

DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

1. Introdução

- A disciplina das nulidades destina-se a conferir ao processo penal um **sistema de tipicidade de formas**. Com isso, os atos processuais devem obedecer ou se ajustar a determinadas formas estabelecidas no CPP.
- **Gustavo Badaró**: "A tipicidade das formas é uma garantia para as partes e para a correta prestação jurisdicional. As partes ficariam profundamente inseguras se, ao praticarem um ato processual, não soubessem se este seria eficaz ou ineficaz, ficando a produção ou não dos efeitos ao mero capricho do juiz. Por outro lado, havendo um modelo a ser seguido, as partes saberão que, se o seguirem, inevitavelmente, o ato será eficaz, produzindo seus efeitos normais. O que se deve impedir é o 'feitichismo formalista' que prejudique a própria substância dos atos".
- **Pimenta Bueno** (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*): "As formalidades dos atos e termos do processo são frutos da prudência e razão calma da lei. É de muita importância que a luta que se estabelece entre o acusado e o Poder Público não sofra outra influência ou direção que não seja a dela. (...) Se o processo criminal fosse entregue à vontade dos tribunais, a justiça marcharia sem rumo certo, ao acaso ou discricção dos juizes. Não haveria acusação e defesa possível senão a que eles consentissem; em vez de sujeitos às leis, eles as decretariam. Suprime as formas, e respondei que processo resta? Quais os meios conservadores dos direitos?".

2. Espécies de atos processuais

- **Uma classificação que considera a relação entre a gravidade do defeito processual e a sua consequência:**

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

- **Atos perfeitos:** são aqueles que observam totalmente a forma prevista em lei, sendo, portanto, atos típicos.
 - **Atos meramente irregulares:** são atos que violam formalidades menos relevantes e, como não geram nenhum prejuízo, são válidos e eficazes.
 - **Atos nulos:** são atos que não observam formalidades relevantes e, a depender do prejuízo causado, embora existentes, podem ser declarados nulos e ineficazes.
 - **Atos inexistentes:** são atos com defeitos tão graves que, por isso, não são considerados atos processuais propriamente ditos, não podendo, portanto, serem convalidados.
-
- **Fim de 2023:** no STJ, são encontrados mais de 500 acórdãos e mais de 6 mil decisões monocráticas que adotam a expressão mera irregularidade. Nem todas as decisões que reconhecem uma "mera irregularidade" são equivocadas, mas o quantitativo denuncia uma **tendência de relativização** dos defeitos processuais.
 - **Ricardo Jacobsen Gloeckner:** "A 'mera irregularidade' vem se expandindo e limitando a declaração de invalidade com a posterior nulificação do ato. Por uma razão de eficiência do sistema persecutório e como categoria autônoma, sua 'função positiva' acaba por se expandir para absorver determinados grupos de atos processuais, não mais se limitando a servir como não-declaração de nulidade".
 - **Algumas decisões sobre "mera irregularidade":**
 - "A apresentação tardia das razões do recurso de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, não configurando sua intempestividade" (STJ, AgRg no REsp 1.904.626, Rel. Min. Messod Azulay, 5ª Turma, j. 28.08.2023).
 - "A simples falta de assinatura do perito criminal no laudo definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular o exame toxicológico" (STJ, AgRg no REsp 1.990.345, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 20.06.2023).
 - "A ausência de assinatura do réu no depoimento realizado em solo policial não inquina todo o feito penal, tratando-se de mera irregularidade que em

nada aproveitaria ao agente a sua anulação" (STJ, AgRg no AREsp 1.814.289, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 02.05.2023)

- **Jurisprudência sobre ato inexistente:**

- "O erro na intimação da defesa torna o ato inexistente, constituindo nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido" (STJ, HC 212.928, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª Turma, j. 01.10.2015).
- Decisão não assinada é ato inexistente. Não passa de uma folha de papel com um texto impresso, ao qual é impossível atribuir qualquer eficácia jurídica. A hipótese de inexistência do ato não admite convalidação, uma vez que a única forma de sanar o defeito seria que fosse novamente praticado. Porém, essa nova prática não gera efeitos retroativos, ante a ausência de efeito jurídico mínimo que possa ser aproveitado do ato inexistente" (STJ, AgRg no AREsp 85.452, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 25.02.2014).
- "Esgotada a jurisdição pela prolação da sentença, é defeso ao magistrado lançar novo édito, salvo em sede de embargos de declaração. Na hipótese de proferir o Juiz nova decisão após a sentença de mérito, o segundo decisum é ato inexistente, sem qualquer validade jurídica, podendo os seus efeitos serem afastados pelo Juízo de Segundo Grau sem que tal providência importe em reformatio in pejus" (STJ, REsp 164.877, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 14.09.1999).

3. Nulidades

- A expressão **nulidade** pode servir tanto para identificar a nulidade como uma sanção processual para o ato processual defeituoso como também para caracterizar o ato processual defeituoso.
- Embora o CPP não faça distinção, doutrina (e, em alguma medida, a jurisprudência) divide as nulidades em **absolutas relativas**.
- **Nulidade absoluta:** 1) ocorre a violação de uma norma que protege um interesse público; 2) o juiz pode declarar de ofício ou a pedido da parte; 3) presume-se o prejuízo; e 4) o vício não pode ser convalidado pela preclusão.

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

- **Nulidade relativa:** 1) ocorre a violação de uma norma que protege um interesse mais particular; 2) o juiz não pode declarar de ofício; 3) o prejuízo precisa ser comprovado; e 4) o vício pode ser convalidado pela preclusão.
- **Aury Lopes Jr.:** "A morfologia das nulidades, subdividindo-as em nulidades absolutas e relativas, é inadequada para o processo penal na medida em que parte de uma matriz de direito material (civil) e a estrutura dos atos jurídicos. Na dimensão processual, a dinâmica da situação jurídica e, principalmente, dos valores em jogo não recomendam tal importação de categorias, principalmente porque vêm com uma dupla contaminação: de um lado, o direito civil e a estrutura dos atos jurídicos e, de outro, o direito processual civil, com suas especificidades distintas daquelas existentes no processo penal. (...) Em especial, a categoria das nulidades relativas, p. ex., é imprestável para o processo penal, pois possui um gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulos, com uma incompatibilidade epistemológica insuperável. (...) A distinção entre normas que tutelam interesse da parte e outras que dizem respeito a interesses públicos tropeça na desconsideração da especificidade do processo penal, em que não há espaço normativo privado. Erroneamente alguns pensam que as normas que tutelam o interesse do réu seriam uma dimensão 'privada', para exigir demonstração de prejuízo. A proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e as garantias constitucionais que o tutelam. Em suma, pensamos que a distinção entre nulidade absoluta/relativa é equivocada e que o sistema de invalidades processuais deve partir sempre da matriz constitucional, estruturando-se a partir do conceito de *ato processual defeituoso*, que poderá ser *sanável* ou *insanável*, sempre mirando a estrutura de garantias da Constituição".
- **Princípio do prejuízo ou da instrumentalidade das formas:**
 - **CPP, art 563:** "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".
 - **CPP, art 566:** "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".
 - Trata-se da conhecida máxima *mas de nullité sans grief*.

- **Badaró:** "Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não incoerência de prejuízo, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido".
- **Todas as nulidades exigem a prova do prejuízo:** "O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, sejam absolutas ou relativas, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP" (STJ, AgRg no AREsp 2.235.452, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 07.03.2023); "Todas as nulidades, sejam elas relativas ou absolutas, demandam a demonstração do efetivo prejuízo para que possam ser declaradas" (STJ, AgRg no AREsp 713.197, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 19.04.2016); "A jurisprudência desta Suprema Corte é farta e firme no sentido de que a “demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas" (STF, AgR no HC 213.905, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 26.06.2023).
- **Princípio da causalidade:**
 - **CPP, art. 573, § 1º:** "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência".
 - **§ 2º:** "O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende".
 - **Renato Brasileiro:** "É importante destacar que essa relação de dependência não é necessariamente cronológica. Em outras palavras, não se pode acreditar que todo e qualquer ato processual praticado depois daquele ato cuja nulidade foi proclamada terá sido, inexoravelmente, contaminado pelo vício. Na verdade, essa dependência é lógica, ou seja, incumbe ao órgão jurisdicional verificar se há, de fato, efetiva relação de

dependência entre o ato anulado e os demais atos a ele ligados. Em síntese, somente deverão ser anulados aqueles atos que, não obstante produzidos validamente em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da nulidade originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal".

- **Citação por edital:** "A princípio, a declaração da nulidade do processo a partir da citação editalícia, acarreta a nulidade, por derivação, de todos os atos processuais subsequentes" (HC 28.830, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 02.12.2003).
- **Extensão a atos anteriores:** "Não é possível estender os efeitos nulificantes aos atos processuais praticados anteriormente àquele declarado nulo pela Corte de origem, porquanto, a teor do disposto no art. 573, § 2º, do CPP, a extensão da nulidade deverá ser declarada pelo órgão julgador e tão somente poderá atingir os atos que dele dependem (princípio da causalidade)" (STJ, HC 32.896, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 13.04.2004).
- **Princípio do interesse:**
 - **CPP, art. 565:** "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".
 - **Dispensa de nova oitiva dos acusados:** "Em audiência de instrução e julgamento, a defesa dispensou expressamente a realização de novas oitivas dos acusados. Encerrado o ato processual, retificou a declaração anterior, a fim de demonstrar interesse na inquirição dos acusados. Incidência da regra do art. 565 do Código de Processo Penal" (STF, AgR no HC 147.237, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 23.03.2018).
 - **Oitiva de testemunhas sem a presença do MP:** "Oitiva de testemunhas, sem a presença do representante do Ministério Público. Não importa em comprometimento da validade do processo criminal, uma vez que nenhuma das partes pode arguir nulidade referente à formalidade, cuja observância só interessa à parte contrária" (STF, HC 73.658, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, j. 10.09.1996).

- **Intimação do defensor dativo:** "Embora a intimação pessoal do defensor dativo seja a regra, na hipótese dos autos, ao prestar o Termo de Compromisso, a profissional concordou expressamente com a realização da intimação pela imprensa oficial. Dessa forma, a defesa não pode, agora, arguir nulidade desse ato processual, em observância ao disposto no art. 565 do CPP" (STJ, AgRg no AREsp 1.964.848, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 22.02.2022).

5. Momento para arguir

- **CPP, art. 571:** façam uma leitura atenta dos marcos procedimentais preclusivos.
- **Badaró:** "(...) considerando, portanto, que as nulidades absolutas não se sujeitam ao regime de preclusão, os momentos processuais oportunos para a arguição da validade dizem respeito unicamente aos casos de nulidade relativa".
- **Atenção!** Este não é o entendimento dos Tribunais Superiores.
- **Nulidade de algibeira - STF:** "A alegação de nulidade, após o esgotamento do trâmite processual, caracteriza-se como nulidade de algibeira. Portanto, embora tenha o direito de alegar a nulidade, mantém-se inerte durante longo período, deixando para exercer seu direito somente no momento em que melhor lhe convier, acaba por renunciar tacitamente ao seu direito de alegá-la. (...). Nessa quadra, também se revela incompatível com o princípio da boa-fé processual o reconhecimento de nulidades em qualquer momento processual, sem a possibilidade de se declarar a preclusão" (AgR na Rcl 46.835, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 03.08.2021).
- **Nulidade de algibeira - STJ:** "A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em rechaçar a estratégia processual denominada nulidade de algibeira, a qual ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação" (AgRg no HC 746.715, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 22.05.2023); "Hipótese em que o agravante busca se prevalecer da estratégia denominada nulidade de algibeira, suscitando nulidade não arguida no momento oportuno, como forma de prevalecer do vício de forma oportuna no

futuro. Tal manobra é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive na hipótese de nulidade absoluta, porque não se coaduna com o princípio da boa-fé, que deve nortear as relações jurídico-processuais" (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no HC 636.103, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 03.08.2021).

6. Rol de nulidades

- **CPP, art. 564:** "A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...)".
- Rol exemplificativo.
- Façam uma leitura atenta.
- Assunto abordado - em grande parte - no decorrer de outras aulas.
- Hipóteses que, porém, se submetem ao que vimos anteriormente: **relativização e exigência da prova do prejuízo.**

7. Se quiser aprofundar

- **Ricardo Jacobsen Gloeckner**, *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*