

VII. DAS NULIDADES

Arts. 563 a 573 do CPP

1. Considerações iniciais:

Segundo o dicionarista Pedro Nunes nulidade é: “o vício, defeito, que torna o ato nulo. Ineficácia total do ato jurídico a que falta alguma formalidade ou solenidade intrínseca ou extrínseca que lhe é essencial¹”.

Na esfera processual, nulidade é a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito às formalidades legais, pois não é o vício que contamina o ato, mas sim a consequência que se aplica ao ato viciado, em preterição ao texto de lei.

O CPP, em seus arts. 563 a 573 trata das nulidades, todavia é bom destacar que tal classificação é *numerus apertus*, isto é, exemplificativa, porque outras nulidades podem ser constatadas independentemente da previsão no Código.

Com efeito, é importante assentar que o ato processual deve ser estudado sob três prismas: existência, validade e eficácia. A existência jurídica é pertinente a elementos constitutivos do ato jurídico, pois para que o ato exista é necessário que se faça “presente um elemento identificador mínimo²”.

Quanto ao plano de validade e eficácia, de igual sorte, são planos distintos, pois é possível os atos inválidos (plano de validade) produzirem efeitos (plano de eficácia). Assim o ato será inválido no plano processual quando não obedece ao tipo (esquema) previsto abstratamente pelo legislador.

2. Sistemas:

2.1. Formalista:

Nesse sistema há predominância da forma sobre o conteúdo, pois há homenagem à forma prescrita na lei, portanto, o ato será considerado nulo se não realizado conforme a dicção legal, mesmo que tenha atingido seu escopo.

2.2. Sistema instrumental:

É o reverso do sistema formalista, pois o objetivo do ato é privilegiado em detrimento da forma, haja vista que o instrumento não é o fim em si mesmo. É o sistema adotado pelo CPP, como pontificou o STJ:

“Por isso, a instrumentalidade das formas é tida, neste caso, como impediante da pretensão conduzida, porque não comprovado o prejuízo à defesa e indicado o desejo apenas rigorosamente formal. (STJ – HC 19805 – MG – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 19.12.2002)”

Na mesma vereda a doutrina:

¹ In NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. 13ª edição. Revista e atualizada. Renovar. Rio de Janeiro: 1999, p. 767.

² In CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Vol. I. 15ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006. p. 257.

“Todavia, se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais, menos certo não é, por outro lado, que não podem as normas processuais subordinar-se, neste caso, aos princípios de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado para dar excessivo realce ao respectivo *modus faciendi* (FREDERICO MARQUES, obra e página citadas)³”.

3. Princípios das nulidades:

3.1. Prejuízo:

Não há nulidade se não houver prejuízo (art. 563 do CPP). Esse princípio aplica-se à *nulidade relativa*, na qual precisa ser demonstrado o prejuízo, pois, na nulidade absoluta, esse é presumido.

PAULO RANGEL⁴ tem posição contrária à doutrina majoritária, pois assevera que mesmo em nulidades de cunho absoluto deve ser observado o princípio do prejuízo, já que o processo não é um fim em si mesmo, *verbis*:

“Entendemos que o processo deve ser visto como instrumento de que se vale o Estado, através da manifestação das partes (ação e defesa), para se atingir a solução do caso penal, não sendo portanto, um fim em si mesmo. Assim, se não obstante a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não se admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato. Os princípios da celeridade e da economia processual impedem que o processo seja renovado ou retificado diante de um ato imperfeito que não trouxe prejuízo para as partes”.

Contudo, é bom realçar que a doutrina majoritária, bem como o STF entendem que é descabida a demonstração de prejuízo quando versar sobre nulidade absoluta, nesse norte o aresto:

“A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que é desnecessária a comprovação do efetivo prejuízo para que tal nulidade seja declarada. (STF – HC 89190 – MS – 1ª T. – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJU 27.10.2006 – p. 50)”.

3.2. Interesse:

Ninguém pode alegar nulidade que só interesse à parte contrária (art. 565 do CPP), *verbatim*:

Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Esse princípio só se aplica à *nulidade relativa*, pois a absoluta pode ser alegada por qualquer pessoa, dessa forma, ninguém pode argüir nulidade para a qual tenha concorrido ou dado causa. Todavia, o Ministério Público pode argüir nulidades que interessem somente à defesa.

3.3. Instrumentalidade das Formas:

Não se declara a nulidade de ato que não influiu na apuração da verdade real e na decisão da causa e também de ato que, apesar de praticado de forma diversa da prevista, atingiu sua finalidade, como prescrevem o art. 566 e 572, inc. II do CPP:

³ In RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Das nulidades*. (Publicada na RJ nº 201 - JUL/1994, pág. 5).

⁴ In RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 693.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influido na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Art. 572. As nulidades previstas no artigo 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

(...)

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim;

3.4. Causalidade (contaminação ou contagiosidade):

O art. 573, § 1º, do CPP prescreve que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”. Todos os atos visam a sentença; os atos processuais são entrelaçados entre si. Assim, se um ato é nulo, os demais que dele dependam também o serão.

O juiz deve declarar expressamente quais são os atos contaminados, assim é necessário observar em que fase fora confeccionado o ato contaminado pela nulidade, a fim de observar a conseqüência, pois, via de regra, a nulidade de fase postulatória (denúncia e citação, por exemplo) enseja a nulidade de todo o processo; já a nulidade de fase instrutória, geralmente, não contamina os demais atos.

3.5. Convalidação:

As nulidades relativas podem ser convalidadas desde que não agitadas tempestivamente. Somente as nulidades relativas precluem se não argüidas no momento oportuno.

Realce-se que as nulidades absolutas em desfavor da defesa podem ser suscitadas em sede de revisão criminal ou *habeas corpus*, mesmo existindo coisa julgada, como pontificado:

HABEAS CORPUS – ESTUPRO – SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – CITAÇÃO POR EDITAL – NULIDADE ABSOLUTA CARACTERIZADA – 1. **Decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada não é obstáculo para o manejo de habeas corpus visando desconstituí-la, cabendo ao intérprete e aplicador do direito sopesar os bens e valores em conflito, vez que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites nos demais direitos e garantias igualmente consagrados na carta magna.** 2. A citação editalícia é medida excepcional que imprescinde de cautelosa prudência, necessitando esgotar todos os meios disponíveis nos autos para localizar o acusado antes da decretação da revelia e nomeação de defensor dativo. **A inobservância traz séria lesão ao devido processo legal, culminado com cerceamento prévio de defesa, cujo vício é insanável e impossível de convalidação, nos termos do art. 564, III, alínea “e”, primeira parte, do CPP.** 3. Ordem concedida. (TJAP – HC 128805 – (830) – S.Ún. – Rel. Des. Edinardo Souza – DJAP 15.08.2006 – p. 15).

4. Ato Inexistente:

A definição de ato inexistente é uma contradição em termos, pois ato “é aquilo que se fez, feito, ação⁵”, portanto, é descabido a classificação de ato inexistente. Na realidade, o que não existe no âmbito jurídico.

Na inexistência se pretere os pressupostos de existência do ato, *v. g.* órgão investido na jurisdição e existência de demanda (pretensão punitiva). Aqui não há necessidade de reconhecimento por parte da autoridade judiciária.

⁵ *Ibidem idem*, p. 693.

São exemplos de ato processual inexistente:

- ✓ Sentença sem assinatura do juiz;
- ✓ Denúncia manejada por advogado;
- ✓ Sentença assinada por juiz aposentado.

5. Ato irregular:

O ato irregular é ato defeituoso, que não sofreu a declaração de nulidade permanecendo válido, porque desatendeu meras exigências formais e atingiu seu escopo, por exemplo, a realização de alegações finais escritas em procedimento do rito comum sumário. CAPEZ enumera as características da irregularidade:

- ✓ Formalidade estabelecida em lei (norma infraconstitucional);
- ✓ Exigência sem qualquer relevância para o processo;
- ✓ Não visa garantir interesse de nenhuma das partes;
- ✓ A formalidade tem um fim em si mesma;
- ✓ A violação é incapaz de gerar prejuízo;
- ✓ Não invalida o ato e não traz qualquer consequência para o processo.

6. Nulidades:

Como assentado, a nulidade é uma sanção decorrente da inobservância dos preceitos normativos ao ato viciado, a doutrina elabora subdivisão em nulidade absoluta e relativa, segundo critérios variados.

6.1. Diferenças entre Nulidades Absolutas e Relativas:

6.1.1. Quanto ao fundamento:

- ✓ A *nulidade absoluta* ocorre quando a regra violada houver sido instituída para resguardar, predominantemente, o interesse público;
- ✓ A *nulidade relativa* ocorre quando a regra violada houver sido instituída para resguardar, predominantemente, o interesse das partes;
- ✓ Sempre que ocorrer a violação a um princípio constitucional, a nulidade será absoluta.

6.1.2. Quanto ao prejuízo:

- ✓ A nulidade relativa exige demonstração do prejuízo;
- ✓ Na nulidade absoluta, o prejuízo é presumido.

6.1.3. Quanto ao momento de arguição:

- ✓ A nulidade relativa deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de preclusão. Cada procedimento tem um momento último para a arguição, conforme o art. 571 do CPP;
- ✓ A nulidade absoluta pode ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Entretanto, conforme a Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal, “é nula a decisão do tribunal que acolhe, *contra o réu*, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”, é o princípio da *non reformatio in pejus*.

6.1.4. Quanto ao interesse:

- ✓ As nulidades relativas dependem de provocação pela parte interessada, no momento oportuno;
- ✓ As nulidades absolutas não precisam de provocação; o próprio juiz pode reconhecer de ofício, salvo a exceção da Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal e em incompetência relativa.

7. NULIDADES EM ESPÉCIE:

7.1. Nos procedimentos comuns:

O art. 564 do CPP apresenta os seguintes casos de nulidade:

I – Por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

- ✓ *Incompetência:*

Competência é a medida da jurisdição. A competência em razão da *jurisdição* (comum ou especializada), da *hierarquia* e da *matéria*, assim como a *competência recursal*, são hipóteses de competência absoluta, imodificáveis pelas partes (questões de ordem pública). A não-observância dessas regras de competência acarreta nulidade absoluta do processo; o vício não se convalida, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, de ofício, independentemente da demonstração do prejuízo. Nesse caso todo o processo seria nulo remetendo-se os autos ao promotor com atribuições legais ao oferecimento de nova denúncia, pois não se aplica o art. 567 do CPP.

A competência em razão do *foro territorial*, por ser relativa, em tese, dependeria de arguição da parte, sob pena de preclusão, com a prorrogação da competência. Contudo, é bom gizar que a incompetência relativa também pode ser conhecida de ofício pelo juiz, por força do disposto no art. 109 do CPP:

Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR JUÍZO RELATIVAMENTE INCOMPETENTE?

Há discussão na doutrina quanto à possibilidade de ratificação do recebimento da denúncia por *juízo relativamente incompetente*, pois para a corrente majoritária o recebimento não tem cunho decisório, portanto, com cotejo com os arts. 109 e 567 poderia haver a confirmação do recebimento e prosseguimento do feito a partir do ponto de onde parou.

Todavia, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA afirma que o *recebimento da denúncia*, tem nítida carga decisória, ver:

“O único problema real que se pode apontar nesta seara diz respeito ao recebimento da denúncia. E que, pela regra da causalidade, os atos posteriores ao ato decisório nulo não teriam validade. Não nos parece possível recusar o conteúdo decisório da manifestação judicial que recebe a peça acusatória, tendo em vista que há ali, ainda que em juízo perfunctório e deliberativo, apreciação acerca da viabilidade da ação penal (justa causa), de suas condições (legitimidade etc.), da tipicidade (aparente) e da própria

competência do juízo. A nosso aviso, o recebimento da denúncia é efetivamente ato decisório e demandaria novo pronunciamento acerca de seu conteúdo pelo juiz a quem fosse remetido os autos, após a declinatória de foro, até mesmo nos casos de incompetência relativa⁶. (grifado).

Ora, o imbróglio surge porque caso se considere o recebimento da denúncia com carga decisória não poderia haver convalidação, *ex vi* do art. 567 do CPP, *verbatim*:

Art. 567. A incompetência do juízo **anula somente os atos decisórios**, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente. (grifado).

Timbre-se a posição pretoriana a assentar que o recebimento da exordial não tem cunho decisório:

“O recebimento da exordial acusatória não necessita de fundamentação **porquanto não se qualifica, em regra, como ato decisório** (precedentes do pretório Excelso e do STJ). (TRF 4ª R. – ACr 2003.72.02.000025-6 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado – DJU 28.02.2007)”

✓ *Suspeição e suborno do juiz:*

O impedimento no processo penal é gerador de *inexistência* e não somente de nulidade dos atos praticados. A suspeição acarreta a nulidade absoluta do ato. O juiz deve declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso; se não o fizer, o vício pode ser argüido por qualquer das partes (art. 112 do CPP). “Não aceitando a argüição, o juiz mandará autuar em apartado a petição; dará a sua resposta dentro de três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro de vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento (CPP, art. 100). Julgada procedente a exceção de suspeição, ficarão nulos todos os atos praticados (CPP, art. 101) ⁷”.

O suborno ou peita é a prática dos crimes de concussão (art. 316 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP) e corrupção ativa (art. 333 do CP). Também é causa geradora da *nulidade absoluta* do ato.

II – Por ilegitimidade de parte;

A ilegitimidade pode ser:

Ad Causam: o autor não é o titular da pretensão ajuizada, ou o réu não pode integrar a relação jurídica processual (por ser inimputável, ou por não ter evidentemente concorrido para a prática do fato típico e ilícito). O vício jamais se convalida nesse caso; trata-se de nulidade absoluta e insanável.

Ad Processum: é a falta da capacidade postulatória do querelante (exemplo: o querelante leigo assina sozinho a queixa-crime), ou é sua incapacidade para estar em Juízo (exemplo: o ofendido, menor de 18 anos, ajuíza a ação privada sem estar representado por seu representante legal). Essa nulidade pode ser sanada pela *ratificação* dos atos processuais (art. 568 do CPP). Configura nulidade relativa.

III – Por falta das fórmulas ou dos termos seguintes;

⁶ In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3ª Edição. Del Rey. Belo Horizonte: 2004.

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 7ª edição. Saraiva. São Paulo: 2001. p. 624.

- ✓ Falta do preenchimento dos requisitos no oferecimento da denúncia ou queixa (art. 41 do CPP), na representação do ofendido ou na requisição do Ministro da Justiça;
- ✓ Falta de exame de corpo de delito nos delitos não-transeuntes, isto é, aqueles que deixam vestígios;
- ✓ Falta de nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente. A alínea c, que também cuidava do curador do réu menor de 21 anos foi derogada, pois a hipótese não subsiste em face do art. 5º do novo Código Civil.
- ✓ Falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal pública ou subsidiária, todavia, há entendimento que a ausência de intervenção mesmo em ação privada exclusiva também é causa de nulidade:

“Entendemos, no entanto, que a intervenção do Ministério Público também é obrigatória nos casos de ação exclusivamente privada, uma vez que a pretensão punitiva é somente do Estado (sujeito passivo formal de todas as infrações penais). Por isso, nas hipóteses em que é o titular da ação penal, a sua não intervenção causa nulidade absoluta, mas, naqueles feitos conduzidos pelo ofendido, trata-se de nulidade relativa, necessitando-se de prova do prejuízo⁸”.

- ✓ Falta ou nulidade de citação do réu para se ver processar. A falta ou nulidade da citação ficará sanada desde que o interessado compareça antes de o ato consumir-se (art. 570 do CPP). A citação em hora certa, no processo penal, é causa de nulidade absoluta.
- ✓ Falta do interrogatório do acusado.
- ✓ Falta de concessão de prazo para a defesa prévia, para o oferecimento de alegações finais, ou para a realização de qualquer ato da acusação ou da defesa.
- ✓ Falta de sentença.

7.2. No procedimento do júri:

- ✓ Falta, omissão ou irregularidade na sentença de pronúncia, no libelo ou na entrega de cópia do libelo ao réu.
- ✓ Falta de intimação do réu para julgamento no Júri.
- ✓ Falta de intimação de testemunhas arroladas no libelo ou na contrariedade.
- ✓ Presença de pelo menos 15 jurados para a constituição do Júri.
- ✓ Falta ou irregularidade no sorteio dos jurados.
- ✓ Quebra na incomunicabilidade dos jurados.

⁸ In NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. p. 870.

IV – Por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Formalidade essencial é aquela sem a qual o ato não atinge a sua finalidade. Exemplo: a denúncia que não descreve o fato com todas as suas circunstâncias. Pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se anula o processo por falta de formalidade irrelevante.

7.3. No juizado especial:

É cediço que nos juizados especiais vige o princípios oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, portanto, aqui somente haverá nulidade nos atos que não atingiram seu desiderato, nesse norte os arts. 62 e 65 da LJE:

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

Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 62 desta Lei.

7.4. No inquérito policial:

Inquérito policial é o conjunto de diligências encetadas e presididas pela polícia judiciária reunidas em um procedimento administrativo sigiloso, escrito e inquisitivo com o desiderato de se apurar indícios de autoria e prova da materialidade de infrações penais com penas privativas de liberdade superiores a dois anos tendo como destinatário imediato o *Parquet* ou o ofendido.

Assim, o inquérito é mera peça de informação para estribar a peça vestibular acusatória sendo, inclusive, dispensável quando existirem outras peças de informação. A ilação que se faz é que as nulidades ocorridas durante a investigação não contaminarão a ação penal, como pontificaram os julgados:

“Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria”. (STF – RHC 85286 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 24.03.2006 – p. 55).

“O inquérito policial constitui peça informativa, que serve de base para a propositura da ação penal, motivo pelo qual a eventual existência de vício na fase inquisitorial não tem o condão de, por si só, invalidar o feito já instaurado”. (STJ – RHC 200601208790 – (19669 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 16.10.2006 – p. 388).

8. Momento para arguição das nulidades:

O art. 571 do CPP assenta o momento para arguição das nulidades relativas, sob pena de preclusão, dessarte, com o desiderato de expô-las de forma didática, o quadro:

PROCEDIMENTO	MOMENTO
Procedimento comum e seus derivados	✓ Até as alegações finais, as nulidades surgidas até essa fase; ✓ Nas razões recursais as nulidades surgidas após a decisão de primeiro grau.
Procedimento comum sumário	✓ Caso ocorram antes de defesa prévia devem ser argüidas naquele instante; ✓ Até as alegações finais, as nulidades surgidas entre a defesa prévia até as alegações;

	✓ Nas razões recursais as nulidades surgidas após a decisão de primeiro grau.
Procedimento do júri	✓ Nulidades surgidas durante o sumário da culpa devem ser agitadas por ocasião das alegações; ✓ Nulidades posteriores à pronúncia devem ser ventiladas quando da instalação da sessão; ✓ Nulidades ocorridas no julgamento devem ser imediatamente levantadas; ✓ Nas razões recursais as nulidades surgidas após a decisão de primeiro grau.