

VÁLTER KENJI ISHIDA

Processo **PENAL**

NA **MEDIDA CERTA**
PARA
CONCURSOS

5ª Edição
revista, atualizada
e ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

15

NULIDADES

15.1 INTRODUÇÃO

O tema de nulidades se cerca de vários “vícios”. A matéria não é sistematizada e se ressentida de uniformização de conceitos na doutrina. Pior, na jurisprudência, o ato é declarado “nulo”, sem que faça diferença técnica entre o ato “anulável” (aquele que produz efeitos até a declaração judicial), nulo de forma relativa e nulo de forma absoluta e muito menos a menção de ato inexistente, mesmo que declarado nulo. Consoante anota com a natural perspicácia, o mestre Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 479): “Não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais. Os arts. 563 *usque* 573 estão prenhes (cheios) de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto.”

15.2 CONCEITO DE NULIDADE

É uma **sanção** ou um **vício** para o ato processual que não atenda o requisito mínimo exigido por lei. Como vício, ela torna o ato imperfeito. Como sanção considera o ato como não realizado (pena).

15.2.1 Natureza jurídica

Falar em natureza jurídica significa repetir o conceito de nulidade, definindo-a ora como sanção, ora como efeito ou consequência. A doutrina é divergente, podendo-se fazer a seguinte divisão:

1ª corrente. Para a doutrina clássica, inspirada na doutrina do direito civil (Távora e Alencar, *Curso de direito processual penal*, p. 848) a nulidade é um vício ou defeito jurídico que torna sem valor ou pode invalidar o ato ou o processo (Borges da Rosa) ou é efeito específico da falta de cumprimento das disposições legais (Espínola Filho) (conforme Demercian e Maluly, *Curso de processo penal*, p. 659). E ainda a nulidade não pode ser concebida como sanção, mas apenas como efeito, sendo errado se falar em “sob pena de nulidade” (Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes, *Nulidades no processo penal*, p. 25-26 apud Heráclito Antônio Mossin, ob. cit., p. 348).

2ª corrente. Para a doutrina processual moderna: a nulidade é uma sanção (José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. III, p. 397). E ainda Cintra, Dinamarco e Ada, *Teoria geral do processo*, p. 366: “Trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe, segundo critério de oportunidade.” Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1601, cita que tal corrente seria majoritária, ao passo que a primeira corrente seria minoritária.

3ª corrente. Nulidade como efeito ou vício e também sanção. Para parte da doutrina processualista, a nulidade pode ser considerada sanção e efeito: Bonfim, *Curso de processo penal*, p. 589. Para Mirabete, a nulidade é sob um aspecto vício e sob outro viés, uma sanção (*Processo penal*, p. 591). Entendemos que melhor se coaduna o conceito de nulidade como sanção, já que o sistema processual, na verdade, exige o pronunciamento judicial para admitir a irregularidade, tratando-se de verdadeira “pena processual”: a invalidade de determinado ato processual.

15.3 SISTEMA DE NULIDADES

a) Princípio da Legalidade. É o princípio presente em todas as áreas do direito público: do direito penal (art. 2º do CP) e do direito administrativo (art. 37 da CF). O sistema legalista é aquele pelo qual a nulidade só poderá ser decretada se estiver prevista em **lei**. Isso significa que não havendo previsão daquela situação (rol taxativo, exaustivo), não é possível pretender a nulidade do ato. O rol do CPP é o do art. 564. Todavia, atualmente, o disposto na Carta Magna também deve ser levado em conta: assim, além de ilegal, o ato passa a ser inconstitucional.

Não se deve confundir esse princípio com a forma de apreciação da nulidade (uma das formas também é denominada de legalidade).

Na verdade, existe uma falta de sistematização da lei adjetiva. Primeiro dever-se-ia criar um rol de hipóteses e depois fixar regras gerais para o pronunciamento da nulidade.

b) Sistema de apreciação das nulidades. A forma é que dá vida e existência ao ato processual, fazendo incidir sobre o mundo real (José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 477). Discute-se se o formalismo pode ser um fim em si mesmo ou se o que é importante é o conteúdo e a finalidade do ato.

Assim, quanto à aceitação dos atos processuais nulos, existem dois princípios:

1. Sistema formalista, da legalidade das formas ou indeclinabilidade das formas (*forma dat esse rei*: a forma dá existência à coisa): toda violação às prescrições legais acarreta na inviabilidade dos atos processuais (o meio prevalece sobre o fim).

2. Sistema teológico ou da instrumentalidade das formas: o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem a forma legal. Nenhum ato será declarado nulo se não tiver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Prevalência do fundo sobre a forma. Com fundamento no art. 572, II, serão consideradas sanadas as nulidades previstas no art. 564, III, letras *d* e *e*, 2ª parte, *g* e *h*, se praticado por outra forma tiver atingido o seu fim.

Sistema francês e sistema espanhol e suíço. No primeiro (francês), a lei relaciona de forma minuciosa todas as hipóteses de nulidade, não dando margem a nenhuma outra. Já o segundo sistema denominado de sistema de equidade (espanhol e suíço), existe apenas uma menção genérica à nulidade, sem indicar os casos concretos (Cunha e Pinto, *CPP Comentado*, p. 1.509).

Ada, Scarance e Magalhães. Distinguem 3 sistemas: (1) o sistema pelo qual todo e qualquer vício gera a nulidade; (2) o ato será nulo somente quando a lei o declarar; (3) o sistema da instrumentalidade das formas: distingue os níveis de irregularidades segundo sua gravidade e o princípio de que não se declara a nulidade do ato se for atingida sua finalidade e não houver prejuízo às partes. Destacam os autores que a moderna ciência processual só admite esse terceiro sistema (*As nulidades no processo penal*, pág. 26).

Sistema adotado pelo CPP. Adoção do sistema de declaração ou de arguição das nulidades: a nulidade deve resultar prejuízo para a defesa ou para a acusação. É o princípio *pas de nullité sans grief*. O princípio da

instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo, pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do CPP) (Badaró, ob. cit., p. 794). O CPP (na maioria das vezes) adotou o princípio da instrumentalidade das formas, em benefício da celeridade. Todavia, existem casos em que a forma é indispensável. No caso de nulidade absoluta, o prejuízo é presumido. Para Mirabete, dos dois sistemas (o formalista ou da legalidade das formas e o da instrumentalidade das formas), o Código de Processo adotou um meio termo, procurando ser restrito em matéria de nulidades (*Código de processo penal interpretado*, p. 1379-1380). Assim, há um **sistema misto**, mesclando o princípio da legalidade com o da instrumentalidade. Há uma tendência do STJ em rotular uma infringência da lei, na maioria dos casos, como nulidade relativa, exigindo-se a prova do prejuízo. E igualmente também no próprio STF, ao exigir a prova do prejuízo até mesmo na hipótese de nulidade absoluta (2ª T., RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 23/03/2012). Então na verdade, apesar de um rol no CPP, não existe uma regra absoluta, sendo que os tribunais superiores vão decidindo e modificando, sem maiores critérios, o que constitui nulidade absoluta ou relativa. É importante também aqui citar a lição do processualista Morta: “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade **àquele estrito mínimo que não pode ser subtraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos**” (Cunha e Pinto, *CPP Comentado*, p. 1.509). Ou como salientam Távora e Alencar, “Existe a tendência atual de se procurar evitar a decretação de nulidade processual, sob o argumento de que a nulificação não condiz com os objetivos de celeridade e de precaução contra dilações processuais indevidas. Daí que são relativizadas inclusive as nulidades denominadas de absolutas” (*Curso de processo penal e execução penal*, p. 1.496).

c) Consequência da nulidade. Já foi dito que a declaração judicial do ato como nulo implica como sanção, a nulidade desse ato. Ocorre que junto com essa decisão judicial, existem outros atos já realizados que podem ou não ser anulados. Para se definir quais atos devem ser anulados, mister o estudo de alguns princípios e também a localização desse ato no próprio procedimento.

Princípio da causalidade, extensão ou da sequencialidade: “A nulidade de um ato uma vez declarada, **causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência**” (art. 573, § 1º, do CPP) (grifo nosso). Também existe a previsão desse princípio no art. 281 do CPC, primeira parte: “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam...”

Princípios da conservação dos atos processuais. Segundo esse princípio, os atos que forem independentes do ato anulado não serão prejudicados (art. 3º, do CPP) (Badaró, ob. cit., p. 797). Também está previsto na parte final do enunciado do art. 281, do CPC: “...a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.”

Nulidade na fase postulatória. A nulidade dos atos da fase postulatória (compreende o oferecimento da denúncia ao oferecimento da defesa inicial) do processo sempre se propaga para os demais atos. Nesse sentido, fica prejudicada toda a instrução, não podendo ser reaproveitada a instrução anteriormente realizada (STJ, 5ª T., HC nº 28.830/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/12/2003, DJ 19/12/2003).

Nulidade na fase de instrução. A nulidade dos atos de instrução normalmente não contamina os outros atos de aquisição das provas validamente realizados, porque não existe relação de dependência. **Nulidade pós-instrução.** Não existe relação de causalidade entre a anulação das alegações finais ou sentença e os demais atos do processo, preservando-se assim, a instrução. Dessa forma, invertidas as alegações finais, deve-se anular tão somente essa fase, determinando-se a apresentação na forma correta: primeiro da acusação e depois da defesa (STJ, 5ª T., HC nº 32.896/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/04/2004, DJ 17/05/2004).

Nulidade do interrogatório não feito como último ato. Com a decisão do STF no HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, fixando orientação quanto à incidência da norma do art. 400 do CPP a partir da publicação do presente julgamento a todos os procedimentos regidos pela legislação especial, é possível a anulação desse interrogatório. Assim, no caso de crime de responsabilidade de crime de prefeito, seguindo essa decisão, o interrogatório deve ser feito por último (TJSC – Prova Objetiva – Data: 27-04-2025 – Questão “53” – Alternativa “B”). A partir dessa alteração de entendimento do STF, o STJ passou a seguir, inclusive a modulação dos efeitos, devendo os casos em que não tenha sido encerrada a instrução a partir de 11.03.2016, colocar o interrogatório como último ato (HC 397.382/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 3/8/2017, DJe 14/8/2017, informativo nº 0609 – Publicação: 13 de setembro de 2017). Assim, nesse caso, os processos a partir de 11.03.2016, com interrogatório feito no começo, hipótese da Lei de Drogas, deverá ser refeito, mas haverá anulação com efeito extensivo das alegações finais e da sentença, preservando os demais atos instrutórios (STJ, 5ª T., RHC nº 10.199/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/03/2001, DJ 23/04/2001). Atualmente, tem prevalecido nos tribunais superiores, a necessidade da prova do prejuízo se o interrogatório não foi o último ato: STF, HABEAS CORPUS 151.231 MINAS

GERAIS, Rel. Alexandre de Moraes, j. 11/06/2019 e STJ, RvCr n. 5563/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/5/2021, DJe de 21/5/2021; STJ, REsp 946.472/PR, Terceira Seção. Também nessa linha, o Tema Repetitivo 1114 do STJ, com a seguinte Tese Jurídica: “*O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu*”.

Nulidade do interrogatório e carta precatória.

1ª corrente. Tratando-se de nulidade relativa (que deve ser arguida no momento que ocorre), o interrogatório feito antes da oitiva da testemunha de acusação ouvida por carta precatória, não ocasiona a nulidade do processo. Isso porque o procedimento da carta precatória não acarreta a suspensão do processo (STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1828938/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/11/2021).

2ª corrente. Mesmo no caso de carta precatória, deve-se obedecer à previsão do interrogatório como último ato, já que a exceção permitida no art. 222 do CPP, refere-se tão somente à oitiva de testemunhas e não ao interrogatório (STJ, RHC 137.339 - 5ª Turma – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca j. 15/12/2020 - DJe 17/12/2020).

Não realização do interrogatório como último ato e natureza da nulidade. A questão foi pacificada no Tema Repetitivo 1.114 do STJ: “O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.” Dessa forma, trata-se de nulidade relativa sujeito à preclusão.

Netio auditur propriam turpitudines allegans. Conhecido como princípio do interesse, menciona que ninguém pode alegar uma nulidade a que tiver dado causa. Está previsto no art. 565 do CPP (Marcão, Renato. *Curso de processo penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2023, p. 457).

Não se declara nulo o ato que só interessa à parte contrária. Também previsto no art. 566 do CPP. Só a parte que suportou prejuízo, é que pode pleitear a anulação deste. Assim, se o MP é que suportou prejuízo, sendo-lhe tolhido o direito à acusação, incumbe tão somente ao Parquet pleitar essa nulidade. Todavia, sendo o MP defensor da ordem jurídica, possui legitimidade para, ao contrário, pleitear a nulidade no caso de prejuízo exclusivo

da defesa (Marcão, Renato. *Curso de processo penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2023, p. 457). **Nulidade de algibeira ou de bolso**. Trata-se de uma manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual. A parte somente depois alega uma nulidade que poderia ser arguida anteriormente, sob pena de preclusão. No processo penal, exige-se a boa-fé processual, que é a lealdade de todos os agentes processuais (STJ, 5ª Turma. AgRg no HC 732.642-SP, Rel. Min. Jesuino Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 24/05/2022 (Info 741).

15.4 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O sistema processual penal, por sinal extremamente confuso, é baseado profundamente no direito civil, advindo daí o ato inexistente (exemplo: a anterior inadmissibilidade do casamento homossexual) e a diferença entre nulidade de pleno direito e anulabilidade. Como numa pessoa que engorda, a vestimenta civil não se encaixou adequadamente na teoria processual penal. Abaixo analisaremos o ato inexistente, o ato nulo, incluindo a nulidade absoluta e relativa, o ato anulável e o ato irregular. A principal incompatibilidade é que embora tratamos as nulidades dentro do ato nulo, na prática, elas se encaixam no **ato anulável**: o ato processual continua a ser válido enquanto o judiciário não declarar a nulidade do mesmo.

15.4.1 Ato inexistente

O ato inexistente é aquele cuja atipicidade é tão grande que chega a ser considerado um não ato. Assim, no campo processual, a teoria da inexistência se desenvolveu a partir dos pressupostos processuais. Especificamente sobre um ato, recai sobre a distinção entre elementos essenciais e não essenciais. Assim, seria inexistente uma sentença prolatada por um não juiz (Badaró, ob. cit., p. 791).

Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 603, “apud” Badaró, ob. cit., p. 791, nota de rodapé 17) elenca as cinco situações básicas de **ato inexistente**: (a) quando o ato não se liga à vontade do seu autor (falta de assinatura); (b) quando o agente não possui as mínimas condições de realizar o ato; (c) quando o ato não contém conclusão alguma (petição inicial sem pedido, ou, na hipótese processual penal, denúncia sem pedido); (d) quando o ato dita um resultado materialmente impossível (na esfera processual penal, uma sentença no Brasil, afastando a hipótese de guerra, que sancionasse o réu

com a pena de morte); (e) quando o resultado afronta normas superiores de proteção ao Estado ou ao ser humano.

Exemplos de atos **inexistentes**: a) a sentença feita por um não juiz. Nesse caso, falta pressuposto de existência da relação: o órgão investido de jurisdição; b) a sentença sem assinatura também é ato inexistente, embora para a jurisprudência seja considerada como mero ato irregular. Dispõe o art. 205, *caput* do CPC de 2015 que “os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes”. Todavia, admite o parágrafo único de tal dispositivo, a assinatura de forma eletrônica. Capez entende também como não ato, exemplificando com a sentença sem dispositivo (*Curso de processo penal*, p. 582-583). Não precisa ser declarada pelo juiz (em tese), mas na prática exige-se declaração do juiz ou do tribunal hierarquicamente superior, já que não existe um automatismo de imprestabilidade (Heráclito Antônio Mossin, ob. cit., v. III, p. 343); c) outro exemplo é o ato praticado por juiz impedido (juiz julga caso em que sua esposa é defensora); d) prevalece o entendimento do STF (RTJ 104/1063) e do STJ (6ª Turma, HC 143.474/SP, Rel. Min. Celso Limongi, j. 06/05/2010) que entendem que a sentença que julga extinta a punibilidade do agente (art. 107, I, do CP) com base em certidão falsa é tida como inexistente, bastando desconsiderar o trânsito em julgado e proferir nova decisão. Na mesma linha, Renato Brasileiro de Lima (ob. cit., p. 169): “Nesse caso, a decisão não está protegida pelo manto da coisa julgada material. Afinal, se a conduta fraudulenta do próprio acusado foi a causa determinante do afastamento da pretensão punitiva, causando a alteração da situação de fato ou de direito juridicamente relevante, não se pode atribuir ao Estado qualquer responsabilidade. Em sentido diametralmente oposto, Gustavo Badaró. Se se entendesse como nulidade absoluta, nada mais poderia se fazer, por não se admitir a revisão *pro societate*. Tratando-se, todavia de *error in judicando* com o julgamento de extinção da punibilidade baseado em certidão de óbito do genitor, ocorre coisa julgada material (TJRJ, AC 2005.050.06582, j. 18-7-2006). É que nesse caso, havendo sentença de mérito, mesmo em sentido lato (porque o sentido estrito exige a absolvição em sentido estrito), haveria a coisa julgada material (Badaró, *Processo penal*, 4ª edição, 183-184).

Diferença entre ato inexistente e ato nulo. O ato inexistente, embora de forma errada, é equiparado ao nulo. Em outras palavras, o nulo abrange o nulo e o inexistente (Mossin, ob. cit., v. III, p. 343). Mas quanto à coisa julgada, os atos nulos não escapam da coisa julgada. Já o ato inexistente escapa da coisa julgada, pois, declarada a inexistência, o processo criminal poderá ser reativado.

Távora e Alencar elencam os atos processuais em estruturais, essenciais e acidentais. Os estruturais ou a sua ausência, geram a inexistência jurídica.

Já os essenciais são os que se relacionam à Constituição. A desconformidade geraria a nulidade absoluta. Mas existem os atos essenciais que não estariam gizados pela CF, gerando apenas a nulidade relativa. Por fim, os atos processuais acidentais geram simples nulidade relativa ou irregularidade (*Código de processo penal e execução penal*, p. 1.499).

15.4.2 Ato nulo

Ato nulo é aquele que **nasce** sem qualquer eficácia. Nesse caso, a nulidade inclui uma atipicidade que compromete ou pode comprometer a validade do ato (Hidejalma Muccio, ob. cit., p. 436). Mesmo sendo nulo, somente será considerado como tal quando o juiz ou tribunal **declarar** a sua imprestabilidade. Assim, contrariada a teoria, a qual prevê que não produz eficácia. Na prática, produz efeitos até que seja declarado nulo (Heráclito Antônio Mossin, ob. cit., v. III, p. 341).

Coisa julgada formal e coisa julgada material. Se houver nulidade e coisa julgada formal, cumpre diferenciar as hipóteses de sentença que julgou procedente o pedido condenatório ou não.

1ª situação. Se foi julgado procedente o pedido ou aplicada medida de segurança através de sentença absolutória imprópria, a preclusão das vias recursais não valida o ato nulo, prevalecendo o *favor libertatis*. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do seu art. 8º, 4: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1603). A sentença pode ser rescindida através da ação penal constitutiva do *habeas corpus* (art. 648, VI, CPP) ou através de revisão criminal (art. 626, CPP). Nesse caso, existe coisa julgada formal, mas a coisa julgada material não ocorre de forma absoluta.

2ª situação. Pedido julgado improcedente e preclusão das vias recursais. Nesse caso, a coisa julgada valida o ato nulo, já que não se admite a revisão *pro societate* (Mossin, ob. cit., v. III, p. 342).

15.4.2.1 Nulidade absoluta e relativa

Os atos nulos dividem-se em **nulidade relativa**: quando o ato é sanável e em **nulidade absoluta**: quando é impossível a consolidação do ato.

Diferenças: a) na nulidade absoluta se omite requisito ou termo expressamente declarado e exigido pela lei como imprescindível, **violando norma constitucional ou ainda violação de Tratado Internacional versando sobre**

Direitos Humanos¹. Pode ser sanada ou não. Na relativa, não se observa alguma formalidade (menos essencial que o requisito), e é sempre sanável; b) as nulidades relativas devem ser invocadas em momento oportuno e só são declaradas quando causarem prejuízo efetivo à parte. O STF tem-se inclinado a só admitir a nulidade nas hipóteses dos casos examinados pela referida Corte em se demonstrando o efetivo prejuízo (HC 104555/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 28-9-2010). As nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer momento, podem ou não ser sanáveis (o ato deve ser refeito, se possível) e o prejuízo é presumido; c) o prejuízo é **presumido** na nulidade absoluta² ao passo que deve ser comprovado na nulidade relativa. Assim, em ambas, deve existir o prejuízo. Mas como alerta Avena, *Processo penal*, p. 1.148, existem duas correntes, sendo que a primeira trata a nulidade absoluta com presunção é relativa, podendo ser afastada pela parte adversa. Outrossim, os tribunais superiores entendem que não existe presunção. Assim, a Lei 13.245/2016 alterou o art. 7º, XXI do Estatuto da OAB e entendeu como nulidade absoluta a recusa da autoridade policial em permitir a assistência do advogado ao indiciado no interrogatório e nos depoimentos realizados na fase policial. Essa nulidade absoluta deve ser lida da seguinte forma: não é obrigatória a participação do advogado no interrogatório e na tomada de depoimento em sede policial. Porém, existindo um advogado presente, ele terá direito a assistir esses atos, ficar dentro da sala, sob pena de nulidade absoluta, contaminando os demais atos correlatos; d) na nulidade relativa, há violação do ordenamento legal (infraconstitucional). A formalidade é essencial ao ato (ao contrário do ato irregular), pois visa a resguardar interesse de um dos integrantes da relação processual. O interesse, todavia, é mais da parte do que de ordem pública. Na nulidade absoluta, a formalidade violada está estabelecida diretamente no texto constitucional: princípio do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc. O interesse é de **ordem pública**. Jamais preclui, podendo ser reconhecido de ofício pelo juiz em qualquer fase do processo.

1. Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1604.

2. Para o STF tanto a nulidade absoluta como a relativa, exigem a demonstração do prejuízo: 2ª T., RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 23/03/2012): “II – Esta Corte vem assentando 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“(…) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes.” Seguindo essa linha de que pode não existir o prejuízo mesmo que na nulidade absoluta: Ada, Scarance e Magalhães, *Nulidades no processo penal*, 28-29.

Semelhanças:

Ambas dependem de pronunciamento judicial para serem reconhecidas. Na realidade, toda nulidade exige o pronunciamento judicial, principalmente do segundo grau e dos tribunais superiores.

O CPP distingue as nulidades absolutas das relativas no art. 572. São considerados atos *essenciais* ou *estruturais* os elencados no art. 564, III, com exceção das alíneas *d* (intervenção do MP); *e*, segunda parte (prazos concedidos para acusação e defesa); *g* (intimação do réu para o plenário do júri quando a lei não permitir o julgamento à revelia); *h* (a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade) e IV (omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato).

Ao contrário, são acidentais essas exceções e as demais hipóteses não abrangidas como atos essenciais. O inciso IV fala em elemento essencial do ato. Assim, existe o elemento essencial e o acidental do ato essencial. No caso do ato acidental só existe o elemento acidental. Os atos essenciais são os do inciso III do art. 564 e em outros dispositivos. Nota-se que o Código permite a falta de elemento essencial no ato essencial, inobstante a situação se assemelhe à de hipótese de ato inexistente. A solução é interpretar o sentido de “essencial” como **importante** (Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, p. 311). Assim, uma formalidade importante foi deixada de lado (v. g., a assinatura do réu na citação), mas passível de superação. O termo *importante* quer significar formalidade desejável de se obedecer, mas não imprescindível. O STJ reiteradamente vem entendendo que não cabe distinção entre nulidade absoluta e relativa, no sentido de exigir-se desta a prova do prejuízo (HC 138.001-RJ, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 6-10-2009).

Note-se que prevalece nos tribunais superiores a necessidade de se alegar oportunamente a nulidade relativa e a absoluta e também a demonstração do prejuízo. Assim, “3. Sobre o tema, “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventuais nulidades, absolutas ou relativas, devem ser aduzidas em momento oportuno, além de demonstrado o prejuízo suportado pela parte, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*” (AgRg no HC n. 772.870/PA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023)” (STJ, AgRg no HC 818682/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 11/03/2024). Dessa forma, mesmo a nulidade absoluta se não alegada no momento correto, sofrerá a preclusão em razão da segurança jurídica (STJ, AgRg no AREsp 2267393/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciorniki, j. 11/03/2024).

15.4.3 Ato anulável

É aquele **que produz efeito** até que seja invalidado e, assim, sua eficácia está sujeita à condição resolutiva. Nasce válido, mas se perde com uma comunicação falha (a citação).

Na prática todo ato processual é válido e somente quando analisado principalmente pelo Tribunal é tido como: (1) inexistente, se nem chegou a existir no mundo jurídico; (2) nulo, se chegou a existir, mas em tese todos os seus efeitos são desconsiderados; (3) anulável, se produz efeito até que seja invalidado; e (4) irregular, quando o vício não afeta a validade.

Daí a diferença entre as expressões *nulidade relativa* e *anulabilidade*. A primeira corresponde ao ato processual que não produz efeitos até o saneamento (refazimento) ou a sua convalidação pela preclusão (condição suspensiva). Exemplo: audiência de testemunhas sem a presença do réu preso juridicamente não produz efeitos, mas, de fato, poderia. Quanto à segunda, o melhor exemplo seria o dos vícios sociais e do consentimento do Direito Civil (erro, dolo, simulação, coação, fraude), quando o ato produz efeitos, até que seja invalidado. Ex: testemunho falso de vítima coagida pelo réu é ato anulável.

Princípio da eficácia dos atos processuais. Em razão da permanência do ato enquanto não se reconhecer a inexistência ou nulidade é que Vicente Greco denomina de princípio da permanência da eficácia dos atos processuais (Guilherme Madeira, *Curso de processo penal*, p. 1.069).

15.4.4 Ato irregular

É o vício de forma que não afeta a validade do ato (defeito na estrutura sem reflexo na sua eficácia), ou ainda que não exerce influência negativa na solução da lide. A formalidade violada está estabelecida em norma infra-constitucional.

Exemplos de ato irregular: a) memoriais ao invés de debates, na Lei de Tóxicos; b) autoridade policial sem atribuição no inquérito policial, mas que acaba por presidi-lo; c) denúncia oferecida fora do prazo legal (Badaró, ob., cit., p. 788); d) apresentação das razões de apelação fora do prazo de oito dias (STF, RHC 135876/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.09.2016).

Característica da irregularidade: exigência sem qualquer relevância para o processo.

15.4.5 Classificação segundo a jurisprudência (prática)

Numa classificação mais sintética, o ato pode ser **irregular, com nulidade absoluta, com nulidade relativa e inexistente**. Na prática, não se diferencia

o ato nulo do anulável. Também a principal preocupação é diferenciar a nulidade absoluta da relativa. Existem temas que flutuam sobre sua rotulação de nulidade absoluta ou relativa. Exemplo: apresentação de memoriais no procedimento ordinário. Também sobre interrogatório através de videoconferência: atualmente o STF entende que há nulidade absoluta.

15.4.6 Hipótese

15.4.6.1 Carta precatória

A falta de intimação da expedição da carta precatória gera nulidade relativa. Deve ser arguida pela Defesa no prazo hábil. Quando? No caso do rito ordinário até a fase dos memoriais, sob pena de preclusão, tratando-se de nulidade relativa.

Falta de intimação da audiência do juízo deprecado: trata-se de mera irregularidade, de sorte que não atinge a validade do ato.

Súmula 155 do STF. Nulidade na expedição de carta precatória. Da expedição da carta precatória devem ser intimadas as partes. Súmula 155, STF: “É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.” Não há nulidade pela não cientificação do Defensor da data da realização da audiência (RT 487/294) e não há necessidade de requisição do réu (RT 551/415). A tese é reforçada pela Súmula 273 do STJ (“Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”). Porém, há nulidade se não há disponibilidade de link para a Defesa (TJSP, Habeas Corpus Criminal nº 2095478-69.2021.8.26.0000, Rel. Vico Manhães, j. 15/06/2.021).

15.5 INADMISSIBILIDADE DA REVISIO PRO SOCIETATE

Segundo a Súmula 160 do STF: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.” Proíbe o Tribunal de reconhecer *ex officio* as nulidades absolutas ou relativas, em prejuízo do réu. Isso se não for alvo de recurso da acusação.

15.6 MOMENTO DE ARGUIÇÃO E PRECLUSÃO

15.6.1 Nulidade relativa: hipóteses e momento de arguição

São hipóteses de nulidade relativa as mencionadas no art. 564, III, *d*, *e*, *g* e *h* e IV do CPP: (1) falta de intervenção do MP na ação penal pública ou

privada; (2) falta de prazo concedido à acusação e à defesa; intimação pessoal do réu para comparecimento quando a lei vedar o julgamento à revelia (ex.: no homicídio); a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade; (3) omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. A falta de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público é hipótese de nulidade relativa (STF, HC 86.039-AM, Rel. Marco Aurélio, j. 29-11-2005). Considera-se apenas nulidade relativa a ausência do réu na oitiva das testemunhas, somente podendo ser declarada se provado o prejuízo (RJDTACRIM 23/411).

Momento de arguição. As nulidades devem ser arguidas no momento oportuno indicado pelo art. 571 do CPP e considerar-se-ão sanadas se, praticado de outra forma, o ato tiver atingido o seu objetivo; e se a parte, ainda que, tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. Isso na hipótese de nulidades relativas. Verifica-se que o processo se desdobra em várias fases (compartimentos, estanques), operando-se a preclusão, isto é, o fechamento ou encerramento. Os atos que deveriam ser praticados em uma fase e não foram não mais podem ser praticados em outra.

Trata-se do princípio da convalidação: as nulidades relativas estarão sanadas se não forem arguidas no momento oportuno.

a) Situações do art. 572, do CPP:

“I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406.”: a referência incide o art. 411. No caso, sendo as alegações orais, deve ser arguida a nulidade relativa nesse momento.

“II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500.” Testemunhas: arguição no prazo do art. 571, II, do CPP. Refere-se ao art. 500 do CPP (revogado) para os crimes apenados com reclusão, sob pena de preclusão (a matéria não pode ser mais discutida porque não foi arguida em sede de alegações). Atualmente, o prazo deve ser o das alegações orais em audiência ou em memoriais, consoante o art. 403. Para Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1607, se a nulidade relativa deve ser arguida na primeira oportunidade, esta verdadeiramente seria já na resposta à acusação. Todavia, entendemos que, para preservação da ampla defesa e do contraditório, seria admissível a arguição na fase de alegações.

“III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes.” Se houver nulidade relativa antes da resposta à acusação, a

arguição deverá ser feita nessa peça. Se for posterior, deverá ser arguida na fase dos debates ou memoriais”.

“IV - *as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;*”. O procedimento de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso, previsto nos arts. 549 a 555, do CPP não foi recepcionado pela Reforma da Parte Geral do Código Penal. Assim, o inciso IV do art. 571 encontra-se também revogado tacitamente (Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1608).

“V - *as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);*”. As ocorridas em decisão interlocutória de pronúncia, deverão ser arguidas em se de recurso em sentido estrito, já que não se admite alteração da decisão de pronúncia, que equivale a uma sentença. Quanto às posteriores, deverão ser arguidas quando da sessão de julgamento, nos termos do inciso V. Todavia, Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 1608, entende que havendo a fase de preparação do processo, a arguição deverá ocorrer nessa fase. Entendemos que tal arguição pode e deve ser admitida em plenário. Nesse sentido, os tribunais superiores mesmo após a edição da Lei 11.689/2008, têm admitida a arguição da nulidade relativa em plenário: STF, RHC nº 116.108/RJ, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01/10/2013, DJe 17/10/2013 e STJ, HC nº 191.209/SP, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 12/09/2017, DJe 22/09/2017).

“VI - *as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;*” A referência utilizada era do momento das alegações finais, tendo por base a utilização dos arts. 556 a 562, do CPP. Atualmente a referência incide sobre a Lei nº 8.038/1990, devendo a arguição da nulidade relativa ocorrer na fase de alegações finais a que alude o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.038/1990 (Renato Brasileiro de Lima, *Manual de processo penal*, p. 1.609).

“VII - *se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes*”. Igualmente, como no recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia, caberá a arguição de nulidade relativa se já houver decisão de primeira instância, em sede de apelação. Todavia, o inciso VII também faculta a apresentação na sustentação oral.

“VIII - *as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.*” A arguição da nulidade relativa deve ser realizada no momento do julgamento em plenário, ou em audiência ou sessão do tribunal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal: “A impugnação à

formulação dos quesitos deve ocorrer no julgamento em Plenário, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal,...” (Recurso Extraordinário nº 1136455/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17/12/2018, DJe 19/12/2018).

b) art. 569 do CPP: “As omissões da denúncia ou da queixa [...] poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.”

c) o comparecimento (art. 570 do CPP) do interessado sana a falta ou nulidade da citação. É hipótese de nulidade absoluta que se torna nulidade relativa.

d) Princípio da não preclusão e do pronunciamento *ex officio*: **nulidades absolutas**. Exceção: Súmula 160 do STF (“É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”), quanto à nulidade absoluta não arguida pela acusação. Exceção da exceção: **incompetência absoluta**: vício tão grave que o Tribunal deve conhecer.

15.7 O PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF

A expressão é originária da Ordenança Francesa de 1667, incorporada pelo Parlamento de Toulouse (Heráclito Antônio Mossin, *Curso de processo penal*, v. 3, p. 356). Prevê o art. 563 do CPP: “**Art. 563:** Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa.” Princípio do prejuízo: viga-mestra do sistema das nulidades. Não acolhe o **formalismo exagerado**. Somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade. A forma prevista para o ato não é um fim em si mesmo. É conhecido como princípio do prejuízo ou da conservação.

15.8 NULIDADES EM ESPÉCIE (ART. 564 DO CPP)

Introdução

As nulidades em espécie estão previstas no art. 564 do CPP. O CPP adotou um sistema misto ou híbrido.

15.8.1 A incompetência, a suspeição ou suborno do juiz (art. 564, I, do CPP)

a) Incompetência (art. 564, I, 1ª figura)

Competência é o limite da jurisdição do juiz. Se o juiz não é competente, o mesmo compromete a relação processual (autor, juiz e réu). **Ato inexistente**.