

**FACULDADE SERRA DA MESA – FaSeM
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TALES EDUARDO ALVES DA SILVA
VICTOR RITHIEL CIRILO BRAGA**

**A MITIGAÇÃO DA NULIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

**Uruaçu
2021**

**TALES EDUARDO ALVES DA SILVA
VICTOR RITHIEL CIRILO BRAGA**

**A MITIGAÇÃO DA NULIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Artigo científico apresentado à Faculdade Serra da Mesa, como requisito parcial para a conclusão da disciplina Trabalho de Curso II e obtenção do grau de bacharel.

Orientação: Prof.^a M^a. Isabel Christina Gonçalves Oliveira.

**Uruaçu
2021**

FORMULÁRIO DE METADADOS PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC), MONOGRAFIAS E DISSERTAÇÕES DA FASEM

*Preenchimento obrigatório

 Graduação Mestrado Doutorado**1. IDENTIFICAÇÃO DO TRABALHO:**

Título do trabalho*:	A mitigação da nulidade pelo uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro.
Título em outro idioma: (A fim de aumentar a visibilidade do documento)	Mitigation of nullity by the use of illicit evidence in the process brazilian criminal.
Data defesa*:	(01/12/2021)
Permissão de acesso ao documento*:	Acesso aberto (<input checked="" type="checkbox"/>) Acesso restrito (<input type="checkbox"/>) Embargo (<input type="checkbox"/>)
Se o documento for de acesso restrito ou embargo, informe o motivo:	(<input type="checkbox"/>) O documento está sujeito a registro de patente. (<input type="checkbox"/>) O documento pode vir a ser publicado como livro, capítulo de livro ou artigo. (<input type="checkbox"/>) Outra justificativa: _____

2. IDENTIFICAÇÃO DO(S) AUTOR(ES):

1	Nome do(a) autor(a)*:	Tales Eduardo Alves da Silva
	Como deseja ser citado*:	SILVA, T. E. A.
	E-mail*:	taleseduardo077@gmail.com
	Link do currículo Lattes:	http://lattes.cnpq.br/1269423120523514
2	Nome do(a) autor(a)*:	Victor Rithiel Cirilo Braga
	Como deseja ser citado*:	BRAGA, V. R. C.
	E-mail*:	rithiel1698@gmail.com
	Link do currículo Lattes:	
3	Nome do(a) autor(a)*:	
	Como deseja ser citado*:	
	E-mail*:	
	Link do currículo Lattes:	

3. ORIENTADOR E COORIENTADOR(ES):

Orientador(a)*:	Isabel Christina Gonçalves Oliveira
E-mail*:	isabellphn@hotmail.com
Link do currículo Lattes*:	http://lattes.cnpq.br/6820562429870360

Coorientador(a)*:	
E-mail*:	
Link do currículo Lattes:	

4. MEMBROS DA BANCA:

1	Nome*:	Michael Gustavo Santana de Souza
	Link do currículo Lattes:	http://lattes.cnpq.br/8297877800034401
2	Nome*:	Thais Monique Costa Rodrigues
	Link do currículo Lattes:	http://lattes.cnpq.br/9677436084273341
3	Nome*:	
	Link do currículo Lattes:	
4	Nome*:	
	Link do currículo Lattes:	
5	Nome*:	
	Link do currículo Lattes:	

5. DESCRIÇÃO DO TRABALHO:

Palavras-chave*:	Processo penal; nulidade; provas; ilícitas.
Palavras-chave (outro idioma):	Criminal proceedings; nullity; evidence; unlawful.
Programa de Pós-Graduação	
Área do Conhecimento*:	Ciências Sociais Aplicada. Direito. Direito Processual Penal.
Citação*:	SILVA, Tales Eduardo Alves; BRAGA, Victor Rithiel Cirilo. A mitigação da nulidade pelo uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro

<i>Resumo do documento. Formate o campo de acordo com o modelo do documento.</i>	
Resumo:	<p>O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO IMPÕE O DEVIDO PROCESSO LEGAL ATRAVÉS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, A TODOS QUE COMETAM FATO TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL, A FIM DE HAJA A JUSTA REPRIMENDA PELO ILÍCITO CAUSADO, NA PROPORCIONALIDADE DO DANO CAUSADO. É O QUE SE DENOMINA JUS PUNIEND ESTATAL E QUE SE TRATA DE PODER-DEVER DO ESTADO DE PERSEGUIR O CRIME E PUNI-LO CORRETAMENTE, DE ACORDO COM A CASUÍSTICA OCORRIDA. PARA TANTO, FAZ-SE IMPRESCINDÍVEL QUE O JUÍZO TENHA EM MÃOS LASTRO PROBATÓRIO SUFICIENTE QUE COMPROVE A MATERIALIDADE DO FATO DELITIVO, ASSIM COMO A AUTORIA DA CONDUITA. E NESSA PERSPECTIVA VERIFICA-SE QUE NEM SEMPRE A PARTE PROBATÓRIA EM UM PROCESSO É TAREFA SIMPLES, ATÉ PORQUE EXISTEM MÁCULAS QUE PODEM ATINGIR AS PROVAS PROCESSUAIS INVALIDANDO-AS DE TAL FORMA QUE ELAS SE TORNAM INÚTEIS. ASSIM, A PRESENTE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA TEVE COMO OBJETIVO GERAL DESPERTAR O LEITOR QUANTO À IMPORTÂNCIA DA MATUREZA DO TEMA: ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, PARA QUE SE DEMONSTRE QUE NENHUMA GARANTIA CONSTITUCIONAL É ABSOLUTA QUANDO EM CHOQUE COM OUTRA. BUSCANDO DEMONSTRAR QUAIS OS TIPOS DE NULIDADE AS PROVAS EM UM PROCESSO PENAL PODEM SOFRER, E QUANDO É POSSÍVEL SE VALER DESTE CONTEÚDO PROBATÓRIO, AINDA QUE HAJA ILICITUDE. COMO RESULTADO VERIFICOU-SE QUE HOJE APESAR DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AO USO DE PROVAS ILÍCITAS, HÁ POR PARTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, VERDADEIRA FLEXIBILIZAÇÃO DO COMANDO PRINCIPOLÓGICO, PRINCIPALMENTE QUANDO SE TRATA DE MEIO ÚNICO E INEQUÍVOCO DE DEMONSTRAR A INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE DE UM RÉU, VALENDOSE DO SUBSTRATO PRINCIPOLÓGICO QUE SE DENOMINA IN DUBIO PRO REO, O QUE SE DÁ PELA PONDERAÇÃO.</p>
Abstract:	
Possui agência de fomento?	<input type="checkbox"/> Sim <input checked="" type="checkbox"/> Não
Sigla:	



TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC), MONOGRAFIAS E DISSERTAÇÕES DA FACULDADE SERRA DA MESA

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Faculdade Serra da Mesa (FASEM) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Digital Institucional, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção técnico-científica na FASEM, a partir desta data.

1. Identificação do material bibliográfico:

- | | | |
|---|--|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> Artigo Científico | <input type="checkbox"/> Monografia – Especialização | <input type="checkbox"/> Trabalho Apresentado em Evento |
| <input type="checkbox"/> Capítulo de Livro | <input checked="" type="checkbox"/> TCC – Graduação | <input type="checkbox"/> Outro - Tipo: _____ |
| <input type="checkbox"/> Dissertação | <input type="checkbox"/> Tese | |
| <input type="checkbox"/> Livro | | |

2. Identificação do TCC ou Dissertação:

Nome completo do autor: Tales Eduardo Alves da Silva e Victor Rubei Cirilo Braga

Título do trabalho: A MITIGAÇÃO DA NULIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3. Informações de acesso ao documento:

3.1. Concorda com a liberação total do documento?

- a) Sim autorizo;
- b) Autorizo disponibilizar meu trabalho no Repositório Digital somente após a data ___/___/___
(Embargo: Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo possui justificativa para a conclusão do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.);
- c) Não autorizo (Acesso Restrito);

3.2. Caso seja marcada as opções "b" e/ou "c" justifique:

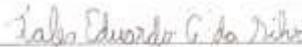
- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> Solicitação de registro de patente; | <input type="checkbox"/> Publicação da dissertação/tese em livro; |
| <input type="checkbox"/> Submissão de artigo em revista científica; | <input type="checkbox"/> Outra justificativa _____ |
| <input type="checkbox"/> Publicação como capítulo de livro; | _____ |

DECLARAÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO NÃO-EXCLUSIVA

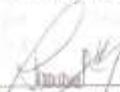
Declaro que:

- I. O documento é meu trabalho original, detém os direitos autorais da produção técnico-científica e não infringe os direitos de qualquer outra pessoa ou entidade;
- II. Obtive autorização de quaisquer materiais incluídos no documento do qual não detém os direitos de autor(a), para conceder à Faculdade Serra da Mesa os direitos requeridos e que este material cujos direitos autorais são de terceiros, estão claramente identificados e reconhecidos no texto ou conteúdo do documento entregue;
- III. Cumpro quaisquer obrigações exigidas por contrato ou acordo, caso o documento entregue seja baseado em trabalho financiado ou apoiado por outra instituição que não a Faculdade Serra da Mesa.

Utaçu/GO, 13 de dezembro de 2021.



Assinatura(s) do(s)/as autor(es)/as) e ou detentor(es) dos direitos autorais
Tales Eduardo Alves da Silva



Assinatura(s) do(s)/as autor(es)/as) e ou detentor(es) dos direitos autorais
Victor-Rafael Cirilo Braga

A MITIGAÇÃO DA NULIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tales Eduardo Alves da Silva

Victor Rithiel Cirilo Braga

RESUMO:

O ordenamento jurídico brasileiro impõe o devido processo legal através do contraditório e da ampla defesa, a todos que cometam fato típico, antijurídico e culpável, a fim de haja a justa reprimenda pelo ilícito causado, na proporcionalidade do dano causado. É o que se denomina *jus puniend* estatal e que se trata de poder-dever do Estado de perseguir o crime e puni-lo corretamente, de acordo com a casuística ocorrida. Para tanto, faz-se imprescindível que o juízo tenha em mãos lastro probatório suficiente que comprove a materialidade do fato delitivo, assim como a autoria da conduta. E nessa perspectiva verifica-se que nem sempre a parte probatória em um processo é tarefa simples, até porque existem máculas que podem atingir as provas processuais invalidando-as de tal forma que elas se tornam inúteis. Assim, a presente pesquisa bibliográfica teve como objetivo geral despertar o leitor quanto à importância da maturação do tema: admissibilidade da prova ilícita no ordenamento brasileiro, para que se demonstre que nenhuma garantia constitucional é absoluta quando em choque com outra. Buscando demonstrar quais os tipos de nulidade as provas em um processo penal podem sofrer, e quando é possível se valer deste conteúdo probatório, ainda que haja ilicitude. Como resultado verificou-se que hoje apesar da proibição constitucional quanto ao uso de provas ilícitas, há por parte dos Tribunais Superiores, verdadeira flexibilização do comando principiológico, principalmente quando se trata de meio único e inequívoco de demonstrar a inocência ou não culpabilidade de um réu, valendo-se do substrato principiológico que se denomina *In dubio Pro Reo*, o que se dá pela ponderação.

Palavras-chave: Processo penal, nulidade, provas, ilícitas.

ABSTRACT:

The Brazilian legal system imposes the due legal process through the adversary system and full defense, to everyone who commits a typical, unlawful and culpable fact, in order to have a fair reprimand for the offense caused, in the proportionality of the damage caused. This is what is called state *jus puniend* and it is the power and duty of the state to pursue the crime and punish it correctly, according to the case series that occurred. Therefore, it is essential that the court has sufficient evidence in its hands to prove the materiality of the criminal act, as well as the authorship of the conduct. And from this perspective, it appears that the evidentiary part in a process is not always a simple task, even because there are stains that can affect the procedural evidence, invalidating them in such a way that they become useless. Thus, this bibliographical research aimed to awaken the reader to the importance of maturing the theme: admissibility of illegal evidence in the Brazilian legal system, so that it can be demonstrated that no constitutional guarantee is absolute when in conflict with another. Seeking to demonstrate what types of nullity the evidence in a criminal case can suffer, and when it is possible to use this evidential content, even if there is illegality. As a result, it was found that today, despite the constitutional prohibition on the use of illegal evidence, there is today on the part of the Superior Courts, a true relaxation of the principled command, especially when it comes to a unique and unequivocal means of demonstrating the innocence or non-guilty of a defendant, using another principled command called *In dubio Pro Reo*, which is only given by weighting.

Keywords: Criminal procedure, nullity, evidence, illegal.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal se trata de matéria do Direito Público que rege o *jus puniend* estatal, no caso de cometimento de crimes, ou seja, é o ramo que institui todo o procedimento de persecução penal, que se dá por meio de normas cogentes, sendo porquanto um poder-dever estatal. E, para tanto, atualmente há uma série de limitações e garantias que precisam ser seguidas e que são impostas tanto ao constituinte e ao legislador, quanto as entidades responsáveis por essa atividade, a fim de que o processo penal seja devido (CAPEZ, 2020).

As provas no processo penal são o suporte que dão base a toda denúncia para que haja a punição pelos fatos delitivos praticados, e por isso há uma série de requisitos a serem cumpridos para que ela seja admitida em um processo. Isso se fundamenta no devido processo legal e na inadmissibilidade de provas ilícitas, que são corolários constitucionais que precisam ser cumpridos. A prova, então, atua como um elemento essencial na busca da verdade dos fatos, pois o juiz não conhece dos fatos (NUCCI, 2016).

O juiz, após verificar as provas que lhe são fornecidas, terá condições de conhecer toda a história que se desenvolveu na execução do crime, sendo ímpar a sua importância. De acordo com o dicionário Aurélio (FERREIRA, 2019, p.1560) a prova é “[...] aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; utilizada na demonstração evidente”. Isso porque, o processo devido, no âmbito penal, serve como limitador do poder punitivo jurisdicional, oportunizando o exercício de todos os direitos e garantias ao qual o acusado faz jus. O que é necessário, porque uma das principais consequências do processo penal é o atingimento do direito da liberdade individual.

Justamente por isso, o processo penal deve ser constitucionalizado, cercado de garantias e etapas indispensáveis para que ele seja considerado válido, garantindo ao réu uma maior segurança jurídica (CAPEZ, 2020). Deste modo, demonstrada a presença de mácula processual, principalmente em seu conteúdo probatório, por vezes se terá a nulidade parcial ou de todo processo. Tal fato, resulta em vícios insanáveis e insuscetíveis à convalidação, pois o processo possui algumas formalidades que jamais poderão ser suprimidas ou alteradas pela discricionariedade do juízo ou pela vontade das partes.

Nem sempre um ato defeituoso gerará nulidade ao processo, porque alguns atos não importam qualquer prejuízo processual ou as partes que o compõem, atingindo seu objetivo-fim, sendo meros atos irregulares. Em contrapartida, há aqueles que tamanha é a inobservância de elementos mínimos à sua formação, que sequer podem ser considerados existentes no mundo jurídico, como os atos inexistentes (LIMA, 2018).

Para diferenciar esses atos, verificando se são passíveis ou não de nulidade e se essa se dará da forma absoluta ou relativa, é necessário analisar sua finalidade, bem como, se ela foi alcançada. Além disso, observar-se-á os elementos que são essenciais à formação desse ato, os que lhe dão validade e eficácia.

Assim, o presente artigo tem como objetivo geral despertar o leitor quanto à importância da maturação do tema: admissibilidade da prova ilícita no ordenamento brasileiro, para que se demonstre que nenhuma garantia constitucional é absoluta quando em choque com outra. E como objetivos específicos têm-se: demonstrar o conceito de nulidade processual e demais defeitos processuais, correlacionando-os as provas ilícitas, explicar o conceito de prova, a fim de verificar os seus aspectos constitucionais, analisando se a prova ilícita pode ser admitida dentro do processo penal e, por fim, debater à interpretação jurisprudencial do Princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Isso porque, verifica-se que o Direito Processual Penal conta com diversos princípios que lhe servem como meio de alcançar um processo que respeita as garantias constitucionais. Desta forma, o modelo processual adotado no Brasil, desde que a Constituição Federal de 1988 passou a vigor, aproxima-se mais de uma feição acusatória do que inquisitorial.

Contrariamente, enquanto a Constituição Federal traz características do sistema acusatório como à aplicação dos princípios do Juiz Natural, do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa, do Contraditório e da Separação das funções de investigar e julgar, o Código de Processo Penal, elaborado na década de 40, tem ainda enfoque do sistema inquisitivo, e a maior prova é que o inquérito policial prima pela inobservância do contraditório.

Deste modo, a problemática da pesquisa reside no fato paradoxal de que a dispensa de uma prova em razão de sua obtenção ilícita afronta outros princípios fundamentais do sistema democrático que são o Princípio da Segurança Jurídica e também do *In dubio Pro Societate*, pois se privilegiaria a impunidade. Em

contrapartida, a admissão de provas sob qualquer meio levar-se-ia a autorização de verdadeira devassa na vida de um acusado, ferindo-lhes direitos fundamentais que lhes são protegidos constitucionalmente.

A escolha desse tema, então é de suma relevância, pois apesar do artigo 5º, no inciso LVI da Constituição Federal dizer expressamente que não é admitida a prova ilícita, a maioria dos doutrinadores nacionais defende um pensamento contrário, debatendo sobre a possibilidade de seu uso, ainda que de forma excepcional, para se beneficiar o réu.

Isso com o objetivo de responder a problemática abordada na pesquisa que é: É possível a mitigação do uso de prova ilícita no processo penal vigente? Quais as condições e exceções em que seria possível essa utilização sem acarretar em nulidade processual? Isso colabora com o Princípio da Verdade Real?

A presente pesquisa trata-se de uma pesquisa bibliográfica que foi realizada através de artigos científicos pesquisados no Google Acadêmico, livros físicos e legislações *online*. Escolheu-se por esse tipo de pesquisa, porque através dela é possível realizar levantamento de toda bibliografia que foi publicada a respeito do tema, proporcionando ao pesquisador o apoio necessário para realização de seu trabalho (LAKATOS E MARCONI, 1996).

Para tanto, o artigo foi elaborado valendo-se do método dedutivo, pois trata da ilicitude de provas, partindo da regra geral para ao final, abordar os casos específicos, onde a escolha desse método se faz mais adequada. “É um processo de análise de informação que nos leva a uma conclusão. Dessa maneira, usa-se da dedução para encontrar o resultado final” (LAKATOS E MARCONI, p. 120, 1996).

Além disso, a pesquisa é essencialmente qualitativa e parcialmente exploratória, pois o tema foi abordado de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência sem trazer à baila a opinião e sentimentos pessoais dos autores. Valendo-se do aspecto qualitativo porque ele tem como natureza a compreensão da complexidade sobre determinado assunto. Pois, para Lakatos e Marconi (1996, p. 156): “A pesquisa qualitativa proporciona melhor visão e compreensão do contexto do problema”. Já quanto à pesquisa exploratória optou-se pela sua escolha pela utilidade que ela possui, a fim de preencher as lacunas existentes sobre o assunto pesquisado.

Utilizaram-se como base os autores Fernando Capez (2020), Luiz Francisco Torquato Avolio (2003), Fernando da Costa Tourinho Filho (2003), Renato Marcão

(2018) e Renato Brasileiro Lima (2018), além de legislações federais e da Constituição Federal Brasileira.

Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos: onde no primeiro capítulo versou sobre o Direito Processual Penal brasileiro e sua evolução histórica. O segundo capítulo foi destinado ao conceito de nulidade processual, distinguindo-a dos demais defeitos processuais mais comuns, bem como os tipos de nulidade em espécie, dividindo-as em nulidades absolutas e relativas.

Já o terceiro capítulo abordou, em contrapartida, o conceito e explicação sobre o que é prova ilícita e os motivos de sua inadmissibilidade no atual ordenamento, em decorrência da possibilidade de nulidade processual, baseando-se nos princípios que amparam a prova. Além de tratar ainda das hipóteses em que há mitigação da prova ilícita e sua admissão no processo, em nome do princípio da verdade, debatendo três vertentes quais sejam: as provas derivadas das ilícitas, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade, o que demonstra a interligação necessária entre os capítulos do artigo e a importância da discussão sobre a admissibilidade da prova ilícita, ainda que em situações excepcionais.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E INTRODUTÓRIOS SOBRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL

Traçar um paralelo histórico do processo penal brasileiro não se faz tarefa fácil, isso porque se parte de uma cealuma cultural e social que perpassa o Brasil, e que mesclou a necessidade de um aparato legal criado pelo legislador que sirva para reger as relações sociais vigentes à época, de modo a coibir o cometimento de condutas tipificadas como crime através de um processo em que se garantisse o contraditório, e, em contrapartida, que fosse aceito e que tivesse aderência da sociedade a este regramento, pois sem adequação social de nada serve uma legislação (MIRABETE, 2021).

Ou seja, o processo penal não se instituiu enquanto área do direito apenas para corroborar com a punição daquele que se dispõe ao cometimento de condutas tipificadas como crimes ou contravenções, ele serve também como instrumento de pacificação social, coibindo tais ações, posto que impõe justa reprimenda e devido

processo legal ao infrator. Trata-se, então, de uma análise que perpassa o ordenamento brasileiro, justamente porque historicamente o Brasil tem heranças culturais que se estabeleceram desde sua colonização, que se fez através de exploração, trazendo para suas terras portuguesas e espanholas que aqui se estabeleceram (PACELLI, 2018).

Assim, apesar de o Código de Processo Penal brasileiro atual ter sido aprovado em 1941 suas nuances, direitos e fundamentos foram alicerçados muito anteriormente, trazendo traços inclusive da época da escravatura. Isso porque, muitas das garantias e vedações hoje existentes originam-se em decorrência de castigos corporais aos quais os escravos eram submetidos, onde eram comuns torturas, mortes, agressões, banimentos, enfim, uma série de barbáries que são vedadas atualmente em um Estado democrático de direito.

Por certo, inicialmente instituir uma legislação processual criminal se resumia em definir crimes, criar um procedimento padrão e aplicá-lo a todos que objetivamente a infringissem, a fim de moralizar e punir o infrator, sendo o caráter retributivo da pena suficiente para tanto, onde havendo a subsunção da conduta a norma tinha-se um delito (LOPES JÚNIOR, 2018). Mas, com o tempo percebeu-se que a função de um ordenamento criminal vai muito além disso, sendo preciso implementar políticas públicas capazes de corroborar com os valores éticos e morais vigentes, bem como de reduzir a criminalidade social, até porque o país sempre contou com precária estrutura carcerária e com grande população inserida no sistema prisional.

Porém, anteriormente a qualquer legislação o homem primitivo já se agrupavam buscando proteção coletiva, de modo que as condutas tidas como crimes eram punidas através das vinganças grupais, o que perdurou até a criação do Estado, enquanto organizador da sociedade (MARCÃO, 2018).

Com o surgimento da sociedade enquanto instituição, as vinganças pessoais foram sendo substituídas, e há época a religião era utilizada como principal limitadora social, assim as punições no caso do cometimento de crimes ocorriam em razão das divindades, o que culminava muitas vezes em sacrifícios corpóreos e de vida em oferecimento aos deuses (MARCÃO, 2018).

A primeira norma com característica processual penal que se tem notícia no mundo foi a Lei do Tabelaço que instituiu a máxima de “olho por olho, dente por dente”, O que demonstrava a imposição de castigos corporais severos aqueles que infringissem os regramentos impostos à sociedade da época, a fim de lhe retribuir na

mesma proporção o sofrimento e a dor causada (PACELLI, 2018). A priori, essa premissa surgiu com o Código Babilônico de Hamurabi em 1.770 a.C., mas se expandiu para diversos outros códigos, tendo influência, inclusive sobre o Código Imperial Brasileiro (LOPES JÚNIOR, 2018).

Além disso, a colonização portuguesa iniciou a criação da estrutura social brasileira através do patriarcado, que tem suas origens ainda em Roma, onde o homem detinha o *pater poder*, que o qualificava enquanto chefe de sua família, tendo sobre ele exclusividade no poder decisório, inclusive sobre as vidas de seus entes (MIRABETE, 2021). O patriarcalismo alicerçou-se, então, no poder que o pater detinha de subjugar, e isso se dava principalmente para com as mulheres, os escravos e os filhos da prole, alicerçando-se na legislação à época, que se apoiava e reforçava o patriarcado.

O primeiro Código de Processo Penal no Brasil foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, e veio para substituir o V Livro da Ordenação Filipina que atuava como código processual e que estava vigente desde a colonização portuguesa, e que reproduzia aqui exatamente a legislação como era em Portugal (CAMPOS, 2018). As Ordenações Filipinas eram marcadas pelo poder punitivo estatal quase que ilimitado, e não vislumbrava o indivíduo delituoso enquanto ser humano, pois eram admitidas, inclusive, penas corporais como esquarteramentos e amputações, além da pena de morte, tendo como marca juízes draconianos (CAPEZ, 2020).

A nova lei contrariamente primou pela instituição de sanções que apenas limitassem a liberdade individual de cada um, sendo que as demais penas corporais passaram a ser proibida, além disso passou a ser instituída a obrigação de trabalho diário dentro das prisões entre os presos, enquanto se desse o encarceramento (NUCCI, 2016).

No Código atual, que data de 1941, e que já sofreu diversas alterações inicialmente vigia o sistema inquisitivo, que demonstra amplo contraste a legislação de hoje justamente porque partia da presunção de culpabilidade do acusado e não distinguia as funções de julgar e acusar em pessoas diferentes. Sendo que essa separação é a principal determinação para que haja a imparcialidade ao julgador, isso porque a Lei tinha influência italiana e seguia seu regime autoritarista (MARCÃO, 2018).

Essa tendência, seguiu-se até a década de 70 quando se verificou a necessidade de que o processo penal fosse mais garantidor ao acusado, pois até

então, o processo servia muitas vezes para o cometimento de verdadeiras atrocidades contra inocentes, carecendo de mudança. Assim, introduziu-se as primeiras alterações através da Lei n.º 5.349/67 de 03 de novembro de 1967, principalmente quanto à prisão provisória, condicionando-a a requisitos restritivos taxativos necessários para a sua decretação, sendo vista em caráter de exceção (CAPEZ, 2020).

A Constituição de 1988 teve papel ímpar neste trabalho, expondo como direito de todos o tratamento digno e pautado na presunção de inocência, afirmando em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Isso porque, esta carta buscou romper com as imposições de sanções arbitrárias e desproporcionais que se instituíam primeiro por meio de vinganças particulares, posteriormente ocultadas sob viés religioso e, por fim, pelo Estado.

“Sem limites procedimentais claros e definidos, a realização prática do Direito Penal é desordenada e fonte inesgotável de injustiças” (MARCÃO, 2018, p. 57).

Algumas alterações pontuais foram sendo realizadas paulatinamente até se chegar no Código atual, que tem o Juízo de Garantias como cerne do processo penal e que foi instituído recentemente com a Lei n.º 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, e que ainda tem alguns artigos que seguem com a eficácia suspensa. Porém, é nítido que o contexto fático garantidor hoje é bastante amplo, e prima por um processo penal devido e justo, que tem um olhar humano voltado para a dignidade de todos, inclusive daqueles que estão submetidos a um processo criminal (MIRABETE, 2021).

Para Campos (2018, p. 61):

Direito processual penal é um complexo de princípios e normas que constituem o instrumento técnico necessário à aplicação do Direito Penal, regulamentando o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, por meio do processo, os institutos da ação e da defesa, além da investigação criminal pela polícia judiciária, através de inquérito policial, ou por outro órgão público, também legitimado em lei, a investigar através de procedimentos investigatórios diversos.

Assim, atualmente o processo penal não é apenas mero instrumento estatal para a persecução penal, tornou-se um todo cercado por um arcabouço de princípios garantidores, com viés constitucional a todos aqueles que se submetam ao *jus puniend* do Estado, tais quais: o devido processo legal, a presunção de inocência, a

não autoincriminação e a duração razoável do processo. Baseando-se no poder-dever estatal abstrato, genérico e impessoal.

3 O CONCEITO DE NULIDADE E DOS DEFEITOS PROCESSUAIS E SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS

Os artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal tratam do tema Nulidades Processuais, que se fazem bastantes relevantes, posto que é através do processo penal que o Estado-juiz busca a persecução penal, a fim de punir aquele que venha a infringir as normas penais materiais, impondo-lhe a pena devida no caso concreto. No direito material, verifica-se que todo aquele que comete fato típico, ilícito e culpável em lei sofrerá as respectivas sanções impostas, o que por sua vez se materializa pelo justo processo penal (CAPEZ, 2020).

Porém, esse poder do Estado em punir precisa seguir uma série de requisitos e formalidades legais, não podendo fazer-se à discricionariedade do Juízo, limitando-se através de diversas garantias e direitos que são destinadas ao acusado. Assim, a Constituição Federal, Lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, traz um arcabouço principiológico atribuído ao processo penal que embasam toda atuação estatal. Insta salientar, que há também outras legislações infraconstitucionais e especiais que coadunam a esse entendimento e legislam sobre o tema, garantindo a máxima eficiência na aplicação de sanções em busca da coerção penal.

O processo, então, exige uma atividade típica estatal, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador e que se destina as autoridades competentes, limitando tal atuação. Dessa maneira, “[...] os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo esse modelo legal” vigente e predeterminado (LIMA, 2018, p. 1597).

[...] o processo, segundo determinado enfoque pode ser visto como um conjunto de formas, e o afastamento destas formas é que dá causa às nulidades. Isto porque ‘as formalidades do processo, mais do que um embaraço, constituem, em realidade, uma preciosa garantia para a defesa do direito das partes (NUCCI, 2016, p. 986).

Essas formas previstas em Lei tornam o ato processual típico, destarte quando

não seguidas as formalidades poderá haver defeito no ato produzido, que a depender do grau de intensidade de vício tem como consequência a nulidade de todo processo (LIMA, 2018). Pois, para ser considerado um ato processual perfeito, este ato precisa estar previsto em Lei, amoldando-se a ela, porém quando se desrespeita a legislação, o ato poderá ser nulo, “[...] daí falar-se em tipicidade do ato processual” (MARCÃO, 2018, p. 1069).

Em regra, pelo Direito Processual Civil subsidiariamente utilizado no Processo Penal, há quatro grupos de defeitos que podem macular o processo quais sejam: as meras irregularidades, as nulidades absolutas, as relativas e o ato inexistente. Para compreender cada um desses defeitos é necessário considerar os três planos distintos que um ato jurídico pode ter para ser completo, que são a existência, a validade e a eficácia, pautando-se na Escada Ponteana, de Pontes de Miranda (NUCCI, 2016).

Assim, as irregularidades são defeitos de relevância ínfima que não carecem de nulidade, e que apenas desobedecem aos aspectos formais infraconstitucionais, atingindo ainda assim o seu objetivo fim, de modo a não gerar qualquer prejuízo (CAPEZ, 2020). Este tipo de ato é existente e válido, não somente por alcançar sua finalidade precípua, mas principalmente porque a formalidade desatendida não se fazia essencial a sua própria existência, o que não afeta de qualquer modo a sua validade.

Para Lima (2018, p. 1599):

São dotados de irregularidades sem consequência, ou de irregularidades que acarretam tão somente sanções extraprocessuais [...] é aquele que possui vício de menor gravidade entre todas as imperfeições, [...] pela inobservância de regra não relevante para validade do ato.

O ato inexistente, por sua vez, é aquele que possui um defeito tão grave que este afeta até sua existência fática, sendo “[...] um não ato” (CAPEZ, 2020, p. 704), o que faz com que ele não precise ser desconstituído ou anulado, pois para que isso ocorresse ele precisaria primeiramente existir, o que não houve, então, é preciso sim que ele seja desconsiderado.

Aqui, falta algum elemento que é essencial ao ato, fazendo com que ele nem “ingresse no mundo jurídico”, “[...] não se discute a validade/invalidade, pois a inexistência constitui um problema que antecede qualquer consideração sobre o plano de validade” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 937).

É, na verdade, um mero fato em que “[...] a violação ao devido processo legal é tão absurda que acarreta a própria inexistência do ato jurídico” (LIMA, 2018, p. 1599). Para Marcão (2018, p. 937) “o ato inexistente acarreta, portanto, nulidade absoluta”, a ser decretada por sentença judicial declaratória de inexistência, opinião da qual coaduna Lima, porém da qual Capez e Lopes Júnior em suas obras discordam.

Ressalva-se que apesar de parecer desnecessária essa decretação, na prática ela se faz indispensável, pois um ato, apesar de ser inexistente, poderá produzir efeitos e ter aparência de ser válido, exigindo-se medidas que busquem sua inexistência com efeitos *ex tunc*, sob a possibilidade de continuar como existente, válido e eficaz.

Esse tipo de vício não se convalida nunca, podendo ser reconhecido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, caso em que se usará a ação rescisória para desconstituir o ato viciado (LIMA, 2018). Este ato poderá ter inexistência material ou jurídica, conforme expõe Marcão (2018), sendo que a primeira decorre da não feitura de ato ou fase processual essencial, já no segundo vício tem-se sua realização, porém em desatendimento grave à legislação.

Neste contexto, surgem as nulidades que são espécies do gênero defeito processual e que podem ter diversas consequências dentro do processo, a depender de seu tipo, do momento processual, do sujeito que lhe deu causa e do prejuízo causado isoladamente e ao processo como um todo. Ou seja, varia pela casuística concreta. Assim, as nulidades podem ser conceituadas, via de regra, como vícios e imperfeições processuais decorrentes da inobservância de exigências legais constitucionais ou infraconstitucionais capazes de invalidar o processo como um todo ou em parte, a depender do tipo.

As nulidades podem atentar contra o interesse público ou particular, a depender de seu tipo, estando sujeitas a declaração de nulidade que as tornarão sem efeitos regulares. Para Marcão (2018, p. 1070) a “nulidade é a sanção ou consequência jurídica, que decorre do descumprimento de regra de direito”, ou seja, o ato quando é nulo não observa modelo tipificado em Lei ou não possui requisito necessário à sua prática.

As nulidades são “[...] passíveis de decretação de ineficiência”, posto que “[...] são juridicamente existentes e produzem seus efeitos regulares enquanto não

declaradas sua nulidade”, que terão seus efeitos *ex tunc*, retroagindo até a sua criação (MOSSIN, 2005, p. 1074).

São classificadas em absoluta ou relativa conforme sua natureza jurídica, e as principais distinções entre estas estão na hierarquia da Lei desobedecida no processo, em consonância ao prejuízo que o seu não cumprimento causará efetivamente, sendo que se houver algum prejuízo de natureza grave torna-se necessário à nulidade do ato, em regra.

Diversas são as críticas doutrinárias a respeito dessa divisão conforme cita Capez (2020), pois há algumas nulidades que a Constituição Federal aponta como absoluta e que são tratadas pela lei infraconstitucional como relativas, gerando instabilidade e insegurança jurídica ao réu, que fica à mercê da interpretação do juízo, casuisticamente.

Em contrapartida, para Nucci (2016, p. 932):

[...] o que se vem fazendo é transferir determinadas situações processuais, antes tidas como de prejuízo nítido, para o campo dos atos processuais cujo prejuízo é sujeito à comprovação. Assim, o conceito de nulidade absoluta fica inalterado. Muda-se, no entanto, a classificação do ato processual, transformando-o de absolutamente viciado em relativamente falho.

Essa relativização se dá quando o caso admite outros princípios, com vieses igualmente constitucionais, valendo-se da proporcionalidade, de modo que esses “[...] podem ser utilizados para contrapor a inobservância de regra constitucional, havendo a harmonização das normas e dos princípios, sem que um seja considerado superior a outro” (NUCCI, 2016, p. 933). É o que se denomina ponderação entre os princípios aplicáveis ao caso concreto.

Já as nulidades relativas são distintas, por serem aquelas que têm infringência à norma infraconstitucional, sendo prejudicial apenas à parte, devendo essa demonstrar o seu efetivo prejuízo para arguição da nulidade, sob pena de preclusão do momento oportuno e dela se convalidar com o tempo, tornando-se válida desde a sua origem.

Aqui, “[...] o prejuízo causado pelo desatendimento da regra de direito não é tão grave, daí porque caberá à parte interessada alegar e provar sua existência” sobpena de que o decurso temporal o convalide e torne o ato plenamente válido (MOSSIN, 2005, p. 1072).

Apesar de costumeiramente a doutrina enfatizar que compete às partes a

arguição de nulidade relativa, entende-se que ao juízo também caberá declará-las de ofício se as verificar, porque é dever do magistrado promover à regularidade do processo. Porém, esse posicionamento ainda está em debate após as alterações que o processo penal sofreu com o Pacote Anticrime em 2019 e a criação do Juízo das garantias, em que a nítida separação de papéis dos personagens processuais, afim de que o magistrado seja verdadeiramente imparcial.

O artigo 572 do Código de Processo Penal trata das características desse tipo de nulidade, que são bastante distintas da nulidade absoluta. Porquanto, convalidar-se-ão as nulidades relativas:

- se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;
- se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;
- se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos” (BRASIL, 1941).

Essas características decorrem de princípios relacionados à Teoria das Nulidades, onde o inciso I refere-se ao Princípio da Convalidação do ato, enquanto o inciso II mescla o Princípio da Eficácia dos atos processuais, o da Boa-fé e o da Instrumentalidade dos atos processuais e o III refere-se também ao Princípio da Convalidação e da Conservação dos atos Processuais.

O Princípio da Convalidação traz que ainda que viciado um ato pode se tornar válido, a palavra convalidar tem como significado “[...] remover o defeito, remediar a falha, sanear o vício” (FERREIA, 2019), com a finalidade de que um ato processual inicialmente imperfeito possa ser considerado válido a produzir os efeitos legais. Via de regra, o princípio é cabível somente às nulidades relativas.

Porém, o ato absolutamente nulo não pode ser saneado ou convalidado a qualquer tempo, já os relativos sim. Sendo diversas as causas de convalidação, tais quais: o suprimento de omissões, a ratificação do ato, a preclusão temporal e a lógica, a prolação de sentença, entre outros (LIMA, 2018).

O Princípio da Eficácia, no direito processual, traz que o descumprimento da forma estabelecida em Lei poderá levar a ineficácia do ato processual. No sentido de que, a nulidade não é espontânea, estando condicionada à existência de uma manifestação judicial, que indique não apenas a atipicidade do ato, como também o não alcance de sua finalidade e o prejuízo às partes.

O Princípio da Boa-fé ou da Lealdade está previsto na primeira parte do artigo

565 do Código de Processo Penal e afirma que: “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse” (BRASIL, 1941).

Aqui, não é necessária a comprovação da má-fé com dolo pela parte em causar a nulidade, para dela se beneficiar. Apesar de a Lei não ser explícita, verifica-se que havendo as circunstâncias em que a parte agiu com mera culpa sendo negligente, por exemplo, utiliza-se esse princípio (CAPEZ, 2020).

Este princípio rege-se pela ordem pública, não se aplicando às nulidades absolutas. Como o interesse do tutelado é de caráter público, quaisquer das partes podem arguir o vício, mesmo quando concorrer para sua existência (MARCÃO, 2018). Resumidamente, o Princípio da Lealdade impede qualquer prejuízo que possa ser causado às partes, em decorrência da prática de má-fé processual e da má prática processual, punindo a parte que corroborar com estas condutas.

Conforme o Princípio da Instrumentalidade das formas não se anula um ato, ainda que realizado em conflito com a forma legal, se este alcançou o seu fim, posto que a razão pela qual a forma foi instituída fora alcançada, não sendo um fim em si mesma (LOPES JÚNIOR, 2018). A forma prevista visa proteger algum interesse ou atingir determinado fim, por isso antes de ser decretada a ineficácia do ato processual praticado em desacordo com o modelo típico, há de se verificar se o interesse foi protegido ou se a finalidade do ato processual foi atingida, caso sim não há motivo para se decretar a nulidade do ato processual (CAPEZ, 2020).

Não tem sentido declarar nulo um ato inofensivo, sem qualquer influência no deslinde da causa, apenas por excessivo apego ao formalismo. Como exemplo tem-se a sentença que não tem relatório, mas na qual o juiz analisou todas as teses de acusação e de defesa, porquanto ela fora praticada em desacordo com a norma atingiu seu fim, não podendo ser declarada nula.

Já o Princípio da Conservação dos Atos Processuais tem como objetivo a mitigação do Princípio da Causalidade, visando racionalizar o processo. Isto posto que lhe é reverso, porque a causalidade predispõe que quando declarado nulo um ato processual, todos que com ele guardam relação de causa serão contaminados, sendo nulos por conseguinte (LIMA, 2018). Por sua vez, pelo Princípio da Conservação dos Atos Processuais, entende-se que é preciso preservar a validade dos atos que não tenham dependência com aquele que fora declarado inválido.

Independentemente do tipo de nulidade, há consenso de que se faz necessária

à decretação de nulidade através de decisão judicial, assim sua ineficiência não decorrerá automaticamente da verificação de algum vício, e enquanto não declarado nulo o ato continuará produzindo efeitos regularmente, como se fosse perfeito.

3.1 Das nulidades relativas em espécie

Quando há previsão expressa de que determinado ato processual deve ser praticado cumprindo certos requisitos, diz-se que este é um ato formal, sendo a formalidade um requisito essencial para resguardar interesses de ambos polos do processo. Deste modo, a não observância desta formalidade poderá acarretar prejuízos, sendo portanto, passível de anulação.

Isso de acordo com o artigo 563 que cita: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, 1941). Observando que tais nulidades dizem respeito mais a uma das partes do que à coletividade, deverá ser provado o efetivo prejuízo a esta, para que o ato seja invalidado. Para tanto, o vício deverá ser arguido em momento oportuno, pois passado este, ocorrerá a preclusão e o ato tornar-se-á válido.

Ocorrerá também a validade do ato, quando este mesmo passível de anulação, atingir sua finalidade, desde que não cause ônus as partes, conforme predispõe o artigo 572, do Código de Processo Penal.

O doutrinador Renato Marcão (2018) ao abordar as hipóteses de nulidade relativa e de sua convalidação, aponta a combinação dos artigos 564 e 572 do Código de Processo Penal. De modo que, haverá nulidade relativa nos seguintes casos previstos no referido artigo 564:

- 1) Por ausência de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública, (art. 564, III, *d*);
- 2) Por ausência de concessão de prazo legal à acusação e à defesa para que possam praticar, respectivamente, os atos que a cada um competir (art. 564, III, *e*, segunda parte);
- 3) Por falta de intimação do réu para a seção de julgamento, pelo tribunal do júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia (art. 564, III, *g*);
- 4) Por falta de intimação das testemunhas arroladas para oitavo no plenário do júri, nos termos estabelecidos pela lei (art. 564, III, *h*) cumprindo aqui reiterar que, a partir da reforma introduzida pela Lei n. 11.689/2008, já não há mais libelo e contralibelo, e o momento para arrolar testemunha é aquele

tratado no art. 422 do CPP;

5) Por omissão de formalidades que constitua elemento essencial do ato (art. 564, IV) (MARCÃO, 2018, p. 1088-1089).

Seguindo o raciocínio do ilustre doutrinador, de forma geral, a alínea “d” do referido artigo, em seu inciso III, especifica a ocorrência de nulidade por ausência de atuação do *Parquet*, nos casos de Ação Penal Privada subsidiária da Pública, bem como nas ações por ele intentada de natureza pública. Contudo, conforme dito *alhures*, quando não alegada no prazo legal, a falta de intervenção do Ministério Público poderá ser sanada.

Outra hipótese de nulidade relativa pode ocorrer pela não observância dos prazos legais, que devem ser concedidos para que as partes se manifestem no processo, posto que a ausência de concessão de prazo legal devido, havendo prejuízo para a parte, configura o cerceamento do contraditório da acusação ou da ampla defesa.

A falta de intimação do réu para que este possa participar das audiências e acompanhar a produção de provas é também causa de nulidade relativa, mesmo que este exerça seu direito ao silêncio, pois tem ele o direito de saber que a sessão se realizará. O comparecimento do seu defensor não supre a necessidade da citação pessoal do réu, o que deve ser suscitado antes das alegações finais, sob pena de preclusão. Uma vez citado e este não comparecendo, o julgamento ocorre sem o mesmo não configurando prejuízo, porém comparecendo a audiência sem a devida intimação, supre-se a falte desta.

Poderá ocorrer também, nulidade relativa pela falta de intimação das testemunhas arroladas, em obediência ao disposto no artigo 422, do Código de Processo Penal, que expõe:

Artigo 422: Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência (BRASIL, 1941).

Desta forma, sendo solicitada à intimação das testemunhas, caso esta não ocorra, o júri estará prejudicado, e caso a sessão ocorra, portanto será passível de anulação, havendo demonstração do prejuízo. A inobservância das formalidades

legais para a realização dos atos processuais também acarreta nulidade relativa, pois estes devem ser realizados conforme estipula o Código de Processo Penal, assim sendo, se qualquer das partes praticar ato em desrespeito a forma legal, e tal formalidade for essencial para a sua validade ocasionando prejuízo a uma das partes, a nulidade deve ser reconhecida (MARCÃO, 2018).

4 AS PROVAS PROCESSUAIS PENAIS

O processo penal aparece como instrumento do poder estatal para punição daqueles que cometem atos ilícitos, tipificados em Lei como delitos. Para tanto, como o processo penal brasileiro apoia-se no sistema acusatório é preciso que as partes sejam livres para produzir as provas necessárias para comprovar a ocorrência de um fato ilícito, através de sua materialidade. Porém, isso não se faz direito absoluto tendo suas limitações nas legislações constitucional e processuais.

Assim, a constituição de provas no processo penal é um trabalho pautado na sociedade atual e no sistema jurídico brasileiro, justamente por isso a nulidade da prova ilícita e todas dela decorrente se fazem proibidas constitucionalmente, acarretando inclusive nulidade processual, caso o processo prossiga e se ampare nessas provas (MARCÃO, 2018).

O conceito de prova não é uníssono na doutrina, mas não há maiores divergências no Código de Processo Penal, onde a concepção e as características das provas estão previstas nos artigos 155 a 157 da referida lei. Assim, as provas são elementos que se fazem indispensáveis ao processo penal, a fim de que o juiz tenha acesso aos elementos necessários para julgar o caso, baseando-se atualmente na busca da verdade, através do seu livre convencimento motivado.

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade (LIMA, 2018, p. 102).

A busca da verdade também conhecida como princípio da verdade material,

tem como definição por Avolio (2003, p. 34) como “poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria”. Para Fernando Capez (2020, p. 344) o “objeto de prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa” e uma sentença justa e acertada.

“Houve um tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor que o acusado pode saber se é ou não culpado (MARCÃO, 2018, p. 530). Porém, hoje não é esse mais o entendimento majoritário, sendo que a confissão é apenas mais um tipo de prova a ser valorado e, inclusive, exige-se contraditório sobre esta.

A prova é fonte de informação e conhecimento, e se caracteriza por diversas fontes admitidas em lei não havendo forma fixa, mas apenas diretrizes e moldes legais, e seguindo esses preceitos ela serve para auxiliar o juiz em seu convencimento.

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação (CAPEZ, 2020, p. 345).

Enquanto o processo penal é o instrumento estatal para devida punição delitiva, a prova é o meio pelo qual se busca reconstruir os fatos delitivos ocorridos da forma mais fidedigna possível, em busca da verdade material, possibilitando essa punição (LOPES JÚNIOR, 2018).

A prova busca, então, reconstruir o passado, projetando-se ao futuro, justamente porque é por meio dela que se subsidiará a imposição de uma pena, caso haja concretude na autoria e na materialidade delitiva. Ou seja, a prova é utilizada para atividade recognitiva do juiz, dando-lhe condições reais para julgar, a partir de seu convencimento, dizendo o direito no caso concreto, em nome do Princípio do livre convencimento motivado, que é imposto ao juízo constitucionalmente (LOPES JÚNIOR, 2018).

A importância das provas está na verdade processual que é indutiva, e como tal tem valor de uma hipótese probabilística, pois um mesmo conjunto de observações e dados historiográficos podem admitir diversas explicações distintas (AVÓLIO, 2003).

Além disso, as provas servem de limite à subjetividade do juiz, na busca da verdade, através do conhecimento judicial dos fatos que se tem acesso, aproximando-se da relação fática real ao máximo.

O termo prova vem do latim *probatio* e o autor Fernando Capez (2020) traz três dimensões distintas deste termo: o primeiro diz respeito aos diferentes elementos de juízo produzido pelas partes, a fim de estabelecer no processo à existência de certos fatos, correlacionando-se a atividade probatória. Já a segunda dimensão, entende que o termo abarca a função de provar algo, cabendo ao autor fornecer os elementos de juízo ou produzi-los para determinar a exatidão dos fatos, sendo meio de prova (CAPEZ, 2020). E por fim, na terceira dimensão significa dizer o estado do juiz em relação aos elementos juntados aos autos, sendo assim, resultado da atividade probatória.

O artigo 155 do Código de Processo Penal afirma que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Isso porque ao juiz, baseando-se no seu conhecimento e fundamentando-se em quaisquer das provas existentes no processo caberá decidir, mas não livremente sem atenção aos elementos de convicção trazidos aos autos, posto que sua atuação probatória é limitada e remanescente no sistema acusatório, senão seria o regime adotado inquisitório, e haveria instabilidade e segurança (LIMA, 2018).

A prova é uma reconstrução histórica subjetivo-objetiva que tem por escopo demonstrar as razões e a dinâmica do fato passado, isso, com objetivo de demonstrar a verdade. Os princípios balisares que subsidiam as provas no processo penal são: o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, a comunhão de provas e a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Porquanto, é justamente por isso que não são admitidos todos os tipos de provas dentro de um processo penal, podendo o juiz vedar as ilícitas e as dela derivadas, as irrelevantes, as meramente protelatórias e as impertinentes.

4.1 Hipóteses de cabimento das provas ilícitas conforme a lei, a doutrina e a jurisprudência

A inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro baseia-se numa evolução do direito punitivo estatal, surgindo como uma garantia ao acusado, a fim de corrigir atrocidades comuns na Idade Antiga e Idade Média, quanto à produção probatória. Posto que, nessa época o acusado de um crime era submetido à tortura e multilações corpóreas para confessar algo, que muitas vezes sequer tinha conhecimento, quicá autoria, e todo esse procedimento era admitido e validado pelo ordenamento vigente.

A confissão era e foi por muito tempo, então, a rainha das provas, sendo obtida a qualquer custo, ferindo todos os direitos que um indivíduo possuía enquanto ser humano. Não havia devido processo, direito ao silêncio, proibição de penas corpóreas ou qualquer restrição quanto à admissibilidade de provas ilícitas ou ilegítimas, ou ainda quanto aquelas que essas fossem obtidas por meios ilícitos ou deles derivado (CAPEZ, 2020).

Com a evolução do ordenamento jurídico mundial e brasileiro, tornou-se inadmissível que alguém se sujeitasse ao poder estatal sem que houvesse um processo penal devido, em que ao réu era garantindo real oportunidade de ampla defesa e do contraditório, a fim de contrapor toda e qualquer alegação que houvesse no processo.

Isso ocorreu principalmente após o período ditatorial no Brasil, em que se seguiu com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, e que trouxe como um princípio expreso a Inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, baseando-se na Dignidade da Pessoa Humana, pilar da República Federativa do brasileira.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

Em decorrência dessa transformação sob a ótica probatória no processo penal, a confissão se tornou apenas mais uma prova a ser avaliada, juntamente com todo

conteúdo probatório, reduzindo-se as torturas e violências que até ali ocorriam, para se obter a todo custo a confissão.

Deste modo, passou-se a entender por essa perspectiva, que o juiz precisava ser imparcial, isento de qualquer conteúdo de opinião, devendo autorizar a produção de provas no processo, porém dentro de seus limites legais (LIMA, 2018). Já às partes cabem essa produção de provas, através dos meios legais disponíveis, sob pena de ensejar a nulidade da prova processual em si, de todas que dela decorrerem e até mesmo de todo processo, há depender do grau de contaminação que a prova tenha.

Assim, se de um lado a inadmissibilidade de provas ilícitas surgiu como uma garantia ao acusado, um imbróglio jurídico surge quando ela é a única forma de provar a sua inocência, justamente porque a vedação e inadmissibilidade de provas ilícitas não trouxe exceções, ainda que em leis infraconstitucionais. Por certo, sabe-se que não há princípio, ainda que constitucional, que seja absoluto, mas quando a lei não traz aparato para aplicabilidade de algum instituto a atividade jurisdicional fica totalmente discricionária e a mercê de uma análise subjetiva.

Paradoxalmente é intolerável que um indivíduo perca sua liberdade quando o conteúdo probatório está há seu favor, ainda que ilícito, pois abrir-se-ia mão de princípios relevantes como a proporcionalidade e ponderação. Da mesma forma, é inadmissível que quando se tenha uma única prova que se faça ilícita, mas que pode provar a autoria e materialidade do fato delitivo, ela seja totalmente desconsiderada, e o réu não seja condenado, em decorrência do *in dubio pro societate* (CAPEZ, 2020).

É certo que, para se valer da prova ilícita, em qualquer dos casos, é preciso limitar seu uso, em nome da democracia, da segurança jurídica e ainda da justiça. Portanto, essa análise se justifica porque apesar de ser proibida, em alguns casos, a prova ilícita precisa ser considerada, ainda que se sacrifiquem alguns direitos individuais como a privacidade, a honra, entre outros, principalmente quando isso se der em detrimento à liberdade do ser humano. Além disso, é ímpar enfatizar que não haveria prejuízos na admissibilidade de provas ilícitas, pois essa apenas seria aceita em nome e benefício do réu (MIRABETE, 2021).

Assim, se de um lado existem correntes favoráveis à flexibilização da prova obtida de forma ilícita, há também aqueles que condenam a justiça a qualquer custo. Deste modo, é preciso que progressivamente tal discussão ganhe espaço no mundo jurídico, através da olhística de que não existe princípio fundamental absoluto, e que através da ponderação deve-se verificar se realmente é necessário rechaçar a prova,

casuisticamente.

Ampliando a discussão o Código de Processo Penal traz em seu artigo 157 que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Ou seja, além das provas ilícitas são também proibidas e tidas como ilícitas aquelas que derivam dessas primeiras provas, é o que se conhece doutrinariamente por Teoria do fruto da árvore envenenada ou ilicitude por derivação, que macula todo o processo penal ou todas as provas que derivem de uma que seja ilícita, ampliando severamente as consequências do uso da prova ilícita.

Porém, de acordo com Tourinho Filho (2003, p. 4567) diferentemente é caso as fontes façam-se independentes:

[...] se a despeito de ter havido prova ilícita existirem outras provas autônomas e independentes e que por si sós autorizam um decreto condenatório, não há cuidar de imprestabilidade da prova. A ilicitude de uma não contamina a outra, se esta, óbvio, tiver origem independente.

Essa derivação ocorre sempre que uma prova ainda que lícita não puder ser obtida de outra forma ou por outra fonte independente que não seja aquela ilícita, ela também será tida como ilícita, e conseqüentemente precisará ser desentranhada dos autos, ainda que seja a única prova cabal para acusação ou defesa, de acordo com o Código vigente.

Art. 157, §1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (BRASIL, 1941).

Porém, hodiernamente os Tribunais Superiores têm admitido o uso de provas ilícitas em favor do acusado, indo de encontro ao comando legal, de modo que essa prova passa a não ser “[...] irremediavelmente desprezível em todo e qualquer caso” (MARCÃO, 2018, p. 634). Tratando-se de verdadeira mitigação ao princípio da não utilização de prova ilícita, baseando-se justamente na Dignidade da Pessoa Humana e na ponderação dos princípios, sempre que colidentes os interesses e não houver outra forma de proceder.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que as nulidades existem no processo penal para garantir às partes o respeito ao formalismo processual e aos princípios bases, proporcionando que haja um processo devido, correto, efetivo, obedecendo o contraditório, a ampla defesa, durante o *jus perseguendi*, para que seja imposta a pena devida como sanção. Faz-se necessário tais previsões legais neste sentido, para que não só o acusado, através de seu direito a defesa, mas também a acusação, não estejam à mercê da discricionariedade do juiz, e que o processo não seja conduzido desrespeitando-se direitos e garantias indispensáveis ao processo penal.

Para tanto, as partes do processo, inclusive o juiz, devem respeitar as formalidades processuais, sob pena de anular os atos que não estejam em conformidade com as normas legais, aniquilando seus efeitos. O Código de Processo Penal prevê as nulidades justamente para garantir o cumprimento do que preconiza a Lei, sob pena de nulidade.

A nulidade aparece, então como vício, conforme doutrina minoritária ou como sanção, sob enfoque majoritário, capaz de invalidar todo o processo ou algum ato processo específico, a depender de sua natureza. Lembrando-se que para a alegação da nulidade e sua decretação, deve haver prejuízo para qualquer das partes ou ao processo como um todo, sendo esse o entendimento dos Tribunais, ainda que seja de natureza absoluta a nulidade em questão.

É relevante salientar que as nulidades devem ser decretadas em juízo, porquanto não perderão seu efeito sem essa decisão. Além disso, elas precisam ser reclamadas em momento certo, quanto a nulidade relativa, e a qualquer momento, quanto a nulidade absoluta, apesar de que essas últimas possuem também restrição temporal, não podendo perdurar *ad eternum*, o que feriria não apenas a segurança jurídica o Princípio do *In dubio pro reo*.

Verificou-se divergências doutrinárias inclusive na classificação de algumas nulidades, enquanto relativa ou absoluta, sob o manto constitucional e processual, isso se dá devido à complexidade do tema e a tênue linha que as separa, deixando a análise bastante casuística ao prejuízo, que é o pilar das nulidades. Portanto, percebeu-se a necessidade de as partes obedecerem às regras processuais integrantes do processo criminal, para que se alcance o "*jus puniendi*" de forma justa,

garantindo a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Porém, devido aos diversos vieses que esse tema apresenta há de se usar a ponderação e a razoabilidade, a fim de se evitar que o processo se delongue sem necessidade, por conta de apego exacerbado ao formalismo.

Partindo dessa premissa verificou-se que a ilicitude de uma prova nem sempre ensejará a nulidade de todo o processo, sendo que muitas vezes apenas aquela prova tida como contaminada será extraída dos autos e inutilizada, seguindo-se com as demais provas existentes, o que não gera maiores debates. Porém, quando se trata de um conjunto probatório decorrente de prova ilícita, e que por sua vez torna-se ilícito por derivação, o assunto torna-se mais complexo.

Isso porque, se de um lado tem-se essa vedação quanto ao uso de prova ilícita, por outro sabe-se que não há princípio absoluto, e que é necessário haver ponderação, principalmente quando se tem envolvido o direito de liberdade do acusado, que pode ter na prova ilícita o único meio de demonstrar sua inocência. Tanto que, assim tem sido o posicionamento dos Tribunais Superiores no bojo do processo penal, mitigando e muitas vezes anulando o regramento legal *in dubio pro reo*.

Já quando a prova ilícita for utilizada contra o réu, buscando sua condenação, tem-se percebido que não há maiores flexibilizações quanto ao princípio da vedação do uso de provas ilícitas, e apesar de muitos doutrinadores entenderem que isso coaduna com a concretização de injustiças e que deveria vigorar o *in dubio pro societate*, não é o que ocorre na prática.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônicas, ambientais e gravações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Penal** – Decreto Lei nº 3.689 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del3689.htm
Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF – Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
Acesso em: 03 de março de 2021.

CAMPOS, Walfredo Cunha Campos. **Curso Completo de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de Pesquisa**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 6ª Ed. Rev., Amp. e Atul. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso De Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. 3ª Ed. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANEXO XIV

DECLARAÇÃO DE AUTORIA DO TRABALHO

Alunos: Tales Eduardo Alves da Silva e Victor Rithiel Cirilo Braga

Disciplina: Trabalho de Curso II

Professora orientadora: M^a. Isabel Cristina Gonçalves Oliveira

Semestre: 10^o Período

Título do Trabalho: **A Mitigação da Nulidade pelo uso de provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro.**

Declaramos que o presente trabalho é de nossa autoria e que estamos cientes da definição de plágio, de acordo com o Regulamento desta IES, que prevê a penalidade contra o plágio, a reprovação na Disciplina Trabalho de Curso I ou II.

Uruaçu, 20 de novembro de 2021.



Assinatura do Acadêmico



Assinatura do Acadêmico