

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

JÚLIO CÉSAR PARANAN BARBOSA MOLINA BRABO – RA00282175

NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS FRENTE ÀS ILEGALIDADES DO ESTADO

SÃO PAULO
2024

JÚLIO CÉSAR PARANAN BARBOSA MOLINA BRABO – RA00282175

NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS EM FACE DAS ILEGALIDADES DO ESTADO

Monografia realizada para o curso de graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Direito Processual Penal, sob a orientação da Professora Dra. Greice Patrícia Fuller.

SÃO PAULO
2024

AGRADECIMENTOS

De início, dedico essa monografia a minha mãe, Juzineide Paranan Barbosa, por sempre estar ao meu lado em todos os momentos felizes e tristes da minha vida, por sempre ter me motivado, por proporcionar uma formação de educação que sou imensamente grato, por me corrigir todas as vezes que fui indisciplinado, por me proporcionar estudos de caráter acadêmico, por ter me criado e educado sozinho em razão do falecimento do meu pai, Antônio César Molina Brabo, 15 (quinze) dias antes do meu nascimento (17/09/1999), exercendo papel de pai e mãe e enfrentado uma sociedade de preconceitos contra mães-solteiras e trabalhado firme para garantir que nada me faltasse e que eu chegasse onde eu cheguei, concluindo um ensino superior e buscando minha civilização. Amo e sempre vou amar.

Aos meus queridos amigos na pessoa da Letícia Espelho que, desde a época de ensino fundamental tem sido uma amiga de muito peso na minha vida e que sempre buscamos, juntos, o melhor caminho a ser traçado academicamente para prosperarmos e nos formar em profissionais qualificados.

Ainda, aos amigos que a Pontifícia Universidade Católica me proporcionou na pessoa da Tayara Tavares de Souza, Francisco Alvim Fazio Leitão de Almeida, Eric Kenichi Maruyama da Silva, Rebeka dos Santos Fernandes Valadar, Thiago Reid Sulahian Ferreira, Nicolas Ibanhez da Costa, Jones Willian Espelho Junior, Andre Schincariol Magri, que ao longo do curso de direito me proporcionaram uma amizade sincera e de muitas experiências juntos que contribuiram para minha formação como pessoa.

Aos meus amigos que adquiri ao longo do meu estágio na Polícia Federal na pessoa da Celila Tokiko Ezoé, Erika Cristina, Joyce, Luis Vanderlei Pardi, Glauce, Rodrigo Weber de Jesus, Hermogenes Leitão, Pedro Henrique dos Santos Maia, Vanderlei Ferreira Mendes, Americo Boff, Iris, Sandra, Evodio, Kawany Karobeli, Rafaela de Mello, Leonardo Mecenas Cardoso, Matheus Florio, Lucas Nomura, Evandro, Wagner, Erick, Francisco, Israel, Tetsuo, Herick, Pedro, que me depositam uma confiança muito grande e que sempre me incentivaram a continuar na vida acadêmica e fizeram com que eu tivesse a certeza da minha convicção de que meu perfil era a carreira pública no serviço público.

À PUC-SP e a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo aprendizado que me proporcionaram e pela minha formação acadêmica.

A todos, meu eterno agradecimento e fico muito feliz de saber que passei pela vida e que deixarei muitas amizades. Gratidão!

RESUMO

BRABO, Júlio César Paranan Barbosa Molina. **Nulidades Processuais Penais em Face das Ilegalidades do Estado:** Uma análise no contexto das ilegalidades cometidas pelo Estado e seus efeitos no âmbito processual penal.

No decorrer do presente trabalho é abordado as ilegalidades cometidas pelo Estado, por meio de seus agentes públicos, e os efeitos que tais ilegalidades ensejam: nulidades no âmbito do processo penal.

O presente trabalho se baseia em artigos, doutrinas, leis, tratados internacionais, princípios e jurisprudências que tratam da temática das nulidades no âmbito do processo penal, abordando, ainda, o conceito de Estado e seu papel fundamental para sociedade.

A partir de consulta na jurisprudência acerca da temática de nulidades no processo penal, foi comentado casos práticos de diversos tipos de nulidades – relativas e absolutas – demonstrando seu impacto no processo, os efeitos que produz e o prejuízo causado.

É demonstrado, ao longo do presente trabalho, é possível se falar em nulidade desde a fase “pré-processual” – se tratando de inquéritos policiais -, até a fase da ação penal.

Com o advento do pacote anticrime, é tratado da figura do juiz de garantias no acompanhamento da fase de investigação – inquérito policial – até o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Por fim, no âmbito das investigações, é abordado a criação de grupos investigativos – como GAECO - com a presença de instituições que não fazem parte da Polícia Judiciária que, segundo a Constituição, tem atribuição investigativa.

Aborda, ainda, a responsabilidade civil do Estado explicando ser objetiva para o Estado e subjetiva para o agente público causador, com direito de regresso em face do agente causador.

Com base em princípios e teorias do processo penal, é abordado a responsabilidade para com a legalidade e o devido processo penal por parte dos agentes públicos que agem em nome do Estado, para o fim de que os direitos e garantidas fundamentais sejam devidamente observados, conversando, desse modo, o Estado democrático de Direito.

No âmbito do direito internacional, é abordado a responsabilidade e possíveis condenações do Estado perante tribunais internacionais por crimes cometidos pelo Estado, tratando acerca da soberania e demais características específicas no cenário internacional.

Palavras-chave: nulidade processual penal; ilegalidades do Estado; responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

BRABO, Júlio César Paranan Barbosa Molina. **Criminal Procedural Nullities in the Face of State Illegalities:** An analysis in the context of illegalities committed by the State and their effects in the criminal procedural sphere.

In the course of this work, the illegalities committed by the State, through its public agents, and the effects that such illegalities give rise to are addressed: nullities in the scope of the criminal process.

This work is based on articles, doctrines, laws, international treaties, principles and jurisprudence that deal with the issue of nullities in the context of criminal proceedings, also addressing the concept of State and its fundamental role for society.

Based on a consultation of jurisprudence on the topic of nullities in criminal proceedings, practical cases of different types of nullities – relative and absolute – were discussed, demonstrating their impact on the process, the effects it produces and the damage caused.

It is demonstrated, throughout this work, that it is possible to speak of nullity from the “pre-procedural” phase – in the case of police investigations – to the criminal action phase.

With the advent of the anti-crime package, the role of the judge of guarantees is addressed in monitoring the investigation phase – police inquiry – until the filing of a complaint by the Public Prosecutor's Office. Finally, within the scope of investigations, the creation of investigative groups is discussed - such as GAECO - with the presence of institutions that are not part of the Judiciary Police which, according to the Constitution, has investigative powers. It also addresses the State's civil liability, explaining that it is objective for the State and subjective for the causing public agent, with the right of recourse against the causing agent.

Based on principles and theories of the criminal process, the responsibility towards legality and due criminal process on the part of public agents who act on behalf of the State is addressed, so that fundamental rights and guarantees are duly observed, talking, thus, the democratic rule of law.

Within the scope of international law, the responsibility and possible convictions of the State before international courts for crimes committed by the State are addressed, dealing with sovereignty and other specific characteristics in the international scenario.

Keywords: criminal procedural nullity; State illegalities; responsibility of the State.

Sumário

Introdução.....	7
1. Nulidade no Processo Penal.....	8
1.1 Conceito.....	8
2. Ilegalidade do Estado no contexto principiológico processual penal.....	11
2.7 Princípio da prevalência das nulidades legais – taxatividade temperada.....	12
2.8 Princípio da extensibilidade jurisdicional: as nulidades da investigação preliminar.....	14
3. Espécies de nulidades.....	16
4. Teorias das Nulidades Processuais.....	17
4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	17
4.2. Teoria tinta diluída ou mancha purgada.....	18
5. Ilegalidades do Estado.....	19
5.1 Conceito.....	19
5.2 O Estado como garantidor da legalidade e da Justiça.....	20
5.3 Consequências jurídicas penais em face das ilegalidades do Estado.....	21
5.4 Responsabilidade do Estado perante o direito internacional.....	23
5.5 Casuísticas.....	24
5.6 Conclusão.....	41

Introdução

A presente monografia analisa sob os aspectos jurídicos processuais das nulidades geradas no curso de ações penais e inquéritos policiais, em razão da não observância, por parte do Estado, às garantias de ordem constitucional e aspectos processuais penais dispostos em legislação infraconstitucional.

Outrossim, são os princípios constitucionais tais como legalidade; devido processo legal; juiz natural; dignidade da pessoa humana; contraditório e ampla defesa; verdade real; direito ao silêncio; dentre outros citados ao decorrer da presente monografia.

Nulidades no âmbito do processo penal são classificadas como *nulidade absoluta*; *nulidade relativa*; *irregularidade*. Ocorre, contudo, que a doutrina processual penal diverge sob determinados aspectos relativos às classificações das nulidades no âmbito do processo penal, pontuando, inclusive, teorias que versam sobre o tema como a teoria da árvore envenenada.

Disso decorre, portanto, o presente estudo ser aprofundado, em determinados aspectos, com base em magistérios doutrinários dos mais clássicos aos modernos.

Ademais, será abordado questões ligadas ao direito material na medida em que o direito material muito se conversa com o processual.

Nesse contexto, será abordado condutas e ações realizadas por agentes públicos que, em nome do Estado, cometem ilegalidades em razão da não observância ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que tange às garantidas constitucionais que é assegurado pelo próprio sistema acusatório adotado pela legislação brasileira.

O presente estudo pautará, a título de direito comparado, análises e comparações com sistemas jurídicos internacionais adotados diferentes países que, inclusive, possuem sistema de Governo diferente do Brasil, como sistemas autoritários.

Destaque-se que, o presente estudo busca esclarecer e pontuar a importância da estrita observância do ordenamento jurídico pelo órgão julgador, pelo órgão acusador e pela polícia judiciária.

A análise será realizada a partir do conceito de nulidade, natureza jurídica da nulidade processual penal utilizando-se de metodologia dedutiva pautada em jurisprudência, doutrina e casuísticas.

1. Nulidade no Processo Penal

1.1 Conceito

Nulidade se consiste em vícios que contaminam atos processuais, que fora praticado sem a devida observância da forma prevista em lei, levando o ato praticado inutilizável em todo ou em parte.¹

As nulidades se dividem em *absolutas, relativas, atos inexistentes e irregularidades*. A saber:

Entende-se por nulidade absolutas aquelas em que há ofensa direta à Constituição Federal, aos princípios de ordem constitucional como do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade e demais princípios constitucionais.

Nulidade relativa é aquela em que ocorre violação à exigência disposta em lei infraconstitucional, dependendo de ser arguida pela parte interessada, devendo demonstrar o prejuízo ocasionado pela inobservância da formalidade legal disposta para o ato.

Os atos inexistentes, por sua vez, são aqueles em que não se reúne elementos necessários para se constituir ato jurídico.² A doutrina majoritária utiliza como exemplo a hipótese de uma sentença assinada por quem não é juiz.

Por fim, a irregularidade que, nas palavras do magistério doutrinário de Guilherme de Souza Nucci, são infrações superficiais que não contaminam a forma legal a ponto de merecer renovação.

As nulidades podem ocorrer na fase pré-processual que ocorre em procedimentos investigatórios administrativos e em ações penais, quando ocorre o oferecimento da denúncia, conforme será exposto ao decorrer da presente monografia.

1.2 Natureza Jurídica da nulidade processual

A doutrina pátria diverge acerca da natureza jurídica da nulidade no âmbito do processo penal. Há quem sustente que a nulidade é um vício ou um defeito jurídico, ao passo que outros entendam que seja uma sanção.

Fernando Capez³ sustenta que nulidade se consiste em um vício processual decorrente da inobservância de exigências legais, sendo capaz de invalidar o processo no todo ou em parte.

¹ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 4th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. P. 551.

² *Ibidem*. p. 556.

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 682.

Por outro lado, José Frederico Marques⁴ conceitua à nulidade como “*sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não estejam de acordo com as condições de validade impostas pelo Direito objetivo.*”

Digno de nota são às lições de Júlio Fabbrini Mirabete⁵ que, ao analisar o tema, defende uma posição diversificada sustentando que a nulidade “*é, sob um aspecto, vício, e, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância das exigências legais ou como uma falha na imperfeição que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo.*”

1.3 Elementos Constitutivos da nulidade processual

Os elementos constitutivos da nulidade processual penal variam conforme o tipo de nulidade – se absoluta, relativa etc.

Podem ser constituídos em razão da não observância às formalidades estabelecidas em lei e finalidades de resguardar um direito da parte.

As formalidades estabelecidas em lei se consistem em regras introduzidas no ordenamento jurídico cujo objetivo visa garantir um processo democrático, com a garantia do contraditório e ampla defesa, parcialidade do órgão julgador, paridade de armas entre as partes, com regras basilares e estruturais para o andamento da persecução penal com a produção de provas, estruturando e instruindo a fase postulatória, instrutória, decisória, recursal e executória do processo.

1.4 A nulidade no âmbito do Processo Penal

Afigura importante pontuar, de início, que a a nulidade no âmbito do Processo Penal pode ocorrer em procedimentos investigatórios administrativos – inquérito policial – quanto na ação penal.

Há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da nulidade promovida ao longo da instrução do inquérito policial sendo sustentado, por alguns, que gera somente uma irregularidade.

Contudo, conforme será exposto ao longo da presente monografia, segundo a teoria da árvore envenenada, provas decorrentes de provas ilícitas são contaminadas por este vício e, portanto, gera nulidade em todo o processo.

Com isso, é decretado imprestável o material probatório produzido por órgãos de persecução criminal.

⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. P. 397

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.379-1.381.

Falar-se-á em diferença de nulidade no âmbito do processo penal somente no momento de sua arguição.

Em procedimentos investigatórios administrativos – inquérito policial, é sabido que, desde a implementação do pacote anticrimes, têm a figura do juiz de garantias. O juiz de garantias é responsável por realizar o controle da legalidade da investigação criminal, sendo, portanto, o juízo competente para analisar e julgar arguição de nulidade no decorrer da instrução do inquérito policial.

Guilherme de Souza Nucci⁶ ao tratar do tema asseverou que:

“O juiz das garantias é a função ocupada pelo magistrado designado para acompanhar todas as investigações criminais, fiscalizando-as, no intuito de preservar a correta colheita da prova e assegurar os direitos fundamentais do investigado. Além disso, tem a competência para determinar todas as medidas de natureza jurisdicional necessárias, requeridas pelo órgão investigador, como a decretação de medidas cautelares (prisão temporária, prisão preventiva, sequestro de bens etc.), deferir a quebra de sigilo bancário, fiscal ou de dados e telefônico, expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, entre outros.

[...] A natureza jurídica é de órgão jurisdicional de atuação provocada, fiscalizador das investigações criminais. Havia liminar do STF suspendendo a eficácia do juiz das garantias, mas em agosto de 2023 houve julgamento de mérito e alguns dispositivos foram mantidos, outros, declarados inconstitucionais e alguns tiveram modulação pelo Pretório Excelso.”

Noutro cenário, se tratando de ação penal, o juízo competente para analisar a julgar a arguição de nulidade é o juízo que recebeu a denúncia e que fará instrução do processo até proferir sentença.

Digno de nota, ainda, é o momento processual para se arguir nulidade nos autos da ação penal.

Ocorre que as nulidades absolutas podem ser arguidas a em qualquer fase do processo e a qualquer instância, mesmo ocorrendo o trânsito em julgado.

Contrariamente, são as nulidades relativas que devem ser arguidas em momento próprio, estipulado pela lei, sob pena de não ser convalidadas.

Segundo aponta Noberta Avena⁷, existe três “sistemas” utilizados no direito comparado cuja finalidade é a análise e reconhecimento de um ato como viciado: *sistema formalista*; *sistema legalista* e *sistema instrumental (instrumentalidade das formas)*.

“• *Sistema formalista: há a predominância do meio sobre o fim. Por este sistema, toda vez que o ato não for praticado da forma determinada em lei,*

⁶ NUCCI, Guilherme de S. **Processo Penal e Execução Penal-Esquemas** |chr(38)| Sistemas - 8ª Edição 2024. 8th ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. P. 25.

⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal** - 15ª Edição 2023. 15th ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. P. 1.031.

estará irremediavelmente viciado, não importando se alcançou ou não seu objetivo.

• *Sistema legalista: nulos são apenas os atos que assim considerar a lei, expressamente.*

• *Sistema instrumental (instrumentalidade das formas): o fim do ato deve prevalecer sobre a forma como ele é praticado. É o sistema adotado no direito brasileiro, consoante se vê dos arts. 563 e 566 do CPP. Destarte, se o ato, ainda que desobediente à forma legal, alcançar seu objetivo, poderá ser validado.”*

2. Ilegalidade do Estado no contexto principiológico processual penal

Insta importante consignar, desde logo, que ao tratar da temática das ilegalidades do Estado, entraremos noutras áreas do direito tais como o administrativo, em razão de ser uma das aéreas norteadoras quando se trata de administração pública.

Disso resulta, portanto, a abordagem do direito material e processual, fazendo relações com casos concretos.

Pois bem. Como é de notório saber, um dos princípios que regem a administração pública é o da legalidade, disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Disso resulta a obrigatoriedade de o Estado agir e atuar em restrita ao que dispõe o texto constitucional e infraconstitucional.

Os princípios processuais penais que regem o processo no âmbito penal tratam acerca da diretriz, do fundamento, da essência, do núcleo que o processo deve seguir para o fim de garantir que os preceitos fundamentais legais sejam seguidos.⁸

Daí o surgimento do princípio do “devido processo legal”, disposto no inciso LVI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, cujo núcleo é garantir que direitos e a liberdade das partes não sejam violados garantindo um processo justo e legal. Justo e legal em razão da dimensão formal e material do princípio do devido processo legal, de forma que a primeira garante que seja seguido a lei e a segunda garante um processo justo e efetivo.

O princípio do devido processo legal se destaca no âmbito do processo penal em razão de se tratar de investigações e ações penais onde pode ocorrer um constrangimento ilegal, seja na fase de investigação no inquérito policial, seja na ação penal com oferecimento de denúncia, pondo em “risco” a liberdade do(a) investigado(a), rompendo, por vezes, com o direito de privacidade, sigilo fiscal e telemático dentre outros que ao decorrer de uma investigação, quem figura como investigado(a) esta sujeito a ter tais direitos “violados”.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: partel geral**. 15ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. P. 113.

É válido lembrar que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito julgado de sentença condenatória.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que o processo penal configura um expressivo instrumento constitucional de salvaguarda das liberdades individuais do investigado, do denunciado e do réu, contra quem não se pode presumir provada acusação. Vejamos:

“A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do “jus libertatis” titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.”

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula “nulla poena sine iudicio” exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.”

(RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Do exposto, é de se notar que o processo penal busca garantir liberdade e respeito aos direitos e garantias que o ordenamento jurídico assegura a pessoa sob persecução penal.

Cumprir pontuar, ainda, que os princípios auxiliam na solução de conflito de uma lei sobre outra, orientando a interpretação das leis e a aplicação correta em cada caso analisado.

2.7 Princípio da prevalência das nulidades legais – taxatividade temperada

Trata-se de um subprincípio da legalidade que exige que as leis sejam claras e precisas, vedando, dessa forma, o emprego de termos vagos, incertos, indeterminados e ambíguos dificultando a caracterização.

O princípio da prevalência das nulidades legais, em suma, estabelece que atos ou processos que violam normas legais estipuladas no ordenamento jurídico pátrio deve ser considerado nulos não produzindo, portanto, efeitos jurídicos.

Nota-se, portanto, que o objetivo é que o ordenamento jurídico seja devidamente observado e respeitado sob pena de, em caso de atos que infringem o ordenamento jurídico, não produzirão efeitos válidos. Contudo, como toda norma, há exceções.

A expressão “taxatividade temperada” parte da premissa do equilíbrio da nulidade frente a necessidade de impedir que a anulação de atos processuais enseje em danos excessivos à parte envolvida ou na própria eficiência do processo.

Em outras palavras, ainda que haja nulidades em razão da não observância às normas legais violando, portanto, o ordenamento jurídico, há casos em que a nulidade não é suficiente para invalidar o processo como um todo.

Nota-se, portanto, que ocorre uma relativização de acordo com o caso analisado e do ato cometido que ensejou na nulidade para o fim de analisar se a nulidade pode ser considerada irrelevante por não afetar o resultado útil do processo ou impactar de forma expressiva ou que tenha prejudicado à parte nos atos processuais.

A título de exemplo, cumpre consignar o princípio da preservação dos atos processuais que, não raras as vezes, é aplicado em processos que, em seu curso, tenha sido praticado determinado ato irregular, mas que, porém, não é suficiente para anular o processo como um todo, conforme dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

Ocorre, inclusive, tal entendimento quando à parte prejudicada não se manifesta tempestivamente acerca do ato irregular nulo ocasionando, dessa forma, a “renúncia tácita” à nulidade.

A aplicação da chamada “taxatividade temperada” se da, ainda, em casos em que no andamento do processo não é respeitado determinadas formalidades legais estipuladas por normas que o regula, mas que, nenhuma das partes contestam o vício processual deixando que o processo siga produzindo seus efeitos. Neste caso, a jurisprudência tem mostrado que a nulidade não é decretada por considerar a continuidade e os efeitos do processo produzidos, como será oportunamente demonstrado no tópico de casuísticas da presente monografia.

Por fim, acerca da “taxatividade temperada” insta consignar as nulidades que não afetam a substância do ato processual praticado. Determinado ato processual praticado nos autos do processo pode ser considerado irregular ou defeituoso por não observar norma legal que o regule. Contudo, tal ato irregular ou defeituoso não prejudica o direito material das partes.

Do exposto, é possível concluir que o princípio da prevalência das nulidades legais preconiza que atos processuais devem observar a norma legal que os regulam sob pena de, em caso de violação, ocasionar nulidade do ato praticado. Porém, a “taxatividade temperada” autoriza que, a depender do ato irregular ou defeituoso e o efeito produzido no caso analisado, seja aplicada relativização com base na razoabilidade e proporcionalidade com o objetivo de preservar a efetividade do processo e evitar prejuízos às partes envolvidas.

2.8 Princípio da extensibilidade jurisdicional: as nulidades da investigação preliminar

Preliminarmente, cumpre pontuar que, embora o inquérito policial seja inquisitório, com ausência de contraditório e ampla defesa, se trata de um procedimento investigatório administrativo cujo objetivo busca formar a “*opinio delicti*” do órgão acusador – Ministério Público.

Ocorre que, no curso do inquérito policial, por se tratar de investigação, é constituído provas que baseiam, ou não, o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

No decorrer da investigação, na constituição das provas que devem basear o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, pode ocorrer inúmeras ilegalidades perpetradas pela polícia judiciária – órgão que possui atribuição constitucional para investigações.

Insta importante consignar, nesse ponto, que, atualmente, fora criada inúmeros “grupos de combate ao crime organizado” cuja composição se dá por membros da polícia militar, polícia rodoviária federal, polícia penal, “coordenados” pelo Ministério Público.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 não conferiu à polícia penal, polícia militar, polícia rodoviária federal e demais membros dos atuais grupos em questão, atribuição investigatória. Contrariamente, o constituinte discriminou, no texto constitucional, a atribuição da Polícia Ostensiva e da Polícia Judiciária.

Ao decorrer de tais investigações ocorre escuta telefônica sem a devida autorização judicial; quebra do sigilo fiscal e telemático sem autorização judicial; infiltração policial, ação controlada etc., sob alegação de que se trata de “informação de inteligência policial”.

Destaque-se que, poderá ser deparar com provas que, de fato, comprovem o ilícito praticado pelos investigados. Contudo, por se tratar de provas constituídas de forma ilegal por não ser observado o princípio da legalidade e do devido processo legal, poderá ensejar, na hipótese de o órgão acusador oferecer denúncia com base nas provas constituídas no inquérito policial, em arguição de nulidade absoluta e todo o processo ser anulado ensejando, portanto, na perda da pretensão punitiva do Estado, ainda que os investigados tenham praticado ilícito.

O princípio da extensibilidade jurisdicional permite que as nulidades cometidas no andamento da investigação preliminar sejam corrigidas pelo Judiciário, ainda que não tenha ocorrido o oferecimento de denúncia e tenha constituído ação penal.

As nulidades podem ser ensejadas por violação de direitos constitucionais como direito à presença de advogado, informação sobre a natureza da investigação, irregularidades na constituição de provas – conforme exposto alhures, como escuta telefônica sem autorização

judicial, coação, falta de motivação ou de indícios suficientes que justifique a instauração de inquérito policial como indícios de autoria e materialidade podendo o Judiciário determinar o trancamento/arquivamento do inquérito policial, interrogatório ou delação ilegal sem assistência de defesa ou sem a intimação legal, dentre outras.⁹

A extensibilidade jurisdicional na investigação preliminar garante que o Judiciário – que aplica a lei, e o Ministério Público – como fiscal da lei – atuem para o fim de garantir que o processo penal se inicie e flua de forma regular para que após, ocorra o oferecimento de denúncia. No caso do Ministério Público ou o Judiciário identificar irregularidades e/ou nulidades, deverão determinar a correção ou impedir que o processo continue.

Com o advento do “pacote anticrime” implementado pela lei nº 13.964/2019, foi criada a figura do “Juiz de Garantias” cuja atuação é no controle da legalidade da investigação criminal, assegurando os direitos individuais do investigado.

O objetivo é de que seja garantido que as investigações respeitem normas legais e que o juiz intervenha em casos de suspeita de violação de tais normas e direitos individuais desde a fase inicial do processo penal – inquérito policial.

Sobre a temática, Noberta Avena¹⁰ assinala que:

“[...] todavia, que, mesmo não podendo ser nulificado, um inquérito no qual as diligências investigatórias desobedeçam às formalidades legais perde muito de seu valor como fonte de convencimento do juiz. Tal circunstância, aparentemente irrelevante pelo fato de não poder o juiz, em regra, fundamentar-se unicamente na prova policial para condenar o réu (art. 155, caput, do CPP), pode acarretar sérios prejuízos à efetividade da Justiça se considerarmos que, por vezes, o inquérito é a única base de fundamentação do magistrado para determinadas decisões, v.g., a decretação da prisão preventiva do indiciado na fase que antecede a instrução processual, a ordem de sequestro de bens, a determinação de diligência de busca e apreensão etc.”

A figura do “juiz de garantias” acompanha o processo desde o início do processo penal – inquérito policial, e vai até o oferecimento de denúncia quando o processo é distribuído para outro juízo que passará acompanhar a ação penal.

Representações policiais pela quebra de sigilo fiscal, telemático, medidas assecuratórias como busca e apreensão, prisão temporária etc., devem ser analisadas pelo Ministério Público e decididas pelo juiz de garantias que acompanhará toda fase de instrução criminal do inquérito policial.

Atos irregulares praticados nos autos da investigação preliminar – inquérito policial, podem ocasionar impacto significativo no processo penal subsequente – ação penal. Disso

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 24ª. Ed. São Paulo: RT, 2024. P.

¹⁰ *Ibidem*. p. 1.071.

resulta a atuação do Judiciário ao determinar a repetição do ato irregular, exclusão de provas constituídas de forma ilícita ou declarar nulidade da denúncia ou ação penal em razão de nulidades.

Nota-se, portanto, que a presença do Judiciário e do Ministério Público na atuação do inquérito policial é proteger a ordem jurídica, garantindo que provas sejam constituídas de maneira regular, preservando direitos fundamentais e o devido processo penal de modo que não prejudique posterior oferecimento de denúncia.

3. Espécies de nulidades

As nulidades podem ser classificadas como *absolutas* ou *relativas* a depender do tipo de ato processual praticado, o momento em que ocorre a nulidade e os efeitos provocados por tal nulidade.¹¹

Cumpra anotar que o art. 564 do Código de Processo Penal é apenas exemplificativo não alcançando todas as possibilidades de nulidades processuais no âmbito do processo penal.

O Código de Processo Penal trata das nulidades em diversas situações estabelecendo as causas da nulidade, consequências e necessidade de reparar tal ato.

Podem ser absolutas por vícios graves que não podem ser corrigidos ou convalidados, podendo ser alegado a qualquer momento e, ainda, reconhecido de Ofício pelo juiz, como a incompetência do juízo; violação ao direito de defesa; irregularidades no recebimento da denúncia e por provas obtidas por meios ilícitos.¹²

As nulidades relativas por sua vez, afetam intimamente o interesse das partes ou formalidade no processo, não podendo ser reconhecidas de Ofício pelo juiz, devendo, portanto, ser suscitadas pelas partes e demonstrar prejuízo no direito da parte.

Nulidades relativas podem ocorrer quando do erro de citação ou intimação das partes, pela ausência de motivação no dispositivo da sentença dentre outras hipóteses, podendo o ato que ensejou na nulidade relativa refeito ou convalidado na hipótese de a parte prejudicada não contestar a nulidade tempestivamente ou na hipótese inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal que é quando a nulidade não causou dano efetivo no processo.

A nulidade de atos ou provas afetam o andamento do processo podendo ensejar em reparação do ato que ocasionou a nulidade ou sua anulação quando ocasionar em prejuízo ao processo e às partes.

¹¹ GONÇALVES, Victor Eduardo R.; REIS, Alexandre Cebrian A. **Processo penal: procedimentos, nulidades e recursos. (Sinopses jurídicas)**. 21st ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p.100.

¹² *Ibidem*. p. 99.

4. Teorias das Nulidades Processuais

De início, cumpre anotar que as nulidades invalidam atos ou fases do processo penal que violaram o ordenamento jurídico afetando normas legais ou constitucionais afetando a regularidade do processo.

As teorias da nulidade tratam acerca de como tais nulidades processuais devem ser tratadas a partir de princípios e normas que norteiam o processo penal e visam garantir que o processo penal flua dentro dos limites constitucionais e legais, respeitando o devido processo legal e direitos e garantias fundamentais das partes e ordem pública.¹³

Insta importante salientar, no contexto, que as nulidades têm por finalidade corrigir e evitar que irregularidades prejudiquem a legalidade do processo e a busca pela verdade real.

4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos frutos da “árvore envenenada” é uma metáfora destinada às provas obtidas de forma ilícita e que, portanto, violam de ordem constitucionais e normas leis, não podendo ser admitidas no processo.

Com origem no sistema jurídico do Estados Unidos da América, a teoria da árvore envenenada tem ligação com a Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos cujo objeto versa acerca de buscas e apreensões irregulares, garantindo que a lei exija que as provas sejam obtidas de maneira lícita, em conformidade com as normas legais.

Assim como no ordenamento jurídico brasileiro existe exceções, o mesmo se aplica no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. A teoria da árvore envenenada não alcança provas que, embora tenham sido obtidas de maneira ilícita, seriam descobertas por meios independentes da violação ou me situações em que exigiam uma atuação iminente dos agentes da lei em casos de uma ameaça iminente.

Baseada na ideia e que se a árvore está contaminada, seus frutos também estarão, a teoria da árvore envenenada é aplicada em casos em que a prova inicial obtida de forma ilícita contamina todas as demais provas subsequentes em razão da primeira, anulando, portanto, atos processuais e provas constituídas ao longo do processo.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Paraná: Juruá, 2013. P. 48.

Tal ideia de que a prova inicial obtida de forma ilícita contamina todas as demais provas subsequentes esta presente no §1º do art. 573 do Código de Processo Penal.

Nota-se, portanto, que a teoria da árvore envenenada é uma junção do princípio da legalidade e do devido processo legal no sentido de que a constituição da prova deve ser feita de acordo e em observância às normas de ordem constitucional e legais de maneira que respeite direitos e garantias fundamentais e constitua um processo justo e íntegro, se acordo com preceitos legais do ordenamento jurídico pátrio.

4.2. Teoria tinta diluída ou mancha purgada

Em sentido contrário à teoria da árvore envenenada, a teoria da tinta diluída ou, alternativamente conhecida como mancha purgada, sustenta que a prova obtida de forma ilícita deve ser “diluída” ou “purificada” em casos de haver elementos que validem a prova por considerar que a prova pode ser utilizada sem que comprometa o processo.

A metáfora utilizada é a de que a prova “manchada” pode ser “purgada” – limpa – ou, ainda, diluída por provas lícitas que validem o conteúdo da prova ilícita, podendo ser admissível no processo, ainda que obtida por meios ilícitos.

Nota-se, portanto, diferente da teoria da árvore envenenada que defenda a exclusão imediata da prova obtida por meio ilícito, a teoria da tinta diluída defende que provas constituídas de maneira ilícita possam ser “purificadas” ou “purgadas” na hipótese de conter elementos legítimos que confirmem a veracidade ou de acordo com a especificidade do caso.

O intuito é que se aproveite provas que auxiliem na busca pela verdade real do processo penal que se consiste pela busca da realidade dos fatos.

A título de exemplo da aplicação da teoria da tinta diluída, é a hipótese de escuta telefônica realizada por agentes policiais sem prévia representação policial e posterior autorização judicial que permita tal escuta. No decorrer da escuta pode tomar conhecimento de fatores que, posteriormente, são mencionados por testemunhas ou determinadas provas materiais que surgirem. Ora, embora a escuta seja ilícita e a informação que se colheu dela constitua prova ilícita, poderia ser utilizada no processo em razão da ilicitude ter sido “purgada” por elementos legítimos que confirmaram a veracidade dos fatos apurados na escuta, por corroboração de depoimentos de testemunhas ou outras provas materiais que surgirem.

Uma forte crítica à teoria da tinta diluída é a de que poderá ensejar em impunidade e incentivo à prática de obtenção de provas de maneira ilícita causando desordem e violação ao ordenamento jurídico.

5. Ilegalidades do Estado

5.1 Conceito

As ilegalidades do Estado se consistem em ações, atos e, até mesmo omissões, praticados por agentes públicos que, agindo por dolo ou culpa, violam normas constitucionais ou legais comprometendo a legalidade, moralidade, eficiência, dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, direitos fundamentais e princípios basilares do Estado democrático de direito.

Podem se constituírem pelo abuso de poder, atos arbitrários, corrupção, não observância aos direitos fundamentais, entre outros.¹⁴

O abuso de poder se perfaz quando um agente público exerce sua função de forma desproporcional ou sem autorização legal, ou, ainda, usurpando função, prejudicando indivíduo(s).¹⁵ Pode ocorrer por ação ou omissão.

Como é de notório saber, o poder do Estado não é absoluto devendo ser exercido dentro dos limites e parâmetros estabelecidos por lei.

Disso resulta, portanto, a ilegalidade por parte do Estado quando, por meio de seus agentes públicos, age de forma desproporcional e arbitrária.

Nesse contexto, é válido consignar que atos administrativos lavrados sem a observância aos princípios norteadores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, são ilegais. Podendo ensejar, portanto, em nulidades.

Outrossim, são as violações aos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 tais como o direito à liberdade, à vida, à segurança etc. A privação, por parte do Estado, do direito de ir e vir – prisão, sem decisão judicial que decrete prisão temporária ou preventiva, ou, que seja em flagrante delito, constitui violação a tais direitos fundamentais postulados na Constituição.

Nos autos de processos judiciais, pode ensejar em nulidade a não observância do contraditório e ampla defesa, ao direito de não autoincriminação ao não respeitar o direito ao silêncio do acusado/investigado.

Na esfera administrativa, a ilegalidade por parte do Estado pode ocorrer, ainda, pela corrupção, no ato de um agente público se utilizar do cargo que exerce para benefício próprio

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 34.

oferecendo ou aceitando vantagem indevida, cometendo fraudes em contratos públicos e/ou fraudando licitações ou qualquer outro tipo de favorecimento.

Como dito alhures, as ilegalidades podem ensejar em várias consequências jurídicas, como na nulidade de atos quando se trata de processos judiciais.

Outra consequência que as ilegalidades dão causa é em responsabilidade civil, penal e administrativa podendo, ainda, alcançar indenização causando prejuízo ao erário público.

Será abordado com profundidade o assunto da responsabilidade no tópico 5.5 desta monografia.

5.2 O Estado como garantidor da legalidade e da Justiça

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constitui objetivo fundamental do Brasil construir uma sociedade justa e promover o bem de todos.

A redação do inciso I do art. 23 estabelece que é competência comum dos Estados, Municípios, União e Distrito Federal, zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas.

Dos dispositivos supracitados, é possível extrair que o Estado desempenha papel fundamental e essencial para manutenção da ordem garantindo e protegendo os direitos e liberdades individuais da sociedade.

O Estado tem por finalidade aplicar e assegurar o cumprimento das leis estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio de forma imparcial e eficiente.

A legalidade se consiste na obrigatoriedade de todos, sem distinção, estarem sujeitos às normas jurídicas postas no ordenamento jurídico pátrio. Isso significa, portanto, que todos devem cumprir e respeitar as leis do país.

Segundo consta no art. 2º da Constituição Federal de 1988, são poderes da União o Legislativo, Executivo e Judiciário. A garantia da legalidade e da Justiça se perfaz por esses poderes.

O Poder Legislativo tem por finalidade a criação de normas e leis, o Executivo tem por finalidade administrar e o Judiciário de aplicar a lei.

Insta importante salientar, acerca da concepção de “justiça” de que, o direito nem sempre busca justiça. A legalidade, por vezes, é infrutífera para alcançar a justiça sobretudo em casos em que as leis são insuficientes, inertes, ineficazes ou injustas.

Disso resulta, portanto, a aplicação do direito pelo Judiciário à luz de princípios constitucionais para o fim de assegurar e garantir um alcance à justiça.

O sistema político do Estado influencia muito no cumprimento da legalidade e da justiça de modo que, em uma democracia, conforme preceitua o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição colocando a sociedade, portanto, como “fiscalizador” do poder dado ao Estado e que o mesmo atue de forma responsável, nos limites da legalidade, e que preste contas de suas ações para a sociedade.

5.3 Consequências jurídicas penais em face das ilegalidades do Estado

Conforme exposto em tópicos anteriores, o Estado tem o dever de agir em prol da ordem pública e no interesse coletivo garantindo o cumprimento da lei e promover o bem de todos. Na hipótese do Estado, por meio de seus agentes públicos, cometer ilegalidades, ensejará em consequências jurídicas como responsabilização penal, civil e administrativa.

O Estado como pessoa jurídica não possui personalidade jurídica para figurar no polo passivo ou ativo de ações judiciais, devendo ser indicado os agentes causadores da ilegalidade por procedimentos internos ou externos administrativos por órgãos de controle como corregedoria.

Sob à ótica do direito administrativo, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, e subjetiva para o agente causador, nos termos do §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

No âmbito do direito material penal, é possível que os agentes públicos causadores da ilegalidade podem responder criminalmente por prevaricação, usurpação de função pública, corrupção ativa ou passiva, falsificação de documento público, violação de sigilo funcional, concussão e pela lei de abuso de autoridade nº 13.869/2019.

Presente esse contexto, cumpre anotar que determinados crimes praticados por agentes públicos possuem consequências que implicam no exercício da função pública como nos casos de improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992.

Poderá, ainda, ensejar em responsabilização civil quando a ilegalidade praticada causar danos aos indivíduos podendo requerer, por meio de ação judicial própria, indenização e reparação, tendo por fundamento a responsabilidade civil objetiva do Estado. Reza a Constituição que o Estado tem o dever de reparar danos causados por agentes públicos, se tratando de atos lícitos ou ilícitos.

Digno de nota são os meios de controle de constitucionalidade podendo ser preventivo quando evita que normas que estejam em desacordo com a Constituição sejam inseridas no ordenamento jurídico, repressivo quando exclui aplicabilidade de norma inconstitucional que

fora outrora inserida no ordenamento jurídico, difuso quando o Poder Judiciário corri ilegalidades contidas em lei ou ato normativo.

As ilegalidades podem ser impedidas ou evitadas por meio dos chamados “remédios constitucionais” previstos no art. 5º da Constituição Federal por meio de instrumentos como *habeas corpus*; *mandado de segurança*; *mandado de injunção*; *habeas data*; *ação popular* e *ação civil pública*.

Do exposto, é válido extrair que quando agentes públicos que agem em nome do Estado, por ação ou omissão, por dolo ou culpa, cometem atos contrários ao ordenamento jurídico que violam normas constitucionais ou legais, resultam em nulidades processuais e responsabilização em todos os âmbitos da esfera jurídica.

Na prática, os órgãos de controle - como corregedoria - devem apurar a ação praticada pelo agente público e aplicar as medidas que devem ser aplicadas de acordo com a gravidade e os atos infracionais praticados na medida de sua responsabilidade – se por ação ou omissão, dolo ou culpa.

Sobre o assunto, em lições plenamente aplicáveis ao feito, Paulo Rangel¹⁶ sustenta que:

“A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu, como função institucional do MP, exercer o controle externo da atividade policial, na forma da Lei Complementar mencionada no artigo anterior (cf. art. 129, VII). Assim, reforça-se o sistema acusatório, que ao Ministério Público entrega a função de controlar as atividades policiais, visando a uma melhor colheita do suporte probatório mínimo que irá sustentar eventual imputação penal. Não passa o Ministério Público a ser um órgão correccional da polícia, mas, sim, um órgão fiscalizador das atividades de polícia, seja ela judiciária ou preventiva. O Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ora, é incompatível com este fundamento a realização dos atos da administração pública sem um prévio controle da legalidade dos mesmos. Motivo pelo qual, em se tratando de atos administrativos (inquérito policial), a intervenção do Ministério Público, controlando a realização dos mesmos, faz-se mister.”

Contudo, tal responsabilização administrativa do agente público causador da ilegalidade não exclua a responsabilidade civil e penal do Estado na ilegalidade cometida em razão dos efeitos que tal ilegalidade surtiu no processo. Em determinados casos, como exposto no tópico das teorias das nulidades, é aplicada teoria da tinta diluída onde se analisa a razoabilidade e proporcionalidade.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal** - 30ª Edição 2023. 30th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. P. 100.

Existe no âmbito da responsabilização penal do Estado teoria que versa acerca da “imunidade estatal”. A teoria defende que o Estado, como pessoa jurídica, não se submete à processos judiciais ou responsabilização em razão de sua soberania e prerrogativas que possui no exercício do poder público. A imunidade estatal tem origem na teoria imperialista/absolutista do direito público que defendia a ideia de que o Estado como soberano não poderia se submeter às leis comuns aplicáveis aos cidadãos. Com o advento da responsabilidade civil objetiva do Estado, disposta no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a teoria da imunidade estatal foi relativizada podendo o Estado ser processado e responsabilizado em casos de danos causados por seus agentes públicos, por improbidade administrativa, violação a direitos fundamentais etc.

5.4 Responsabilidade do Estado perante o direito internacional.

A temática da responsabilidade do Estado perante o cenário internacional envolve questões geopolíticas, de direito internacional, de soberania dos Estados e proteção dos direitos humanos.

O núcleo central da responsabilidade do Estado no cenário internacional recai sobre a garantia dos Estados serem responsabilizados por atos que violem normas internacionais, firmadas em acordos internacionais, sobretudo quando a violação for acerca de crimes como genocídio, crimes de guerra ou contra a humanidade.

Consta no sistema internacional previsão de mecanismos que buscam a responsabilidade do Estado por suas ações, embora o Tribunal Penal Internacional tenha competência para processar e julgar indivíduos.¹⁷

Em matéria de direito comparado, assim como a responsabilidade do Estado recai sobre o agente causador da violação, conforme se expôs em item anteriores desta monografia, no cenário internacional o mesmo se aplica no sentido de que o Estado, por si só, não é responsabilizado, mas sim o agente causador que, no caso, recai sobre o chefe do Estado, na pessoa do presidente do país que representa aquele país.

A título do exemplo, recente, foi o mandado de prisão emitido em desfavor do então presidente da Rússia na pessoa do Vladimir Putin por ter cometido crime de guerra, de deportação ilegal de população – envolvendo crianças – e transferência ilegal de população da Ucrânia para Rússia.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 54.

Embora a guerra seja entre a Rússia e Ucrânia, responsável pelos crimes de guerra é o então presidente do país que declarou e iniciou guerra contra outro Estado.

5.5 Casuísticas

A exemplo das nulidades expostas por ilegalidades cometidas pelo Estado, passaremos analisar em cada caso que será colacionado a seguir a consequência e os efeitos das ilegalidades em processos.

A Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal regulamenta o uso de algemas, estabelecendo que só podem ser usadas nos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física ou própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, devendo ser justificado por escrito pelo policial. Vejamos:

*“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, **sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.**” (grifo nosso).*

Destaque-se que o uso indevido de algemas enseja na responsabilidade disciplinar – administrativa, civil e penal do agente público causador e na nulidade da prisão ou do ato processual praticado, sem prejuízo da responsabilidade civil objetiva do Estado disposta no §6º do art. 37 da Constituição Federal.

Esse foi o entendimento aplicado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas nos termos do seguinte acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ABORDAGEM POLICIAL. CONDUÇÃO COERCITIVA. UTILIZAÇÃO INJUSTIFICADA DE ALGEMAS. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A responsabilidade dos entes da Administração Pública, em regra, é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade entre a ação (comissiva ou omissiva) e o dano. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. O uso de algemas deve se pautar pela cautela e respeito aos direitos do cidadão e à dignidade da pessoa humana, além da observância dos critérios pontuados na Súmula Vinculante nº 11 do STF. É abusivo o uso das algemas fora dos casos nela previstos.

3. Estando, portanto, caracterizada a conduta ilícita por parte dos agentes estatais, que exacerbaram o uso do poder de polícia judiciária, resta claro o dever de indenizar.

4. Valor da condenação que deve atender ao duplo escopo, por um lado compensar a dor do lesado, por outro inibir condutas futuras semelhantes.

5. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-AM - AC: XXXXX20178040001 Manaus, Relator: Flávio Humberto Pascarelli Lopes, Data de Julgamento: 06/02/2023, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 06/02/2023). (grifo nosso).

Como se extrai do acórdão supracitado, o eminente relator consignou o disposto no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 de que trata da responsabilidade civil objetiva do Estado, que fora exposto no tópico 5.3 da presente monografia.

No caso analisado, o juízo de primeira instância condenou o Estado do Amazonas em pagamento a título de danos morais em razão da ilegalidade cometida de abuso de autoridade cometida por agentes públicos.

O abuso de autoridade, no caso colacionado, se deu em razão do réu ter sido mantido algemado durante o interrogatório sem que houvesse ordem fundamentada, por escrito, dos policiais que deliberaram pelo uso de algemas, conforme exige a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

Em outro caso de ilegalidade cometida por agentes público, o Ministério Público, como fiscal da lei, pediu o arquivamento de inquérito policial instaurado por Auto de Prisão em Flagrante do crime de tráfico internacional de drogas (Art. 33 c/c 40, I da Lei nº 11.343/2006) em decorrência de ingresso em quarto de Hotel cujo resultado ensejou na apreensão de 4.821g de cocaína, a partir de denúncia anônima.

O Ministério Público Federal promoveu pedido de arquivamento do inquérito policial suscitando nulidade da prova obtida a partir do ingresso ilícito na unidade do Hotel sem mandado de busca e apreensão com base em denúncia anônima, sustentando ser violação inconstitucional de domicílio garantindo no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ensejando, portanto, na *“ilegalidade da prisão em flagrante e de todos os atos posteriores.”*

“Cuida-se de inquérito policial instaurado, a partir da prisão em flagrante de J***** e M***** (“MOHAMAD”), para apurar o crime de tráfico internacional de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33 c.c. 40, I), em decorrência do ingresso em quarto no Hotel Íbis Styles SP-Anhembi, localizado na Avenida Cruzeiro do Sul, 1709, Santana, São Paulo/SP e apreensão de 4.821 g de cocaína, a partir de denúncia anônima.

Segundo consta dos autos, os agentes de Polícia Federal Guilherme ***** , Israel ***** e Mauro ***** , todos lotados na unidade da Polícia Federal no Aeroporto ***** , receberam informação de que dois passageiros de origem libanesa, JANINE e MOHAMAD, estavam se preparando para embarcar em voo da Qatar Airways com cocaína oculta na bagagem e se encontravam hospedados no Hotel Íbis ***** SP, localizado na *****

Na sequência, os agentes confirmaram junto à Qatar Airways a existência de reserva em nome de MOHAMAD com destino à Beirute/Líbano, posteriormente cancelada.

Diante de indícios que a droga estaria com os envolvidos, com anuência da autoridade policial, os APF se deslocaram para o Hotel Ibis, oportunidade em que confirmaram, junto ao encarregado do hotel – Danilo ***** –, que ambos estavam hospedados na unidade 866.

Com acesso concedido pelo gerente do Hotel, ingressaram na referida unidade e constataram tijolos contendo possivelmente cocaína dentro de mala azul. Após a realização de narcoteste, constatou tratar-se de cloridrato de cocaína, o que culminou na prisão JANINE e MOHAMAD em flagrante. Laudo preliminar de constatação indicando se tratar de cloridrato de cocaína, substância proscrita

Em sede de audiência de custódia, a prisão em flagrante de ambos foi convertida em prisão preventiva, substituída por medidas menos gravosas em decorrência da impetração de habeas corpus junto ao Eg. Tribunal Regional Federal.

Decisão de autorização de afastamento dos sigilos telefônico e telemático dos aparelhos de telefonia celular apreendidos.

Intimação para manifestação do MPF objetivando manifestação sobre eventual necessidade de perícia nos dispositivos de armazenamento de dados apreendidos em poder

dos acusados.

É a síntese do necessário.

Medida de rigor é o reconhecimento da nulidade da prova obtida a partir do ingresso ilícito na unidade 866 do Hotel Ibis, que lastreia o presente inquérito policial. Isso porque eivada de nulidade o ingresso na unidade hoteleira – sem mandado - com base em denúncia anônima, o que caracteriza violação inconstitucional de domicílio (CR, art. 5º, XI) e enseja a ilegalidade da prisão em flagrante e de todos os atos posteriores.

As circunstâncias que motivaram a ação dos policiais não justificam, por si sós, a dispensa de investigações prévias ou de mandado judicial, conforme tese fixada no RE 603.616 pelo Supremo Tribunal Federal: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em razões fundadas, as quais indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e de nulidade dos atos praticados”. (grifos nossos)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Cumpre ressaltar que este Tribunal Superior tem entendimento no sentido de que o ingresso regular em domicílio alheio é possível apenas quando o contexto fático anterior à invasão (justa causa) permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata (HC n. 598.051/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJE 15/3/2021), sendo certo que a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais na residência indicada (AgRg no HC n. 751.854/GO, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe 17/3/2023).” (STJ - HC: 817106, Relator: SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Data de Publicação: 25/04/2023) (grifos nossos)

No presente caso, a diligência realizada se deu com base única e exclusivamente em informações recebidas por denúncia anônima, sem lastro de quaisquer indícios de materialidade e autoria que viessem a densificar a narrativa da denúncia anônima, não podendo ser considerada como “razões fundadas” para justificar o ingresso.

Como é sabido, o Superior Tribunal de Justiça debruça-se sobre referidas questões de modo contundente, considerando a inviolabilidade do domicílio –

extensível ao quarto de hotel – como princípio corolário de uma persecução penal alinhada ao respeito das garantias constitucionais:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA PESSOAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDADA SUSPEITA INEXISTENTE. BUSCA DOMICILIAR. AUTORIZAÇÃO NÃO COMPROVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES.

1. Nesta Corte Superior, prevalece o entendimento de que a simples existência de denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da prática de crime, não configura fundadas razões e, portanto, não legitima o ingresso de policiais em domicílio, nem mesmo a busca pessoal, fundamentada no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto se exige a presença de fundada suspeita para que o procedimento persecutório esteja autorizado e, portanto, válido. 2. As circunstâncias que antecederam a busca pessoal e o ingresso dos policiais no domicílio do paciente estavam amparadas apenas na denúncia anônima, não existindo as fundadas razões que os justificassem, e também não ficou devidamente demonstrada a autorização voluntária. 3. Ordem concedida para, reconhecendo a nulidade das provas obtidas ilicitamente, bem como as delas derivadas, absolver o paciente com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal - Ação Penal n. 0000091- 82.2019.8.19.0014. (STJ - HC: 733082 RJ 2022/0094750-3, Data de Julgamento: 07/06/2022, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/06/2022) (grifos nossos)

No presente caso, consta a informação de que o ingresso na habitação se deu por meio de concessão de acesso por parte do gerente do hotel, sem qualquer tipo de autorização de JANINE e MOHAMAD para tanto. Assim, tendo em vista que a única prova de materialidade e autoria do crime investigado é ilegal e não repetível, e que não se visualiza outras fontes independentes de prova desse delito, está ausente a justa causa para o início da ação penal, sendo o arquivamento dos autos medida que se impõe. Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer:

- (i) seja reconhecida a nulidade da prova obtida de modo ilegal e todos os atos por extensão diante do ingresso na unidade em que J**** e M***** estavam hospedados no Hotel Ibis **** com base em denúncia anônima, com devolução dos bens apreendidos e incineração da droga apreendida;
- (ii) o arquivamento do presente inquérito policial, ressalvando a hipótese do art. 18 do Código de Processo Penal.

No caso citado, ainda está pendente de julgamento, mas, do que se depreende da manifestação do Ministério Público Federal que, exerce função de fiscal da lei, foi identificado ilegalidade na prisão realizada em razão dos policiais terem realizado busca em um quarto de hotel – que se equipara a residência que trata a Constituição Federal – em denúncia anônima, sem ao menos ter mais fundamentos que motivassem e justificassem uma busca e apreensão em quarto de hotel podendo, inclusive, re

Outro exemplo digno de nota, foi o relaxamento de prisão em flagrante pelo crime de roubo disposto no art. 157 do Código Penal Brasileiro. O relaxamento da prisão se deu em razão

da violação, por partes dos agentes públicos, ao direito de assistência de um advogado disposto no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No caso, os policiais não deixaram que o conduzido realizasse ligação para um advogado para o fim de comunicar sua prisão e solicitar a presença de um advogado. Vejamos:

HABEAS CORPUS. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. ILEGALIDADE. RELAXAMENTO DA PRISÃO.

O magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deverá relaxar a prisão quando constatar a inobservância de formalidade legal imprescindível à sua constituição. *A assistência de advogado é garantia assegurada constitucionalmente ao preso, de modo que a inobservância de tal preceito implica na ilegalidade da custódia, que deve então ser relaxada.* POR MAIORIA, ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70057850414, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 18/12/2013).

(TJ-RS - HC: 70057850414 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 18/12/2013, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/01/2014). **(grifo nosso)**.

É de se notar que o meio processual utilizado foi os chamados “remédios constitucionais” que se tratou no item 5.3 da presente monografia, por se tratar de violação a direito fundamental impedindo, portanto, ilegalidade e abuso de poder por parte do Estado, cometido por seus agentes públicos.

Há, ainda, casos em que a nulidade ocorre no curso do processo por atos processuais que violam normas legais relativas ao procedimento processual. No caso a seguir colacionado, o Ministério Público interpôs recurso em face de decisão proferida por juízo de primeira instância que analisou e deferiu pedido de restituição de coisa apreendida sem a devida intimação e manifestação do Ministério Público – que é titular da ação penal – acerca do pedido de restituição conforme previsão disposta no §3º do art. 120 do Código de Processo Penal, violando o princípio do contraditório, considerando que o Ministério Público, ainda que fiscal da lei, figura como parte na ação penal. *In verbis*:

Apelação Criminal. RECURSO DO MINISTÉRIO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO EM processo QUE SE APURA A PRÁTICA DO DELITO DE RECEPÇÃO, SEM PRÉVIA OITIVA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. PLEITO DE ANULAÇÃO. PROVIMENTO. VIOLAÇÃO FRONTAL AO DISPOSTO NO ART. 120, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, O QUAL PREVÊ EXPRESSAMENTE A OBRIGATORIEDADE DE OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A RESPEITO DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM. NÍTIDA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, DA CF). NULIDADE ABSOLUTA. ADEMAIS, SITUAÇÃO FÁTICA DOS AUTOS QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE DÚVIDA ACERCA DA POSSE/PROPRIEDADE LEGÍTIMA DO AUTOMOTOR. APELADO INVESTIGADO PELA POSSÍVEL RECEPÇÃO DO

VEÍCULO RESTITUÍDO, QUE AINDA PODE INTERESSAR AO PROCESSO. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. DECISÃO ANULADA PARA QUE SE ADOTE O PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 120 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, EM SUA INTEGRALIDADE. "Sempre que alguém ingressar com pedido de restituição de coisa apreendida, seja duvidosa ou não a propriedade, deve-se colher o parecer do Ministério Público, até porque é importante saber se o objeto é útil ao processo. O titular da ação penal é a parte mais indicada a pronunciar-se a esse respeito." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 2018, p. 368) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0300870-73.2018.8.24.0041, de Mafra, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 12-02-2019).

(TJ-SC - Apelação Criminal: 0300870-73.2018.8.24.0041, Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, Data de Julgamento: 12/02/2019, Terceira Câmara Criminal)

Disso resultou, portanto, na nulidade absoluta do ato processual praticado não produzindo efeitos – a restituição do veículo apreendido – devendo o ato ser refeito, com a devida intimação do Ministério Público para manifestação acerca da restituição do veículo apreendido e posterior decisão judicial.

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE AMEAÇA E PELA CONTRAÇÃO DE VIAS DE FATO EM AMBIÊNCIA DOMÉSTICA – INSURGÊNCIA DA DEFESA – PRELIMINAR – NULIDADE PELA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA PARA RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA – OCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/06 – EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO NOS AUTOS A DEMONSTRAR QUE A VÍTIMA MANIFESTOU O INTERESSE EM RETRATAR-SE – ANULAÇÃO DO FEITO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM ABSTRATO – RECURSO PROVIDO. Nos termos da jurisprudência do STJ, “nos crimes de ação penal pública condicionada a representação submetidos à Lei Maria da Penha, a audiência prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/06 visa confirmar a retratação, não a representação, e por isso não é obrigatória, nem deve ser designada de ofício pelo magistrado, somente sendo exigível quando a vítima demonstrar, por qualquer meio, que pretende desistir do prosseguimento do feito”. [AgRg no REsp 1596737/SP. Agravo Regimental no Recurso Especial 2016/0117961-0, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 24.05.2016]. Em crimes de ação penal condicionada à representação praticados com violência doméstica e familiar, havendo nos autos manifestação da vítima acerca da vontade de retratar a representação antes fornecida, antes do recebimento da denúncia, deve ser designada a audiência descrita no artigo 16 da Lei 11.340/06, sob pena de nulidade. Anuladas as decisões que interromperam a prescrição e superados os prazos prescricionais, impositivo o reconhecimento da extinção da punibilidade. (Ap 167232/2016, DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 13/06/2018, Publicado no DJE 15/06/2018)

(TJ-MT - APL: 001296921201281100421672322016 MT, Relator: DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA, Data de Julgamento: 13/06/2018, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/06/2018).

No caso acima colacionado, como se nota, o Tribunal deu provimento a recurso de apelação criminal para o fim de decretar nulidade pela não realização da audiência de retratação na representação do crime de ameaça. Nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/2006 fica vinculado a admissão de renúncia à representação por meio de audiência que é designada para tal finalidade, devendo ocorrer, por óbvio, antes do recebimento da denúncia.

O disposto no art. 16 da Lei nº 11.340/2006 tem por finalidade confirmar a retratação, nos casos em que a vítima demonstre que pretende desistir do prosseguimento do feito.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTOS QUALIFICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (2º RECURSO). NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONTIDOS NOS ART. 93, IX, DA CF E 315 DO CPP. DECISÃO ANULADA. - É nula a sentença condenatória que não apresenta o mínimo de fundamentação necessário para gerar o direito à ampla defesa aos réus, em flagrante desrespeito ao art. 93, IX, da Constituição Federal e ao comando constante do § 2º, inc. I, III e IV do art. 315 do CPP. Prejudicada a análise de mérito dos recursos.

(TJ-MG - APR: 10525190026704001 Pouso Alegre, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 16/12/2021, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/01/2022)

Sob a perspectiva processual, do acórdão acima supracitado, é possível notar que as ilegalidades não ocorrem apenas em investigações. Na fase processual é igualmente possível que ilegalidades ocorram em razão da violação de normas constitucionais ou legais que ensejam em nulidade do ato processual.

No caso em questão o juízo que proferiu decisão violou normas constitucional e legal a não fundamentar e motivar o ato processual de “decisão” que deve ser fundamento e motivado para o fim de garantir o direito à ampla defesa.

Como é de notório saber, existe no sistema jurídico brasileiro o “segundo grau de jurisdição” o qual as partes têm o direito de recorrer, observada os requisitos processuais dos respectivos “recursos”, a instância superior de decisão ou sentença proferida por juízo de primeira instância. Na fase de análise do dispositivo da decisão ou sentença, é necessário observar qual fundamento e motivação do juízo de primeira instância para o fim de analisar possível recurso à instância superior. A título de exemplo, é necessário observar se o juízo de primeira instância se baseou em prova ilícita que fora determinada desentranhamento dos autos,

ou em depoimento de testemunha que se julgou suspeita, nos termos do art. 214 do Código de Processo Penal, ou até mesmo que não esteja se baseando em provas e fatos constituídos nos autos do processo, violando, portanto, o princípio da legalidade e imparcialidade.

A fundamentação em decisão ou sentença é imprescindível pelo fato de que o juiz deve aplicar as medidas que devem ser aplicadas de acordo com a gravidade e os atos infracionais praticados, baseando-se nas normas constitucionais e legais contidas no ordenamento jurídico brasileiro. “juiz não age segundo seu querer, age segundo a lei”.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. CITAÇÃO POR EDITAL. FALTA DE DILIGÊNCIAS MÍNIMAS NA LOCALIZAÇÃO DO RÉU. NULIDADE CONFIGURADA. PRETENSÃO PUNITIVA PRESCRITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Segundo o entendimento deste STJ, a citação por edital (capaz de ensejar a suspensão do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP) exige que sejam exauridos os meios disponíveis para localização do acusado. 2. "As instâncias ordinárias não demonstraram o esgotamento das vias para citação pessoal do agravado, fazendo menção apenas à frustração dos mandados de prisão, de modo que demonstrado o prejuízo, tanto que suspenso o prazo prescricional. Assim, a finalidade do ato não restou atingida, pois inquinado de vício insanável o processo, devendo, portanto, ser reconhecida a sua nulidade"(AgRg no AREsp n. 353.136/MT, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 8/4/2019). 3. Inválida, por isso, a citação por edital, do que decorre a revogação da suspensão do prazo prescricional. Prescrição da pretensão punitiva configurada, pelo decurso de mais de 3 anos entre o recebimento da denúncia e a sentença. 4. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AREsp: 2194288 MS 2022/0264098-6, Data de Julgamento: 07/02/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/02/2023)

É possível extrair do acórdão acima supracitado que foi decretada nulidade na intimação por edital realizada nos autos da ação penal sem que os outros meios de intimação tivessem sido esgotados para localização e intimação do réu para o fim de que exercesse o direito de contraditório e ampla defesa.

Nota-se, do exposto, a importância do direito ao contraditório e ampla defesa no processo penal seja pelo motivo de que a Constituição Federal de 1988 assegura tal direito como fundamental e próprio do Estado democrático de direito, configurando um dos valores de uma república.

É, na prática, a garantia de que ninguém será processado sem que tenha direito de ter conhecimento do que está sendo acusado, de ser assistido por um advogado e, por conseguinte, exercer o contraditório e ampla defesa acerca dos fatos que lhe fora imputado.

A citação, no âmbito do processo penal, é uma das fases iniciais, após oferecimento de denúncia para que o acusado tome ciência de que está sendo processado pelo Estado, as

acusações que lhe são imputadas para que constitua defesa e se manifeste acerca das acusações, garantindo, desse modo, o contraditório a ampla defesa.

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. PEDIDO PARA O RÉU RESPONDER APENAS AS PERGUNTAS DA DEFESA. NEGATIVA DO JUÍZO A QUO. DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO, PARCIAL OU TOTALMENTE. AMPLA DEFESA ASSEGURADA AO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CASSADA. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DO ATO DE INSTRUÇÃO. APELO DO RÉU CONHECIDO E PROVIDO.

1. Em sede preliminar, o Apelante pugna pela nulidade processual a partir do interrogatório judicial, alegando que, em audiência, manifestou a intenção de responder apenas as perguntas da defesa, todavia, o pleito foi indeferido pelo Juiz a quo, sob o argumento de que o Réu só poderia ficar em silêncio integral, razão pela qual encerrou a instrução criminal e concedeu vista às partes para apresentação de alegações finais.

2. In casu, o cerne da questão é saber se o Réu, ao ser interrogado em juízo, pode apenas responder as perguntas realizadas pela defesa, adotando o que a doutrina chama de silêncio parcial ou seletivo.

3. O princípio nemo tenetur se detegere pondera que o investigado ou acusado durante a persecução penal não pode sofrer qualquer tipo de prejuízo jurídico pelo fato de não colaborar com a atividade probatória da acusação ou por exercer o direito ao silêncio por ocasião do interrogatório. Em síntese, o acusado não é obrigado a produzir prova contra si.

4. O direito ao silêncio é uma das vertentes do princípio nemo tenetur se detegere e foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, nos termos da redação do artigo 5º, LXIII, o qual estabelece que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado.

5. Por ser uma prerrogativa do Réu, o direito ao silêncio, além de possibilitar a recusa de depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, não pode ser interpretado como se estivesse admitindo a responsabilidade pelo fato. Assim, ao ser interrogado em juízo relativamente à versão dos fatos, isto é, quanto ao mérito da acusação, a autodefesa pode ser exercida de modo livre, desimpedido e voluntário, sendo, portanto, uma das alternativas o silêncio.

6. Diante das circunstâncias processuais, entende-se que a decisão proferida pelo Magistrado a quo, além de não possuir amparo legal, viola a ampla defesa assegurada ao Réu.

7. O ordenamento pátrio não possui norma que determine a conclusão do interrogatório sem a defesa fazer os questionamentos que achar necessários, ainda que o Réu tenha declarado o seu direito ao silêncio seletivo. O artigo 186 do CPP, ao descrever que, após a qualificação e ciência da acusação, o Acusado será comunicado pelo Juiz, antes de dar o início ao interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, fixa bem a dinâmica de que o interrogatório, como meio de defesa, permite ao Réu a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a algumas perguntas direcionadas a si, tendo o direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver.

8. Eventual restrição ao direito de permanecer em silêncio somente poderá ser regulamentado por lei, motivo pelo qual a Autoridade Judicial

não pode restringir a abrangência deste direito, utilizando-se de interpretação contrária ao Acusado.

9. Com relação à autodefesa, o momento de maior efetividade desse princípio, na ação penal, é quando da realização do interrogatório do Acusado. É o instante em que este pode contraditar os fatos narrados na peça acusatória, contrapondo as versões da vítima, se houver, e das testemunhas, ou por opção voluntária ou estratégia de defesa, decidir se colabora ou não com a persecução penal.

10. Negar ao Apelante a oportunidade de expor a sua versão dos fatos pelo motivo de ele ter aceito apenas responder aos questionamentos da defesa, ou seja, recusando a responder às perguntas da autoridade judicial e do órgão acusador, viola o exercício da autodefesa do acusado, via de efeito, transgride sua ampla defesa. Trata-se de conduta que desrespeita a autodeterminação do Réu e sua liberdade moral para escolher a melhor forma de expor a sua versão dos fatos em juízo, de maneira que é notória a ingerência indevida do Magistrado no direito da autodefesa. Nota-se, portanto, visível cerceamento do direito à autodefesa, sem que este tenha renunciado a ela, a evidenciar evidente prejuízo processual.

11. Deste modo, ante o disposto no art. 5º, LIV, LV e LXIII, da Constituição Federal, art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e artigo 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 186, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Penal e sendo contrário aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o encerramento do ato processual sem que o acusado possa expor a sua narrativa enseja o reconhecimento de nulidade absoluta, nos termos do artigo 564, III, e, do Código de Processo Penal, sendo medida necessária o seu refazimento.

12. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E PROVIDA, para cassar a sentença condenatória, a fim de que seja realizado novo interrogatório do Apelante na Ação Penal n.º 0600479-10.2021.8.04.4700, oportunidade na qual deve ser-lhe assegurado o direito ao silêncio, total ou parcial, respondendo às perguntas de sua defesa técnica, exercendo diretamente a ampla defesa.

(TJ-AM - APR: 06004971020218044700 Itacoatiara, Relator: Vânia Maria Marques Marinho, Data de Julgamento: 01/03/2023, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/03/2023). **(grifo nosso)**.

Ainda sobre ilegalidades procedimentais, no caso supracitado foi decretado nulidade relativa em face do interrogatório do acusado, cassando a sentença condenatória e determinando que seja realizada novo interrogatório assegurando, no novo ato, o direito ao silêncio total ou parcial.

A questão gira em torno do direito ao silêncio parcial ou total, defendido por parte da doutrina sustentando que o direito ao silêncio pode ser exercido parcialmente quando o acusado opta por responder perguntas referentes à sua defesa técnica ou à determinadas perguntas formuladas ao decorrer do interrogatório.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL. EVIDENTE PREJUÍZO. NULIDADE ABSOLUTA. AGRAVO PROVIDO.

1. A nulidade absoluta, que provém de uma violação direta a um princípio constitucional inerente ao direito processual penal, pode ser alegada a qualquer tempo do processo. A nulidade absoluta não se convalida, e o vício pode ser reconhecido, de ofício, independentemente de provocação.

(TJ-ES - AGR: 00005606020118080000, Relator: NEY BATISTA COUTINHO, Data de Julgamento: 13/06/2011, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 27/07/2011).

No caso supracitado foi reconhecido nulidade absoluta do juízo de primeira instância que proferiu decisão recebendo denúncia sem ser o juiz natural da causa, razão pela qual ensejou na invalidade do processo como um todo.

O argumento utilizado pelo tribunal foi que se trata de uma nulidade insanável por se tratar de violação de norma constitucional do juiz natural e, ainda, que o julgamento foi motivo em palavras de corrêu, as quais não foram submetidas ao contraditório e com base em depoimentos derivados do acusador, violando dispositivo do inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal cujo comando determina que o juiz deve absolver o réu quando não existir provas suficiente para condenação.

Segundo o eminente relator, acerca do princípio do juiz natural têm-se que:

“Sobre o Princípio do Juiz Natural temos que é aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal.

Assim, afirma José Celso de Mello Filho que só mente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado, nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir-se a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir-se respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25-3-1824, o Direito Constitucional brasileiro previa em seu Título VIII – Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros – extenso rol de direitos humanos.”

Nota-se, do exposto, que os princípios dispostos na Constituição Federal de 1988 a exemplo, do caso em tela, do princípio do juiz natural, são de extrema relevância para o processo sob pena de nulidade do processo por completo.

APELAÇÃO CRIMINAL – IMPUTAÇÃO AO ART. 339 DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – EX OFFICIO, NECESSIDADE DE ANULAÇÃO AB INITIO DO FEITO – INIMPUTABILIDADE – RÉ MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS DE IDADE NA ÉPOCA DO CRIME – CIRCUNSTÂNCIA QUE ENSEJA NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO POR NÃO TER SIDO OBSERVADA PELO JUIZ QUANDO DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA – INCIDÊNCIA DO ART. 564, INC. II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INVIABILIDADE DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DA INFÂNCIA COMPETENTE, EM RAZÃO DA EVIDENTE PERDA DO CARÁTER PEGAGÓGICO ALMEJADO PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – MÉRITO RECURSAL PREJUDICADO - ARQUIVAMENTO DO FEITO.DECLARAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA E ARQUIVAMENTO DO FEITO.ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORA DATIVA. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0001488-45.2017.8.16.0172 - Ubiratã - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MAURO BLEY PEREIRA JUNIOR - J. 14.06.2021)

(TJ-PR - APL: 00014884520178160172 Ubiratã 0001488-45.2017.8.16.0172 (Acórdão), Relator: Mauro Bley Pereira Junior, Data de Julgamento: 14/06/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2021).

É possível extrair, detida análise do teor do acórdão que, no caso em tela, a nulidade foi absoluta, não podendo ser refeitos os atos processuais, tampouco reaproveitados, em razão do vício ter ocorrido desde o início do processo na fase de recebimento da denúncia quando, em atenção ao disposto no inciso II do art. 395 do Código de Processo Penal, a mesma deveria ter sido rejeitada por falta de pressuposto processual e condição para exercício da ação penal em razão da inimputabilidade de uma das partes decorrentes de sua menoridade.

Como se nota, nem sempre os vícios são causados em investigações pré-processuais – inquéritos policiais -, podendo ser ocasionadas no andamento do processo por não observância do disposto na lei. No caso em tela o vício se deu pelo juízo de primeira instância que recebeu a denúncia quando deveria rejeitá-la.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA SUSPEIÇÃO DO JUIZ. Reconhecida a suspeição do magistrado por esta Corte, por via de exceção de suspeição, e por ele próprio declarada nos autos, todos os atos por ele praticados são nulos, devendo ser renovados por juiz diverso. A suspeição do juiz é causa de nulidade absoluta do processo, conforme dispõe o art. 564 do Código de Processo Penal. PRELIMINAR ACOLHIDA. NULIDADE RECONHECIDA.

(TJ-RS - ACR: 70071238380 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 23/03/2017, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/03/2017).

No caso citado foi decretada nulidade absoluta, suspeito todos os efeitos de todos os atos já praticados nos autos em razão da suspeição do magistrado por motivo de foro íntimo nos termos do art. 154 do Código de Organização Judiciária do Estado, sendo nulo, portanto, todos os atos por este praticado, devendo ser refeito por magistrado diverso.

Reza o inciso I do art. 564 do Código de Processo Penal que ocorrerá nulidade no caso de suspeição do juiz.

Este é, no que se extrai, mais um caso em que a nulidade absoluta foi reconhecida por se tratar de violação a um dos princípios, de ordem constitucional, do juiz natural e, por conseguinte, da imparcialidade. O impedimento e a suspeição buscam garantir a imparciabilidade do magistrado, condição *sine qua non* do devido processo legal.

Aury Lopes Júnior¹⁸ ao analisar a temática perfilho que:

“2. Tanto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do Magistrado, condição sine qua non do devido processo legal, porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quiçá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade. 3. Para atender ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo. É necessária certa e razoável mitigação, passível de aplicação, também e em princípio, da cláusula aberta de suspeição inscrita no art. 135, V, do CPC c/c 3º do CPP.”

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - QUEBRA CADEIA DE CUSTÓDIA - NULIDADE - REJEIÇÃO - ATIPICIDADE CONDUTA - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio da *pas de nulté sans grief*.
2. A inobservância de algum dos procedimentos previstos no art. 158-B do Código de Processo Penal por si só, não tem o condão de, automaticamente, macular a prova.
3. A apreensão de quantidade mínima de munição, desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, admite a aplicação do princípio da insignificância.
4. Preliminar rejeitada e recurso provido.

(TJ-MG - Apelação Criminal: 00248649120188130145, Relator: Des.(a) Paulo de Tarso Tamburini Souza, Data de Julgamento: 17/09/2024, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/09/2024).

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 165.

No caso supracitado foi reconhecido a quebra da cadeia de custódia que se consiste em um conjunto de procedimentos e normas que tem por finalidade garantir a autenticidade, integridade e rastreabilidade das evidências – provas – coletadas durante a investigação criminal. Em outras palavras, garanti que as provas não sejam adulteradas ou contaminadas nas etapas de manipulação – como perícia – do momento de sua apreensão até sua apresentação em juízo.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma Classe : Habeas Corpus n.º 8029538-74.2020.8.05.0000 Órgão : Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Impetrante : Defensoria Pública do Estado da Bahia Paciente : Jônatas Mateus Bezerra Pereira Impetrado : Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO. AUSÊNCIA. PRAZO. EXTRAPOLAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM. CONCESSÃO.

1. A teor do que preconiza o art. 310 do Código de Processo Penal, recebido o auto de prisão em flagrante, deve a Autoridade Judiciária, em o homologando, realizar audiência de custódia e converter a constrição em preventiva ou conceder liberdade provisória ao flagranteado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

2. Ainda que a disposição acerca da ilegalidade da prisão em flagrante por ausência da audiência de custódia se encontre suspensa, por força da medida cautelar concedida no âmbito do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299, tal fato não autoriza ao Julgador, em não a realizando, deixar de avaliar a situação jurídica do custodiado, tampouco postergá-la para momento posterior à manifestação do Ministério Público, já após o transcurso do interregno legal.

3. Constatando-se que a Autoridade Coatora, recebendo o auto de prisão em flagrante e o homologando, deixou de realizar a audiência de custódia e não adotou qualquer das providências estatuídas no art. 310 do Código de Processo Penal no prazo nele estabelecido, impositivo reconhecer-se a ilegalidade da constrição, a fim de, ratificando-se a liminar já concedida, obstar a permanência indeterminada do Paciente sob custódia flagrancial.

4. Ordem concedida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n.º 8029538-74.2020.8.05.0000, em que figura como Paciente Jônatas Mateus Bezerra Pereira e como Autoridade Coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONCEDER A ORDEM, nos termos do voto condutor. Sala das Sessões, de de 2020. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

(TJ-BA - HC: 80295387420208050000, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 17/11/2020)

Outra violação que enseja em nulidade absoluta é a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas conforme previsão do art. 310 do Código de Processo Penal. No presente caso o juiz não adotou as providências que dispõe os incisos e parágrafos do art. 310 do Código de Processo Penal determinando, ao revés, intimação do Ministério Público para se manifestar acerca das medidas cautelares e, diante do feriado,

somente se daria em 4 (quatro) dias posterior a prisão em flagrante, excedendo o prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Com efeito, o tribunal relaxou o flagrante determinando expedição de alvará de soltura do então flagranteado.

Cumprido observar, nesse contexto e nos que foram expostos, que não raras as vezes foi utilizado, para o fim de suscitar nulidade, os chamados “remédios constitucionais” que foi exposto ao longo da presente monografia, apontando a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos, evitando e impedindo abusos de poder.

Por fim, afigura importante consignar julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca de caso em que a Secretaria da Receita Federal do Brasil investigou delito de tráfico internacional de drogas, em clara usurpação de função pública, considerando que a Constituição Federal de 1988 não confere atribuição investigativa e sim fiscal:

“A Receita Federal não pode, a pretexto de examinar incidentes tributários e aduaneiros, investigar delitos sem repercussão direta na relação jurídica tributária - que se afastem de sua atribuição de órgão fiscal -, sendo nulos os elementos de prova por ela produzidos.”

“A controvérsia consiste em analisar a nulidade de elementos de prova produzidos em investigação conduzida pela Receita Federal do Brasil, quando ultrapassados os limites de sua atribuição administrativa em matéria de fiscalização e investigação para aplicação de legislação tributária.

A Receita Federal do Brasil possui atribuição e poderes administrativos para, em caráter suplementar, apurar condutas de repercussão penal, desde que inseridas no espectro de suas atribuições e em atenção à finalidade fiscal. As limitações, por conseguinte, são duas: (i) pertinência temática: a atuação deve estar associada à relação jurídica tributária ou aduaneira; e (ii) finalidade fiscal: a atividade deve perseguir a tutela fiscal, de modo que, ainda que apure ilícitos de natureza tributária, não se admite desvirtuamento de finalidade para que sejam atingidos outros fins.

O poder de polícia administrativa da Receita Federal, portanto, possui contornos e não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sob pena da potencialidade de violação a direitos fundamentais e indevida invasão da esfera de atribuição dos órgãos de persecução penal. A atividade de administração e repressão fiscal pressupõe, assim, limites inerentes e a respectiva sujeição ao controle judicial.

Por consequência lógica, muito embora existam pontos de contato, o desenvolvimento da atividade da Receita Federal não pode invadir a esfera de atribuição da polícia judiciária ou, ainda que na apuração tematicamente adequada, atuar em desvio da finalidade fiscal. E os respectivos procedimentos fiscais averiguatórios não podem, dessa forma, ter por objeto a persecução de condutas delituosas desconectadas da relação jurídica tributária.

Obviamente, nada obstante o poder para investigar ilícitos tributários e aduaneiros - que, eventualmente, podem caracterizar crimes de natureza tributária -, é possível que a apuração identifique, em decorrência da atuação, indícios de prática de delitos estranhos à atribuição do órgão fiscal. Nessa hipótese, a Receita Federal persistirá nas averiguações do fato, porquanto inserido na esfera de sua atividade finalística. E, encerrada a investigação e considerando a existência de indícios de possível ocorrência de infração tributária de natureza criminal, fará comunicação aos órgãos de repressão penal, pois configurado o dever de representação fiscal para fins penais.

Por outro lado, como dito, a Receita Federal não pode, a pretexto de examinar incidentes tributários e aduaneiros, investigar delitos sem repercussão direta na relação jurídica tributária. Nessa hipótese, a pertinência temática e finalística denota limitação na atuação e o conseqüente dever de comunicar os órgãos de persecução tipicamente penal, uma vez que constituído o dever de representação para fins penais.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar os poderes de investigação do Ministério Público, igualmente, delimitou o espaço de atuação de cada órgão fiscalizatório, ao decidir que "o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da Polícia, promovam, por direito próprio, em suas respectivas áreas de atribuição, atos de investigação destinados a viabilizar a apuração e a colheita de provas concernentes a determinado fato que atinja valores jurídicos postos sob a imediata tutela de referidos organismos públicos, independentemente de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo ou do Poder Legislativo" (STF, HC n. 89.837/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19/11/2009).

No caso, segundo a defesa, a Receita Federal teria recebido denúncia anônima que apontava crimes de natureza tributária e não tributária envolvendo o paciente. Todavia, a Receita Federal não teria encaminhado a notícia aos órgãos de persecução penal e teria tomado para si a tarefa de investigar as suspeitas. Isso porque, após analisar informações fiscais e movimentações bancárias das pessoas envolvidas, a Receita deu início a dois procedimentos fiscais com requisições, em paralelo, de informações sobre movimentações financeiras e expedições de ofícios que, ao juízo da defesa, teriam o objetivo de investigar crimes financeiros, de falsidade e de lavagem de capitais. E, anos depois da denúncia anônima, foi redigido o relatório fiscal objeto da controvérsia.

Constata-se, assim, que o relatório da operação não se limitava ao procedimento fiscal ordinário, inserto na temática tributária e com finalidade de apuração de ilícitos dessa natureza. Em verdade, as investigações tiveram como ponto de partida denúncia apócrifa, que, desde logo, narrava a existência de tipos penais não tributários. E culminaram no acesso as informações fiscais e bancárias disponíveis ao órgão tributário e em outras ações efetivadas exclusivamente pelo órgão de fiscalização fiscal com vistas à averiguação das infrações penais. Isso tudo sem autorização previa do Poder Judiciário ou notificação ao Ministério Público Federal, o qual não foi cientificado quando suspeitas de ilícitos não tributários surgiram, mas somente após longo período do início das investigações acerca de tais crimes pela Receita Federal.

Nesse contexto, registra-se, também, que o caso não se confunde com a descoberta fortuita de provas. A serendipidade pressupõe o encontro acidental de prova relacionado a fato diverso daquele que está sendo investigado. Na espécie, os fatos dos quais se constituíram os elementos de prova eram objeto da investigação, de modo que inviável a tese de que teria surgido no curso de procedimento fiscal de forma casual.

Dessa forma, a Receita Federal desborda dos limites de sua atribuição ao perseguir elementos estranhos à relação jurídica tributária, portanto, fora da limitação temática que dá contorno à sua atuação e em desvio da finalidade fiscal.”

Nota-se, do exposto, que a administração pública, ao contrário dos particulares, só pode fazer o que a lei confere atribuição. No silêncio da lei, é vedada a atuação. No caso dos particulares, no silêncio da lei, não é ilícito.

Em defesa, a Secretaria da Receita Federal do Brasil sustenta que, conforme dispõe o Código de Processo Penal, qualquer um do povo pode prender.

Contudo, a interpretação correta da redação do art. 301 do Código de Processo Penal é a de que “qualquer do povo” faz referência a particulares que não exercem cargo público. No âmbito da Administração Pública, regida pelo princípio da legalidade, os órgãos públicos possuem cada qual sua atribuição/competência estabelecida pela Constituição Federal e lei federal e demais esparsas que descreve a atividade fim e atribuições desenvolvidas por tal órgão não podendo, dessa forma, atuar sem que esteja descrito em lei.

5.6 Conclusão

Do exposto na presente monografia é possível concluir que, as ilegalidades cometidas pelo Estado ensejam em nulidades no âmbito processual. O Estado como objetivo garantir a ordem atuando de forma legislativa, executiva e jurisdicional.

Conforme exposto no item 5.3 da presente monografia, versa na temática da responsabilidade penal do Estado, frente suas ilegalidades, teoria chamada de “imunidade do Estado” cujo teor sustenta que o Estado não pode ser processado judicialmente por ações que tenha realizado no exercício de sua soberania. Em outras palavras, a teoria da imunidade do Estado no cenário da responsabilidade penal, sustenta que o Estado não pode ser “punido”. Os agentes públicos, que agem em nome do Estado, é que podem ser responsabilizados criminal e administrativamente se cometerem crimes, no exercício de suas funções.

Contudo, conforme exposto no item 5.5, o Estado pode ser responsabilizado em tribunais internacional em casos de violações de direitos humanos podendo responder perante o Tribunal Penal Internacional e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violações a direitos humanos, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Foi citado exemplo notório e emblemático do caso envolvendo o então presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva que processou a República Federativa do Brasil perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas por cerceamento de defesa, violação de seus direitos fundamentais em relação a seu direito de ampla defesa e contraditório, durante o processo judicial que ensejou em sua condenação e prisão.

A responsabilidade civil do Estado é, segundo a Constituição Federal de 1988, objetiva para o Estado, baseada na teoria do risco administrativo, e subjetiva para o agente causador, podendo o Estado ingressar com ação de regresso contra o agente causador de tal dano, conforme dispõe o §6º do art. 37 da CF/1988. Isso significa, portanto, que é objetiva em razão da dispensa de comprovação de dolo ou culpa do Estado.

As nulidades, no âmbito do processo penal, se consistem em vícios que podem atingir os atos processuais, considerando que o processo penal possui natureza eminentemente instrumental – existem procedimentos que devem ser devidamente seguidos que garantem o cumprimento plena do devido processo penal estipulado na Constituição Federal. Disso resulta que, quando um ato é realizado de forma diversa que consta na lei, estará viciado.

O conceito de nulidade processual (*lato sensu*) para Fernando Capez é de que se consiste em um vício processual decorrente da inobservância de exigência legais, sendo capaz de invalidar o processo no todo ou em parte.

As nulidades processuais podem ser absolutas ou relativas a depender da norma violada e do prejuízo causado no processo. Em alguns casos, conforme exposto, ainda que o ato esteja com vício, não é decretado a nulidade total do ato, aplicando o princípio da taxatividade mitigada e, noutros casos, a teoria da árvore envenenada.

É possível falar em nulidade tanto em investigações pré-processuais – em inquéritos policiais – como em ações penais. Podem, ainda, serem ocasionadas pelas partes, entre elas, o Estado, por meio de seus agentes públicos, quando violam normas constitucionais e legais, como não observância, por parte dos policiais, às formalidades exigidas na lavratura da prisão em flagrante.

No âmbito do direito administrativo, conforme exposto, os órgãos e controle da instituição tem por finalidade fiscalizar as atividades e atos formalizados por seus agentes públicos, garantindo e assegurando que os atos administrativos sejam realizados de acordo com os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e publicidade disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, e demais normas legais presentes no ordenamento jurídico. No caso da Polícia Judiciária, responsável por instauração e investigações criminais, possui órgão de controle interno – denominado de Corregedoria -, e externo desempenhado pelo Ministério Público.

Ao longo da presente monografia foi exposto casos verídicos, com base em consulta à jurisprudências de casos em que foi reconhecida nulidade processual, especificando a espécie da nulidade reconhecida – se relativa ou absoluta – pelo qual se reconheceu ilegalidades cometidas por parte do Estado e que, em alguns casos, se determinou a absolvição.

No âmbito das investigações pré-processuais – inquéritos policiais – foi tratado acerca da figura do juiz de garantias, implementado pelo então chamado “pacote anticrime” cuja função é desempenhada por um magistrado designado para acompanhar todas as fases de investigações criminais, fiscalizando, em conjunto com o Ministério Público, no objetivo de garantir e preservar a correta constituição de provas e assegurar os direitos fundamentais que assiste o investigado. Compete, ainda, ao juiz de garantias, analisar e determinar medidas cautelares, requeridas pela autoridade policial, como decretação de prisão temporária, preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, fiscal ou de dados telemáticos, busca e apreensão entre outros.

Referências Bibliográficas:

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Paraná: Juruá, 2013.
- JR, Aury Lopes. **Direito processual penal** – 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal** - 15ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2023
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luíz Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 13, n. 53, 2005.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal** - 30ª Edição 2023. 30th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.
- JR., Aury L. **Fundamentos do Processo Penal** - 10ª Edição 2024. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.
- MARTINS, Sergio P. **Teoria geral do processo**. 9th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 23. ed. São Paulo: RT, 2024.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 24ª. Ed. São Paulo: RT, 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Processo Penal e Execução Penal-Esquemas** '||chr(38)||' Sistemas - 8ª Edição 2024. 8th ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: partel geral**. 15ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.