sine judicio*; *Nullum judicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione* e *Nulla sine defensione*.

2.1 *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime)

Também chamado de princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, para Ferrajoli “deve ser aplicado a pena quando se tenha cometido o delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como defeito ou consequência jurídica” (FERRAJOLI, 2006 p. 339).

Para Jeremy Bentham delito é: “tudo aquilo que o legislador proibiu, seja por boas ou más razões [...] a todo ato que se considere que deva ser proibido em razão de um mal qualquer que faz surgir ou que pode vir a fazer surgir” (FERRAJOLI, 2006

p. 343).

A retribuição, portanto, só deve ser atribuída quando houver cometimento do ato ilícito, comprovado, pois, ilógico e inconstitucional seria se o indivíduo respondesse por um crime não previsto em lei, ou ser responsável e condenado por fundamentos extrajurídicos.

Ferrajoli traz em sua obra duas concepções acerca do princípio da retributividade; são elas: formalista e substancialista:

As formalistas são aquelas que consideram 'delitos' todos - e somente - os previstos por uma lei válida como pressupostos de uma pena, são, pelo contrário, substancialistas as que, na definição do conceito de 'delito' fazem referência também a elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico. (FERRAJOLI, 2006 p. 340-341).

A concepção formalista é a maneira coesa de definir o delito, visto que defini-lo, com base jurídica, ao contrário da concepção substancialista que não conceitua o delito de forma jurídica, a compressão que se pode obter é ambígua, pois, a lei deve distinguir o que é legal da ilegalidade, e elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural; são distintos para cada indivíduo, o que é moral para um pode não ser para outro

Quando punir? É a pergunta elaborada pelo italiano em sua obra, que nos remete ao capítulo VII da obra, desta feita, o princípio da retributividade declara que a punição só deverá acontecer quando houver o crime, a pena é a consequência do crime.

A garantia está no quando punir e punir de forma justa com equidade, quando houver existência de um fato criminoso, não somente punir por prevenção, pois, esta punição poderia dar ensejo à injustiça e o garantismo tem como fórmula basilar o agir de forma equitativa.

2.2 *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei)

Do mesmo modo, a expressão “não há crime sem lei” deriva do princípio da legalidade que, segundo Ferrajoli a função garantista do princípio reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio a parâmetros extraleais.

Desta forma, o princípio da legalidade prevê que toda conduta aplicada pelo juiz deva estar fundada em lei. A Constituição brasileira de 1988 adota tal princípio quando menciona em seu artigo 5º, inciso XXXIX que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Percebe-se a correlação do axioma anterior (*nulla poena sine crimine*) ambos explícitos na Constituição e reconhecidos pelo princípio da legalidade e da anterioridade.

Luigi Ferrajoli distingue as definições da legalidade penal em formalistas e substancialistas, para o autor “se as definições estivessem concebidas nos termos indicados, não valeria a pena despender mais palavras sobre elas e o discurso sobre

a legitimação poderia considerar-se encerrado” (FERRAJOLI, 2006 p. 343).

As formalistas dizem respeito à legitimação interna e as substancialistas; externas, para exemplificar; quando as duas concepções entram em conflito espera-se que a doutrina e as fontes do direito concedam em determinado ordenamento jurídico uma definição unanime, para que não aja contradição entre elas.

As teses substancialistas ou moralistas afirmam que os delitos são tais pelas suas características intrínsecas servem para mistificar o direito penal vigente [...] como reflexo ou produto da moralidade média, do sentimento do povo, da natural anormalidade da desviação castigada, de exigências objetivas de defesa social. (FERRAJOLI, 2006 p. 343).

Enquanto que as teses formalistas afirmam que os comportamentos imorais, anormais ou socialmente prejudiciais são tais porque estão castigados pela lei como delitos acabam servindo para neutralizar o juízo moral e político Assim é que, o princípio da legalidade torna-se intrincado quando analisado nestas duas teses, porquanto que, para compreendê-lo na esfera penal faz se necessário que o entendimento alcance o crucial; a medida legal extrínseca que determina a ilegalidade da legalidade, sem que nenhum juízo moral ou externo possa sobrepujar este axioma.

2.3 Nulla Lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade)

Segundo Luigi Ferrajoli remeteu a Montesquieu a afirmativa de que: “todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico” (FERRAJOLI, 2006 p. 427).

A frase em comento remete ao princípio da necessidade da Pena ou intervenção mínima, pois quando há um bem jurídico tutelado, este bem carece de proteção, outrossim, se este ato resulta de arbitrariedade, a lei se torna ineficaz.

O Direito Penal em qualquer âmbito jurisdicional deve atuar como *ultima ratio*, neste sentido, ele é a última razão para solucionar um conflito. Desta forma, todos os demais ramos do direito devem ser analisados antes de procurar a solução no Direito Penal, visto ser ele a ultima razão do julgador.

A necessidade de julgar um indivíduo deve surgir da extensão da lesão que este cometeu, ao ferir a paz social ao comprometer o bem jurídico de forma a lesionar outrem, é neste momento que o Direito Penal surge, como forma de represália contra o agressor. Saindo deste âmbito, o julgador deve por lei buscar outros meios que garantam a perfeita paz social e a garantia do individuo, como ser humano, capaz de cometer erros e regressar para o convívio social.

Apesar de não estar implícito na Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da intervenção mínima surge para que outros ordenamentos possam ser aplicados, antes de recorrer ao Direito Penal, posto que existindo um recurso mais brando não há necessidade da intervenção penal.

2.4 *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico)

Trata-se do princípio da lesividade, assim, não deverá o agente ferir os bens jurídicos protegidos e tutelados, não havendo lesão a estes bens, não há motivos para aplicação da pena.

Ensina Ferrajoli (2006 p.428) que “observa-se o dano causado a terceiros, as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas”. As observações apresentadas por Ferrajoli

Análogo ao axioma *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*, aqui mencionado, o princípio da *nulla necessitas sine injuria*, trás ao legislador a mesma condição de lei sem necessidade, porém, afirma que sem ofensa ao bem jurídico.

Contudo o princípio da lesividade regulamenta que o direito penal deverá punir o crime se a conduta afetar o bem jurídico, visto que no Estado democrático de Direito é inadmissível condenar e punir a conduta vista aos olhos da sociedade como imoral ou impuro, seria então um retrocesso jurídico, onde o cidadão era condenado não pela ofensa ao bem jurídico tutelado, mas pela conduta considerada pelo outro como imoral.

Ferrajoli (2006 p. 426) deixa evidente que “para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta que não seja lesiva a terceiros”. Desta forma, a lesividade influi diretamente no ato causado a terceiro, desde que este ato não seja relativo ao comportamento e pensamento, mas sim, a ação que causar dano.

2.5 *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem conduta)

Segundo Ferrajoli (2006 p. 440), “de acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação”. Corresponde ao princípio anterior - *Nulla necessitas sine injuria* - o princípio da materialidade da ação, assim denominado, configura que o agente não pode ser punido pelo que pensa pelo seu modo de viver, mas sim por um fato que este praticou e se este fato configurou crime contra outrem.

Assim, determina Ferrajoli (2006 p. 441) que a “materialidade ou exterioridade da ação criminal, é, assim, um pressuposto necessário da lesividade ou da danosidade do resultado, caracterizado, por sua vez, com um fato empírico externo que se distingue da ação, como acontece nos chamados “delitos de resultado” ou que se identifica com ela, como nos chamados delitos de “mera atividade”.

Ferrajoli (2006, p. 442) cita em sua obra a frase de Montesquieu “As leis só se encarregam de castigar as ações exteriores”, ou seja, as ações interiores, pensamento, comportamento, não devem influenciar no julgamento do indivíduo. A Constituição

Federal de 1988 em seu artigo 5º, VIII dispõe que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Portanto, de forma implícita o ordenamento brasileiro destaca que as ações do indivíduo não configuram ofensa e nem serão privadas por razões particulares, assim, a exteriorização danosa é o fundamento para julgamento e a aplicação da pena, sendo esta de caráter filosófico não configura crime e se fosse configurado estaria à garantia constitucional violada.

2.6 *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa)

Ferrajoli denomina princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal que deriva dos axiomas *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nula iniuria sine culpa*,

Para o autor nenhum fato ou comportamento é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. (FERRAJOLI, 2006 p. 446)

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da culpabilidade é corolário do princípio da dignidade humana, que desta feita é consagrado na Carta Magna, portanto, não há crime sem culpa.

No Processo Penal brasileiro a culpabilidade é o critério para sentença, de forma que na Constituição Federal de 1988 considera-se no artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é a presunção da inocência. Sendo este considerado culpado, tem-se mais uma garantia que é a proporção da culpabilidade pelo ato cometido.

Assim, ao retroagir aos tempos primitivos a culpa era transmitida ao grupo familiar, de forma solidária. Hodierno, no Código de Penal em seu artigo Art. 29 dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Além de o indivíduo concorrer para o crime, ou seja, participar deste, sua culpa deve ser analisada de acordo com sua participação no crime.

2.7 *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo)

Ferrajoli (2006, p. 505) chama de submissão à jurisdição, destaca a “presunção de inocência do imputado até a prova e à refutação”. Anterior ao princípio da *Nulla actio sine culpa* – difere a culpa relevante da culpa determinada no processo legal. Este princípio também adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro determina que seja realizado o devido processo legal, ou seja, não há culpa sem processo. No devido processo legal todas as etapas devem ser seguidas, para que o processo possa ter

eficácia e validade, portanto, o termo “não há culpa sem processo” é uma garantia do agente.

O axioma *nulla culpa sine iudicio* não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado. Ele tem também o valor de uma norma de organização da não derrogação do juízo quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena (FERRAJOLI, 2006, p. 517).

É o que dispõe o artigo 5º, LIV da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal é a garantia constitucional, explícita no ordenamento brasileiro, vez que a norma ordinária não deverá contrariar a norma magna, o legislador deve observar esta garantia para que seja realizado o processo legal sem vícios.

2.8 *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo criminal sem acusação)

O axioma “não há processo criminal sem acusação” Ferrajoli chama de “princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação” remete ao fato de que o juiz não deverá ter interesse no processo e apregoa a separação das atividades de acusação e julgamento, de maneira a assegurar aos indivíduos o justo processo legal.

Para Luigi Ferrajoli “comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio* mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (FERRAJOLI, 2006, p. 552).

2.9 *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas)

Luigi Ferrajoli (2006, p. 91) denomina de princípio do ônus da prova ou da verificação. Relativa ao processo esta garantia visa nos dizeres,

[...] a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia consecução é conseqüentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. (FERRAJOLI, 2006 p. 562)

O autor destaca uma característica importante a cerca do sistema acusatório:

[...] impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas (FERRAJOLI, 2006 p. 562)

Prossegue na tese que:

Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...). É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Iguamente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações. (FERRAJOLI, 2006 p. 489-490)

Ao analisar a característica mencionada por Ferrajoli sobre o sistema acusatório verifica-se que no sistema garantista não é admitido a figura do juiz inquisitor, pois fere os princípios garantidores e concentra as funções de acusar, defender e julgar. No Brasil foi adotado, com a Constituição Federal de 1988, o sistema acusatório, ficando definidas as funções de acusar e julgar em órgãos distintos, haja vista ser a forma democrática de direito.

2.10 *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa)

Também relativa ao processo, o axioma apresentando por Ferrajoli e denominado como princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Segundo Ferrajoli (2006 p. 564) “o ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma *nulla probatio sine defensione*”.

O direito de defesa também consagrado no ordenamento brasileiro, quando menciona a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim sendo, é perceptível que o legislador conferiu ao cidadão a ampla defesa, no intuito de prevalecer um julgamento válido, onde o acusador obtivesse no processo a defesa de seus direitos, bem como o contraditório das acusações a este atribuída.

No sistema garantista e conforme preceitua Ferrajoli “[...] ao imputado seja assim

assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público”. No entanto, apesar de em existirem em determinados processos o chamado *jus postulanti*, compreende-se que é de suma importância a presença de um advogado profissional, para competir com igualdade perante outro profissional técnico. O pensamento do jus filósofo é equivalente, quando declara em sua obra que “em um ordenamento cujas leis fossem simples e acessíveis a todos”, escreveu Bentham, os cidadãos “poderiam criar, cuidar de suas causas judiciais como todos geram seus negócios”. Conclui dizendo que “seria, portanto, suficiente a auto defesa, mas, onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidades e nulidades, é necessária a defesa técnica [...] para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar, por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado” (FERRAJOLI, 2006, p. 565).

3 | DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Prova vem do latim *probatio*, segundo Capez “e o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato” (CAPEZ, 2013, p. 372).

Para Luigi Ferrajoli “prova é o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado” (FERRAJOLI, 2006, p. 125), o que afasta da linguagem corrente. Eugenio Paceli conclui ser a prova “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, com a verdade dos fatos” (PACELLI, 2013, p. 325).

Sentis procurando estabelecer “o que é a prova”, afirma “que prova e verificação”, e que esta verificação recairia sobre as alegações e afirmações produzidas em relação aos fatos (SENTÍS MELENDO, 1976).

Para o processo Penal a reconstrução da verdade é a mais importante matéria a ser tratada na aplicação da sentença, pois, não deverá contentar o juiz com poucas verdades, mas sim, de acordo com o princípio da verdade real, com a efetiva realidade dos fatos.

O Código de Processo Penal em seu Título VII elenca os meios de provas, quais são; do interrogatório, disciplinado nos art.185 ao 196; a confissão, disposto nos arts.197 ao 200; a prova testemunhal, constante nos art. 202 ao 225; a prova pericial, regulado nos art. 158 ao 184; das perguntas ao ofendido, consagrado no art. 201; o reconhecimento de pessoas e coisas, disposto nos artigos 226 ao 228; a acareação, em comento nos artigos 229 3 230; dos documentos, constante nos artigos 231 ao 238; dos indícios, citado no artigo 239 e da busca e apreensão constante nos artigos 240 ao 243.

Em nosso ordenamento jurídico consagrado na Constituição Federal de 1988 estão os princípios penais explícitos, quais sejam; princípio da humanidade que se encontra em diversos artigos e destaca-se no art. 5º, XLVII, que dispõe:

Art. 5º - [...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis. (BRASIL, 1988)

Destaca também no inciso XLIX, do art. 5º: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Outro princípio é o da proporcionalidade que de acordo com Ferrajoli:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e gravidade do outro (FERRAJOLI, 2006, p. 320)

“Para Eugênio Pacelli “o interrogatório é o último ato da audiência de instrução, cabendo ao acusado escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte aos seus interesses” (PACELLI, 2013, p. 379).

Embora a confissão não seja absoluta para o processo penal, está é uma das provas de maior valoração para a sentença judicial. A prova testemunhal trazida pelo Código de Processo Penal em seu artigo 202 e seguintes, embora frágil é contumaz no processo.

A prova pericial é uma prova técnica realizada por profissionais, as perguntas realizadas ao ofendido são conferidas a própria vítima na ação penal e está não tem o compromisso de dizer a verdade, visto que, não trata-se de uma testemunha e no entanto não poderá ser processada por falso testemunho.

O reconhecimento de pessoas e coisas de acordo com entendimento de Eugenio Pacelli “trata-se de mero procedimento, tendente a identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso” (PACELLI, 2013, p. 435).

A acareação como os demais meios de provas é também imprescindível ao processo na busca da verdade real, pois, quando há contraditório nos depoimentos o Juiz coloca frente a frente às pessoas que fazem parte do processo para assim desvendar seus depoimentos.

Os documentos fazem parte de todo e qualquer processo, na ação penal não é diferente, tudo aquilo que for imprescindível a demonstrar um fato, este servirá como prova, visto que, o princípio do contraditório é notório nesta fase do processo. Os indícios, como meio de prova é um sinal de vestígio que o julgador analisará e fará uma dedução lógica daquele fato para encaixá-lo no processo.

A busca e apreensão consistem numa medida cautelar, assim, dada as razões é substancial ao procedimento, cautelar, pois, visa precaução na ação penal. Todos os meios de provas estão previstos no Código de Processo Penal e são recursos que o

jugador deverá aplicar no início ao fim da lide.

As provas testemunhais, documental, pericial e todas acima citadas são consideradas provas típicas, ou seja, refere-se às provas reguladas em lei, ou seja, aquelas que estão previstas em lei e exige um procedimento probatório específico, quanto às provas atípicas (ou inominada) seria toda fonte de prova que não está prevista no ordenamento, mas pode ser admitida como meio probante a servir de elemento para a formação da convicção do juiz.

No que tange as provas atípicas, segundo Antônio Magalhaes Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ibahy Badaró consideram que ‘, há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições” (FILHO, BADARO, p. 180).

Na concepção Ferrajoliana as provas obtidas, sem observância aos princípios constitucionais, não podem ser admitidas como meios de prova, pois, no Estado Democrático de Direito as garantias fundamentais esclarecedora na Constituição Federal, não permitem que as normas ordinárias ou costumes possam ser superiores e contrariar a lei maior.

Por conseguinte, os meios de provas previstas no Código de Processo Penal, ora citados, deverão observar o que dispõe a Carta Magna, em respeito ao regime democrático e a dignidade da pessoa humana.

4 | PROVA ILÍCITA

A Carta Magna de 1988 dispõe em seu artigo 5º, LVI que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Adiante, a lei ordinária no Código de Processo Penal em seu artigo 157, caput, reproduz: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Assim sendo, convém ressaltar de acordo com a doutrina a diferença entre prova ilegal, ilegítima e ilícita. Nas palavras de Aury Lopes Junior, a prova ilegal seria o gênero da qual seriam espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim distingue tal autor que a prova ilegítima seria aquela que viola uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição de tal prova tem natureza exclusivamente processual, quando imposta em função de interesse referente à lógica e a finalidade do processo. Já a prova ilícita seria aquela que violaria uma norma de direito material ou constitucional no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a esse. Em geral ocorre uma violação a intimidade, privacidade ou dignidade (LOPES JR, 2013, p. 593)

Destarte, a prova ilícita irrefutavelmente é aquela obtida de maneira a contrariar os princípios jurídicos, sem observar os preceitos legais e assim desonrar a dignidade da pessoa humana.

O que se pode identificar é que os doutrinadores diferenciam a prova ilícita da prova ilegal, conforme preceitua Grinover: “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima ou ilegitimamente produzida; quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita ou ilicitamente obtida” (GRINOVER, p. 131).

Desse modo, cabe evidenciar a prova ilícita, por tratar-se de violação a Constituição e seus princípios, outros juristas conceituam a prova ilícita de acordo com o entendimento doutrinário, nos dizeres de Antônio Scarance Fernandes:

A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando 'e ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não 'e atendido preceito processual (GRINOVER, 2000, p. 84)

Afirma Oliveira (2004, p. 340) que o princípio da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente “[...] cumpre uma função eminentemente pedagógica, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”.

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa tem precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito (Moreira, 1996, p.21).

Portanto, a prova ilícita é aquela que de alguma maneira infringe as normas constitucionais previstas em desacordo com seus princípios e garantias constitucionais.

Conforme Gomes, no âmbito do Direito Processual Penal:

[...] a primeira decisão do STF que reconheceu a inadmissibilidade da prova ilícita deu-se em dezembro de 1986 (RTJ 122/47). Tratava-se de um caso de interceptação telefônica clandestina. Determinou-se o trancamento do inquérito policial, fundado nessa prova: os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito a ação penal (GOMES, 2003, p. 473).

Na constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, XII, admite expressamente a possibilidade de interceptação telefônica, sendo esta autorizada judicialmente, se esta ocorrer sem a autorização do Juiz e em conformidade com a legislação de investigação criminal, será ela considerada ilícita. Seria esta um exemplo de prova ilícita por derivação.

O direito brasileiro inspirou se na Suprema Corte norte-americana (United States Supreme Court, 1920) ao trazer para seu ordenamento, previsto no artigo 157, § 1º, CPP em comento, a teoria *fruits of the poisonous tree*, ou frutos da árvore envenenada, assim, qualquer prova obtida no engenho da ilicitude é considerada inválida e contaminada.

Os frutos da árvore envenenada pressupõe que a árvore contaminada não dará bons frutos, ou seja, o processo tornar-se viciado e como consequência perderá a validade. Desta forma, se o legislador admite na lide um processo onde há existência

de provas ilícitas, este estará contrariando os princípios constitucionais e o Estado democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar um pedido de afastamento do prefeito de Senhora do Porto – Minas Gerais, embasou na teoria do fruto da árvore envenenada, de acordo com o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello que negou seguimento à Ação Cautelar (AC) 3728, por meio da qual a chapa que ficou em segundo lugar nas eleições de 2012 no município de Senhora do Porto (MG) pedia o afastamento do prefeito e vice da cidade, acusados de captação ilícita de sufrágio.

Os eleitos foram afastados dos cargos, por decisão do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Minas Gerais, e depois reconduzidos, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Os autores da ação cautelar pretendiam assegurar o direito de exercerem os respectivos cargos até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 834897, que discute o caso no STF.

O TRE cassou o diploma dos chefes do Executivo municipal. A Corte mineira considerou ilícita a gravação ambiental, supostamente produzida pelos adversários políticos sem autorização judicial, mas considerou legais as provas oriundas das gravações – depoimentos testemunhais de eleitores presentes nas gravações.

Afastados do cargo, prefeito e vice eleitos ajuizaram recurso especial no TSE. Ao analisar o caso, a Corte Superior Eleitoral deu provimento ao recurso, considerando que a prova ilícita teria contaminado as demais provas (teoria dos frutos da árvore envenenada) que embasaram a cassação do diploma dos eleitos, pois foram colhidas a partir de gravação ambiental feita sem autorização judicial.

Assim, os candidatos derrotados no pleito queriam que fosse dado efeito suspensivo ao RE para manter a decisão do TRE-MG, suspendendo a eficácia do acórdão do TSE, e reconduzindo-os aos respectivos cargos (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282561&caixaBusca=N>)

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal negou-se o afastamento do prefeito, pois, a prova utilizada de forma ilícita, produzida sem autorização judicial, mesmo após os depoimentos testemunhais - que seria um dos meios de provas ilícitas, não pôde ser entranhada ao processo, visto que, derivou de uma prova ilícita, desta forma, prudente, foi negado o afastamento, exemplo este que evidencia a relevância da teoria dos frutos da árvore envenenada.

No entanto, o legislador apresenta exceções a essa regra, segundo Eugenio Pacelli (2013, p. 363), na descoberta do inevitável “admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas ilícitas e a descoberta”. A descoberta inevitável surge para evitar que todo inquérito e as demais provas sequentes a ilícita sejam contaminadas.

Diante da arbitrariedade do Estado é que não se admite meios ilícitos para provar um fato criminoso, pois, outrora das leis processuais o ordenamento deve valer se em conformidade com a Constituição e seus princípios, impedindo que o *jus puniendi* ultrapasse os limites a ele atribuídos.

Na entanto, deve prevalecer à equidade jurisdicional na ação penal, a ponderação do julgador é o principal meio de se chegar à verdade real, a prova derivada da ilícita sendo está que trará a certeza da sentença, não deverá ser anulada em decorrência da ilicitude, mas sim concluir a sentença judicial.

O Código de Processo Penal em seu artigo 157 prevê que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim obtidas em violação a normas constitucionais”. Prossegue no artigo 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º ao tratar da prova ilícita por derivação, ou seja, da repercussão dos efeitos advindos da ilicitude da prova, assim ‘são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Desta forma, o artigo em comento destaca a possibilidade das provas derivadas serem obtidas por fonte independente, art. 157 CPP, § 2º “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A teoria da fonte independente é um método que o legislador encontrou para atenuar a regra da teoria dos frutos da árvore envenenada, como outras teorias que surgiram para que o processo não fosse em seu todo obstruído, a fonte independente não contamina o processo, visto ser ela independente de fontes ilícitas, o recurso para chegar até a prova não necessitou de adentrar no âmbito da ilicitude, sendo assim, admissível não precisará esta ser desentranhadas dos autos.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu sua admissão, de acordo com o julgado:

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (an independent source) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte Americana): casos *Silverthorne Lumber co. v. United States* (1988) v.g. (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ e 18-5-07).

Dessarte, o julgado em comento é manifesto que a prova independente não configura afronta aos princípios constitucionais e a teoria dos frutos da árvore envenenada, haja vista, que não existe dependência de meios ilícitos para desenredar a prova.

5 | TEORIA FERRAJOLIANA E A PROVA ILÍCITA

Para Luigi Ferrajoli (2006, p. 125) “a prova seria o fato probatório experimentado

no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado”.

A teoria ferrajoliana repugna a prova obtida de forma ilícita, pois, conforme já demonstrado, o principal argumento da teoria é a não utilização de penas inconstitucionais e a não observância aos princípios fundamentais.

No sistema democrático de Direito é inadmissível recorrer ao ilícito, contradizendo a metodologia da qual o povo é soberano ao *jus puniendi*.

A teoria apresentada por Luigi Ferrajoli confronta o modelo arbitrário de aplicação da pena e identifica a importância de utilizar as normas constitucionais e trazê-las para a aplicação no processo.

A prova ilícita é revés diante da teoria apresentada por Luigi Ferrajoli, pois, não existe legalidade ou validade diante de qualquer meio ilegítimo para obter o encarceramento. Luigi Ferrajoli (2006, p. 196) menciona que “ao custo da justiça, que depende das escolhas do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores – soma-se um altíssimo custo de injustiças”.

Diante da explanação acima, verifica-se que as injustiças podem ser analisadas de diversas formas, a prova ilícita parte da premissa que trata-se de uma injustiça, visto que, o ilícito é inaceitável, sendo inaceitável ocorre a injustiça e esta é dispendiosa para o Direito Processual Penal

A prova ilícita, já mencionada como inadmissível no ordenamento brasileiro, estabelece que para que haja o procedimento na concepção de modelo garantista, com vista na dignidade da pessoa humana é fundamental que todo trâmite processual seja regulado pelas garantias propostas por Luigi Ferrajoli em conjunto com as garantias impostas na Constituição Federal brasileira de 1988, é a máxima do Direito Penal, a segurança jurídica que dentro de um Estado democrático deve prevalecer e ser cumprida de forma rigorosa, para garantir a dignidade da pessoa humana, esta que decorre de todos os princípios basilares no ordenamento pátrio.

Desta forma, é imprescindível destacar a figura do chamado “Juiz Garante”¹, ou juiz das garantias, dentro do sistema acusatório, visto que sua função é garantir que o processo seja realizado em conformidade com as garantias constitucionais e assim, preservar os direitos individuais do acusado, para que se o processo seja justo e equânime.

1 No tocante ao juiz de garantias é necessário diferenciá-lo do juiz instrutor, ou juiz de instrução. O segundo trata-se de uma figura adotada por alguns sistemas jurídicos europeus, no qual o juiz exerce a função de instruir as provas de ofício. Aury Lopes Jr. identifica que “nesse sistema a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão é colhida e produzida por ele mesmo. Nessa atividade poderá atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP, ou do acusador privado.” Ou seja, este juiz está legalmente legitimado para intervir na gestão probatória. Já o juiz de garantias trata-se do juiz DA instrução e não DE instrução, o qual “não realiza tarefas investigatórias ou instrutoras, senão de garantia, como um verdadeiro garante, atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo.” É válido explicar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), já na década de 80, se manifestou pela irregularidade da existência do juiz-instrutor, haja vista a violação ao direito ao juiz imparcial, consagrado no Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades. LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris 2005. p. 71 – 72, p. 244 e p. 76.

Nas palavras do doutrinador Aury Lopes Jr a posição do juiz garante define uma posição relevante para o direito, pois;

Assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função da proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais LOPES Jr, 2005, p. 163)

Insta salientar que, a teoria ferrajoliana, como visão garantista, consagra a existência do juiz garante, como forma de evitar ilícitos e proteger as garantias fundamentais, visto a inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Luigi Ferrajoli e sua visão garantista reflete para o ordenamento jurídico brasileiro a importância de se observar os preceitos legais na aplicação da pena, ademais, é inadmissível anuir arbitrariedades dentro de um Estado democrático de Direito, pelo qual objetiva garantias sociais e individuais ao cidadão.

Desta forma, ao observar os axiomas trazidos ao longo do texto, propostos por Luigi Ferrajoli, nota-se que são princípios que o próprio ordenamento brasileiro implícito ou explícito dispõe em seus textos, logo, o processo deve acompanhar os trâmites legais, sem vícios.

Destarte, no estudo fora analisado as provas ilícitas, a inadmissibilidade de sua aplicação, como cláusula pétrea na Constituição. O estudo das provas ilícitas aprofundou na descoberta de teorias, pelas quais, inadmite o meio ilícito para se chegar ao resultado, bem como, aquelas que defendem a proporcionalidade de sua aplicação.

Outrossim, o âmbito das provas no Processo Penal é objeto de discussão, pois, abrange a esfera penal e constitucional, devendo o legislador atentar e assegurar que a justiça não seja contaminada pelos achaques do Estado. Não se espera a inobservância das regras ou impunidade do indivíduo, ou atenuar a sanção, espera-se a correta aplicação do direito de acordo com a visão garantista, que como o próprio nome; é uma perspectiva de tudo aquilo que encontra-se positivado, redigido no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, Forense, 6.ed., 1987.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. P.84 2. ed. São Paulo: RT, 2000

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, 1999

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004. p. 532.

LOPES Jr., Aury., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris 2005.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-85107-25-3

