

DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS
(arts. 563 a 573 do CPP)

Professor: Leonardo Marcondes Machado

- ✓ Instagram: www.instagram.com/leonardomarcondesmachado
- ✓ Telegram: https://t.me/processo_penal
- ✓ Youtube: <https://www.youtube.com/user/proflmm>
- ✓ Site Oficial: www.leonardomarcondesmachado.com.br

1. Introdução

- tipicidade das formas e legalidade processual penal;
- a forma processual numa dimensão garantista (“é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu”¹).

2. Atipicidade Processual: classificação tradicional

- ato processual: típico (conforme o modelo legal) ou atípico (desconforme o modelo legal) / graus de atipicidade: mera irregularidade, nulidade (absoluta e relativa) e inexistência.

a) Meras Irregularidades.

- irregularidades (ou atipicidades) sem consequência processual quanto à invalidação ou ineficácia do ato;
- defeitos de baixa intensidade e relevância processual que não trariam qualquer consequência quanto à validade e eficácia do ato. Ex.: oferecimento de denúncia fora do prazo legal em se tratando de imputado solto;
- há quem inclua nesse âmbito as *meras irregularidades com consequências apenas extraprocessuais*: defeitos de baixa intensidade e relevância processual, incapazes de gerar qualquer nulidade do ato, porém suficientes para a aplicação de uma sanção (extraprocessual) ao responsável pela irregularidade. Ex.: multa aplicada à testemunha faltosa (arts. 219 e 453 do CPP), multa ao jurado faltoso (art. 442 do CPP), desconto no subsídio do Juiz e do MP por descumprimento de prazo processual e multa ao perito por descumprimento do prazo para entrega do laudo pericial (art. 14, parágrafo único, art. 461, § 5º, e art. 798 do CPC, combinados com o art. 3º do CPP).

b) Nulidades.

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1133.

- irregularidades (ou atipicidades) com invalidação e consequente sanção de ineficácia do ato processual;
- defeitos cuja gravidade invalidariam o próprio ato processual, impedindo a produção de seus efeitos, porém de maneira sanável (nulidade relativa) ou insanável (nulidade absoluta). Ex.: rol (exemplificativo) de nulidades do art. 564 do CPP.

c) Inexistência.

- irregularidades (ou atipicidades) por inexistência jurídica do ato processual;
- defeito de tamanha gravidade que conduz à não formação jurídica do ato processual por ausência de elementos essenciais, ou seja, falta na constituição dos atos processuais (“não atos”). Ex.: sentença proferida por não juiz ou sentença sem dispositivo.

2.1. Nulidades: absoluta e relativa (na visão da TGP)

a) Quanto ao fundamento

- absoluta: violação de regra a tutelar prioritariamente o interesse público (interesse de ordem pública);
- relativa: violação de regra a tutelar prioritariamente o interesse das partes (interesse de ordem privada).

b) Quanto à fonte normativa

- absoluta: toda vez que descumprida norma constitucional;
- relativa: quando descumpridas normas infraconstitucionais sem relação direta com os princípios da Constituição.

c) Quanto ao prejuízo

- absoluta: presunção do prejuízo;
- relativa: necessária comprovação do prejuízo.

d) Quanto ao momento de arguição

- absoluta: a qualquer tempo / não sujeita à preclusão;
- relativa: momento oportuno / submetida à preclusão (art. 571 do CPP).

e) Quanto à necessidade de provocação

- absoluta: possível reconhecimento judicial de ofício / sem provocação;
- relativa: depende de provocação da parte interessada.

f) Quanto ao saneamento

- absoluta: insanável;
- relativa: sanável (art. 572 do CPP).

f) Quanto à principiologia limitadora do interesse

- absoluta: inaplicável (pode ser alegada a nulidade absoluta mesmo pela parte que lhe deu causa);
- relativa: aplicável (não pode ser alegada a nulidade relativa pela parte que lhe deu causa).

2.2. Crítica

- baixo desenvolvimento teórico e elevado grau inquisitorial (autoritário) das nulidades processuais penais no Brasil, o que demanda uma completa revisão principiológica a minimizar as nefastas consequências do sistema inquisitório e a proteger os direitos fundamentais do acusado.²

2.2.1. Natureza Jurídica da Nulidade

Correntes: a) como vício do negócio jurídico processual penal; b) como sanção processual (majoritária); c) como ato jurídico inválido; d) conforme o tipo processual e constitucional.³

2.2.2. Nulidade Relativa

- distinção entre nulidades absolutas e relativas: “classificação artificial, inaplicável ao processo penal” em que as chamadas nulidades relativas apenas “servem aos ilegalismos congênitos”;⁴
- “é elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta”⁵ / “a categoria das nulidade relativas, por exemplo, é imprestável ao processo penal, pois possui um gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulas, com

² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 495-498.

³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal...*, p. 107-140.

⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal...*, p. 148.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1125.

uma incompatibilidade epistemológica insuperável. Depois, é transplantada para o processo civil, o que em nada atenua essa incompatibilidade”⁶

2.3. Declaração Judicial e Invalidade do Ato Nulo

- os atos processuais irregulares (ou atípicos), mesmo nulos, produzem efeitos até a correspondente declaração judicial de nulidade (reconhecimento da invalidade e consequente ineficácia).

3. Principiologia (Clássica) das Nulidades

3.1. Prejuízo

- não há nulidade sem prejuízo / *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP);
- STJ (regra): “As nulidades em processo penal observam ao princípio *pas de nullité sans grief* inscrito no art. 563 do Código de processo Penal, segundo o qual não será declarada a nulidade do ato sem a efetiva comprovação do prejuízo experimentado pela parte”.⁷
- STJ (exceção): “(...) Tráfico de drogas. Momento do interrogatório. Último ato da instrução. Maior efetividade a princípios Constitucionais (...) 4. Embora, em regra, a decretação da nulidade de determinado ato processual requeira a comprovação de prejuízo concreto para a parte - em razão do princípio do *pas de nullité sans grief* -, o prejuízo à defesa é evidente e corolário da própria inobservância da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Uma vez que o interrogatório constitui um ato de autodefesa, não se deu aos recorrentes a possibilidade de esclarecer ao Magistrado eventuais fatos contra si alegados pelas testemunhas ao longo da instrução criminal (...) 6. Recurso especial provido, para anular o Processo (...) desde a audiência de instrução e julgamento, com a determinação de que seja realizada nova instrução probatória, dessa vez com a observância de que o interrogatório dos réus seja o último ato da instrução”.⁸
- visão tradicional: nulidade absoluta / prejuízo presumido: inaplicabilidade do princípio do prejuízo (corrente majoritária) X aplicabilidade (corrente minoritária)⁹;

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1131.

⁷ STJ - Sexta Turma - REsp 1.875.319/PR - Rel. Min. Nefi Cordeiro - j. em 15.09.2020 - DJe de 23.09.2020.

⁸ STJ - Sexta Turma - REsp 1.808.389/AM - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - j. em 20.10.2020 - DJe de 23.11.2020.

⁹ “Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência do 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”

- procedimento sumaríssimo: art. 65, § 1º, da Lei n. 9.099/95;
- defesa e nulidade (absoluta ou relativa): súmula n. 523 do STF;
- crítica: “(...) prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está preñhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações dos julgados, que não raro expressam decisões teratológicas”¹⁰
- proposta alternativa: “inversão de sinais”: liberação da carga probatória da parte / atribuição judicial: “a parte que alega uma nulidade, e demonstra que o ato foi praticado de forma atípica, não terá que demonstrar ou ‘provar’ o prejuízo (...) a manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade”.¹¹

3.2. Instrumentalidade das Formas

- “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566 do CPP);
- a nulidade considera-se sanada quando, muito embora violada a forma legal, atingida a finalidade do ato processual (art. 572, II, do CPP);
- procedimento sumaríssimo: art. 65, *caput*, da Lei n. 9.099/95;
- comandos de flexibilização da forma e limitação da nulidade;
- crítica: “não é com a hipocrisia de uma busca da verdade que se possibilitará que o juiz poderá fazer aquilo que não está definido em lei”.¹²

3.3. Causalidade ou Conseqüencialidade

- “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (art. 573, § 1º, do CPP). Desse modo, caberá ao “juiz que pronunciar a nulidade declarar expressamente os atos a que ela se estende” (art. 573, § 2º, do CPP).
- *conservação dos atos processuais*: a nulidade de um ato não alcança necessariamente outros tidos como independentes (art. 3º do CPP) / de igual forma,

(BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 578).

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 44.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 01 ed..., p. 578.

¹² PAULA, Leonardo Costa de. *As Nulidades no Processo Penal: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 142.

nos *atos complexos*, a nulidade de uma parte não implica necessariamente a de outra independente (art. 3º do CPP);¹³

- *incompetência do juízo* (art. 567 do CPP): anulação apenas dos atos decisórios (previsão legal) X anulação *ab initio* (crítica doutrinária¹⁴).

3.4. Interesse

- “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” (art. 565 do CPP);

- máxima latina: ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*);

- aplicável somente às nulidades relativas;

- crítica: inadequado ao processo penal na medida em que não se pode falar por aqui em direitos disponíveis / “é tênue o limite entre o princípio do interesse e uma ilegalidade tolerada” (...) “mesmo que um ato nulo possa ser atribuído à defesa, a incidência das garantias constitucionais não permite se possa falar em falta de interesse para a anulação do ato”¹⁵

4. Nulidades em Espécie (no CPP)

- art. 564 (rol exemplificativo);

- divisão doutrinária tradicional: a) absolutas: 564, I, II, III, a, b, c, d, primeira parte, e, primeira e terceira partes, f, i, j, k, l, m, n, o, p / b) relativas: art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV.¹⁶

- crítica à rotulação tradicional: i) não acolhe a divisão entre nulidades absolutas e relativas a partir do critério sanável/insanável do art. 572; ii) contesta o rol de nulidades do art. 564 (“pensamos que o art. 564 é, atualmente, imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas. Como muito, serve de indicativo, a apontar os atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos”).¹⁷

5. Convalidação

- noção geral: validação posterior de um ato originalmente nulo;

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 01 ed..., p. 579.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1144.

¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 03 ed..., pp. 249 e 251.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 01 ed., p. 576-577.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1125.

- convalidação X substituição (art. 570 do CPP);
- espécies: a) *preclusão* (art. 572, I, c.c. 571, ambos do CPP); b) *sentença de primeiro grau* (a favor da parte beneficiada por eventual reconhecimento de nulidade); c) *coisa julgada* (nulidades absolutas contrárias ao interesse do acusado consideram-se sanadas pela vedação à revisão criminal *pro societate*); d) *ratificação* (art. 568 do CPP).¹⁸

6. (Re)Pensando Categorias a Partir dos Conceitos de Ato Defeituoso Sanável ou Insanável (Aury Lopes Jr.).

- pressuposto: “a forma dos atos processuais serve à tutela de um princípio. Diante de um ato defeituoso, deve-se perquirir se a eficácia do princípio foi tolhida ou não, na medida em que o ato defeituoso pode, ainda assim, não violar o princípio constitucional que ele tutela” / afastados os critérios tradicionais de “prejuízo” e “finalidade do ato” (ou “instrumentalidade das formas”);¹⁹
- regras: i) na dúvida a favor da defesa (*favor rei*) e ii) não havendo dúvida, e sim divergência entre a alegação da defesa e a interpretação do juiz, vale o primado da “inversão dos sinais”, cabendo ao juiz fundamentar porquê a atipicidade não impediu a eficácia do princípio constitucional tutelado;²⁰
- possibilidades diante do ato defeituoso: i) feito sem defeito e com preservação da garantia constitucional (sanável); ii) não sendo possível (insanável), deve-se reconhecer a nulidade e, por conseguinte, decidir pela privação dos efeitos ou pela proibição de valoração probatória, ambos com desentranhamento dos autos quanto ao ato defeituoso insanável.²¹

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 01 ed..., 589-590.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1139-1140.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1140.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed..., p. 1140-1141.