

LIVRO III

DAS NULIDADES E RECURSOS EM GERAL

Título I

Capítulo Único Das nulidades¹²⁰²⁻¹²⁰³

1202. Conceito de nulidade: é o vício, que impregna determinado ato processual, praticado sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e conseqüente renovação. Na lição de Borges da Rosa, “nulidade é o defeito jurídico que torna sem valor ou pode invalidar o ato ou o processo, no todo ou em parte” (*Nulidades do processo*, p. 97). Dividem-se em: a) *nulidades absolutas*, aquelas que devem ser proclamadas pelo magistrado, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, porque produtoras de nítidas infrações ao interesse público na produção do *devido processo legal*. Ex.: não conceder o juiz ao réu *ampla defesa*, cerceando a atividade do seu advogado; b) *nulidades relativas*, aquelas que somente serão reconhecidas caso arguidas pela parte interessada, demonstrando o prejuízo sofrido pela inobservância da formalidade legal prevista para o ato realizado. Ex.: o defensor não foi intimado para comparecer à audiência de inquirição de uma última testemunha de defesa, cujos esclarecimentos referem-se apenas aos antecedentes do réu, tendo havido a nomeação de defensor *ad hoc* para acompanhar o ato. Nessa hipótese, inexistindo demonstração de prejuízo, mantém-se a validade do ato, que foi incapaz de gerar uma desconsideração e renovação do ato, vale dizer, embora irregular a colheita do depoimento, sem a

presença do defensor constituído, disso nenhum mal resultou ao acusado, até pelo fato da testemunha ter pouco a esclarecer. Confirma-se o critério fornecido por Borges da Rosa para diferenciá-las: “se o *espírito* da lei foi atingido pela violação, esta é *intolerável*, ocorre *nulidade*, porque ocorre *prejuízo*, porque o *fim* colimado pela lei não foi conseguido. Mas, se ao invés, somente o *texto* da lei foi violado, porém não o seu *espírito*, visto como o *fim* colimado foi conseguido, então a violação é *tolerável*, não há motivo, de ordem superior, que exija a decretação da *nulidade*” (*Nulidades do processo*, p. 77).

1203. Atos inexistentes e irregulares: à margem das nulidades, existem atos processuais que, por violarem tão grotescamente a lei, são considerados inexistentes. Nem mesmo de nulidade se trata, uma vez que estão distantes do mínimo aceitável para o preenchimento das formalidades legais. Não podem ser convalidados, nem necessitam de decisão judicial para invalidá-los. Ex.: audiência presidida por promotor de justiça ou por advogado. Como partes que são no processo, não possuindo poder jurisdicional, é ato considerado inexistente. Deve, logicamente, ser integralmente renovado. Atos irregulares, por sua vez, são *infrações superficiais*, não chegando a contaminar a forma legal a ponto de merecerem renovação. São convalidados pelo simples prosseguimento do processo, embora devam ser evitados. Exemplo de irregularidade:

a ausência de assinatura do advogado no termo de audiência, onde esteve presente.

Sem prejuízo não há nulidade

Art. 499. Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. ¹²⁰⁴⁻¹²⁰⁶

1204. Princípio geral das nulidades: neste cenário, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais (*pas de nullité sans grief*). Vale ressaltar que, de tanto se decretar nulidades, surgiu o brocardo "mais vale um mau acordo do que uma boa demanda". Anote-se o ensinamento de Borges da Rosa: "quando ditos litigantes conseguiram, afinal, ver vitoriosas as suas pretensões e reconhecidos os seus direitos, a vitória lhes tinha custado tão cara que as despesas, as delongas e os incômodos do processo anulavam as vantagens do ganho da causa. Em geral, tais despesas excessivas, delongas e incômodos provinham, principalmente, de frequentes decretações de nulidade de parte ou de todo o processo. Estas, mais do que outras causas de origem diversa, deram nascença ao conselho da sabedoria prática: 'mais vale um mau acordo do que uma boa demanda'. As frequentes decretações de nulidade, em consequência de não terem sido seguidas, ao pé da letra da lei, as formalidades, quer substanciais, quer secundárias, por elas prescritas, para a regularidade dos atos forenses, tornavam os processos morosos, complicados e caros. Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a decretação de nulidades (...) expresso na máxima: '*pas de nullité sans grief*', não há nulidade quando não há prejuízo" (*Nulidades do processo*, p. 128-129). A forma

prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, motivo pelo qual se a finalidade para a qual se pratica o ato for atingida, inexistente razão para anular o que foi produzido. Logicamente, tal princípio deve ser aplicado com maior eficiência e amplitude no tocante às nulidades relativas, uma vez que o prejuízo, para o caso das nulidades absolutas, é presumido pela lei, inadmitindo prova em contrário. Assim, quando houver uma nulidade absoluta, deve ela ser reconhecida tão logo seja cabível, pois atentatória ao interesse público de se manter o *devido processo legal*. Entretanto, havendo uma nulidade relativa, somente será ela proclamada, caso requerida pela parte prejudicada, tendo esta o ônus de evidenciar o mal sofrido pelo não atendimento à formalidade legal. Contrário ao entendimento de que, nas nulidades absolutas, há um prejuízo *presumido*, mas tão somente *evidente*, porque a presunção inverte o ônus da prova, o que não ocorre nessas situações, está o magistério de Ada, Scarance e Magalhães (*As nulidades no processo penal*, p. 24). Na verdade, o que se vem alterando com o passar do tempo é a consideração de determinadas falhas processuais como sendo absolutas ou relativas. A tendência, hoje, é estreitar o campo das absolutas e alargar o campo das relativas. Embora na situação geradora de uma nulidade absoluta continue a ser presumido o prejuízo, sem admitir prova em contrário, 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.

1205. Finalidade da lei e nulidades: o sistema da *finalidade da lei*, dentre os vários existentes para avaliar se determinada falha processual acarreta nulidade absoluta ou relativa, torna-se, atualmente, fundamental, em especial diante da excessiva morosidade com que atua o Poder Judiciário. Varas repletas de processos, tribunais sobrecarregados de recursos e um aparelho judiciário ainda antiquado transformam o princípio da economia processual, por vezes, em ficção jurídica. Uma das formas de se combater a lentidão exagerada em relação ao trâmite processual é evitar, sempre que possível, a decretação de nulidades, pois tal medida implicará no refazimento dos atos já praticados, acarretando, por óbvio, um atraso significativo na conclusão do feito. Por isso, quando o ato processual deixou de ser praticado conforme a fórmula legalmente prevista, porém, terminou por atingir a *finalidade da lei* (ou o *espírito da lei*), inexistente plausibilidade para ser anulado. Necessita-se mantê-lo, por uma questão de lógica e praticidade. Conforme ensina Borges da Rosa, “anular o ato que atingiu o *fim* colimado pela lei, só pelo motivo dele não ter obedecido o *texto* da mesma lei, e mandar que o seu autor pratique de novo o ato, de acordo com o dito texto, para novamente conseguir o *fim* que já tinha conseguido, é tão insensato e antieconômico, como mandar o oficial, que o inferior, seu subalterno, faça de novo, por via férrea, a viagem, que fizera de automóvel, para chegar novamente ao mesmo ponto que atingira pela estrada de rodagem e cumprir novamente a mesma missão que já tinha cumprido. (...) A *sanção de nulidade* só tem aplicação, quando, com a *violação do texto* da lei processual, se viola também o *espírito* do texto legal, isto é, quando ocorre *violação de fundo*, quando o *fim* colimado pelo texto legal não é conseguido, quando ocorre *prejuízo* para uma ou outra das partes, para o Direito, para a Justiça. A

sanção de nulidade pode vir acompanhada também de *sanção disciplinar*” (*Nulidades do processo*, p. 143-150).

1206. Nulidade em inquérito policial militar: inexistente. Trata-se de procedimento administrativo, destinado, primordialmente, a formar a opinião do Ministério Público, a fim de saber se haverá ou não acusação contra alguém. Logo, não há razão alguma para proclamar-se a nulidade de ato produzido durante a investigação. Se algum elemento de prova for produzido em desacordo com o preceituado em lei, cabe ao magistrado, durante a instrução – e mesmo antes, se for preciso –, determinar que seja refeito (ex.: um laudo juntado aos autos do inquérito foi produzido por um só perito. Deve ser novamente realizado, embora permaneça válido o inquérito). Nesse sentido: STF: “Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo nem enseja a sua anulação” (HC 77.357-PA, 2.ª T., rel. Carlos Velloso, 27.10.1998, v. u., RTJ 176/1221). TJGO: “A ausência do advogado durante o inquérito policial, por si só, não tem o condão de trazer nulidade para o processo. Ademais, eventual irregularidade ocorrida no inquérito policial não contagia a ação penal superveniente” (HC 201093009888-GO, 2.ª C., rel. Prado, 21.09.2010, v. u.). Em posição diversa, sustentando a possibilidade de haver vícios no inquérito capazes de contaminar o processo, conferir o magistério de Eneida Orbage de Britto Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima: “Ressalte-se que o constituinte, ao não admitir provas ilícitas no processo, referiu-se a este de forma *lato sensu*, incluindo-se aí, portanto, o inquérito, apesar do sistema processual brasileiro ser acusatório, adotando como prova, *stricto sensu*, aquela produzida em juízo. Não podendo haver outro raciocínio,

vez que o Código de Processo Penal, no seu art. 6.º, III, prevê que a autoridade policial deve colher de ofício todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias. Finalmente, em consonância com a doutrina, com o preceito acima citado e em homenagem ao princípio da árvore envenenada, que é adotado pelo nosso ordenamento jurídico, as provas ilícitas, obtidas diretamente ou derivadas de outras, são fulminadas de nulidades independentemente do momento em que foram produzidas” (*Temas de direito penal e processual penal*, p. 109-110). Temos sustentado que o sistema processual brasileiro é misto, vale dizer, inicia-se de maneira inquisitiva (inquérito policial, como regra) e finda no modelo acusatório (processo). Porém, independentemente disso, como já mencionamos, os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não têm o condão de macular o processo, já que o magistrado possui o poder (dever) de determinar o refazimento da prova irregularmente produzida na fase policial ou mandar que seja desentranhada dos autos do processo a prova ilicitamente obtida. Tornamos, pois, a insistir: não existe nulidade a ser proclamada oficialmente pelo Judiciário em atos produzidos na fase do inquérito policial.

Casos de nulidade

Art. 500. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:¹²⁰⁷

I – por incompetência,¹²⁰⁸⁻¹²¹¹ impedimento, suspeição¹²¹² ou suborno do juiz;¹²¹³

II – por ilegitimidade de parte;¹²¹⁴

III – por preterição das fórmulas ou termos seguintes:

a) a denúncia;¹²¹⁵

b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 328;¹²¹⁶

c) a citação do acusado para ver-se processar e o seu interrogatório, quando presente;¹²¹⁷

d) os prazos concedidos à acusação e à defesa;¹²¹⁸⁻¹²¹⁹

e) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal;¹²²⁰

f) a nomeação de defensor ao réu presente que não o tiver,¹²²¹⁻¹²²² ou de curador ao ausente e ao menor de 18 (dezoito) anos;¹²²³

g) a intimação das testemunhas arroladas na denúncia;¹²²⁴

h) o sorteio dos juízes militares e seu compromisso;¹²²⁵

i) a acusação e a defesa nos termos estabelecidos por este Código;¹²²⁶

j) a notificação do réu ou seu defensor para a sessão de julgamento;¹²²⁷

l) a intimação das partes para a ciência da sentença ou decisão de que caiba recurso;¹²²⁸

IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo.¹²²⁹

1207. Rol exemplificativo: outras nulidades podem ser reconhecidas, advindas de princípios constitucionais e processuais, embora não expressamente constantes no rol deste artigo.

1208. Incompetência: em cumprimento ao princípio do juiz natural, garantido constitucionalmente, ninguém será processado ou julgado senão pelo juiz indicado previamente pela lei ou pela própria Constituição. Assim, é fundamental que as regras de competência sejam observadas, sob pena de nulidade. Ocorre que a doutrina vem sustentando o seguinte: em se tratando de competência constitucional, a sua violação importa na inexistência do ato e não simplesmente na anulação (ex.: processar criminalmente um deputado federal em uma vara comum de primeira instância, em vez de fazê-lo no STF). No mais, não sendo competência prevista diretamente na Constituição, deve-se dividir a competência

em absoluta (em razão da matéria e de foro privilegiado), que não admite prorrogação, logo, se infringida é de ser reconhecido o vício como nulidade absoluta, e relativa, aquela que admite prorrogação, pois referente apenas ao território. Não aventada pelas partes, nem proclamada pelo juiz, é incabível a anulação dos atos praticados, uma vez que se considera prorrogada. A justificativa para essa postura é dada por Frederico Marques, ao mencionar que “na distribuição dos poderes jurisdicionais, *ratione loci*, as atribuições judiciárias se diversificam em virtude de fatores acidentais e de valor relativo. Tanto o juiz da comarca B, como o da comarca A estão investidos de poderes jurisdicionais para conhecer e julgar o delito, sendo iguais as esferas de atribuições de ambos. Circunstâncias decorrentes de melhor divisão do trabalho, e de natureza toda relativa, é que lhes discriminam a capacidade para conhecer dos casos concretos submetidos a processo e julgamento”. Mas faz uma advertência, ainda com relação à incompetência territorial, tida como relativa: “É claro que, em se tratando de erro grosseiro, a incompetência é insanável. Suponha-se, por exemplo, que o crime tenha ocorrido na comarca A e que, sem nenhum motivo, por mínimo que fosse, o processo corresse na comarca B, muito distante daquela. Nessa hipótese, nem o silêncio e a aquiescência do réu sanariam a nulidade” (*Da competência em matéria penal*, p. 218-219). E assim deve mesmo ser, sob pena de se ferir, irreparavelmente, o princípio constitucional do juiz natural, que envolve, com certeza, além da competência em razão da matéria e da prerrogativa de foro, a competência territorial. Afinal, como regra, estabeleceu o legislador o foro do lugar da infração não por acaso, mas para que o criminoso seja julgado no local onde seu ato atingiu a maior repercussão, servindo, inclusive, em caso de condenação,

a efetivar o caráter preventivo geral da pena. Na jurisprudência: TJSE: “Equivoca-se o recorrente em aduzir que a incompetência territorial é absoluta, pois a mesma é relativa, podendo ser prorrogada desde que a parte não suscite no momento oportuno, o que ocorreu no caso *sub examine*” (RSE 0067/2009-SE, C.C., rel. Netônio Bezerra Machado, 25.01.2010, v. u.).

1209. Infringência à regra da prevenção: trata-se de nulidade relativa, pois a prevenção é vinculada à competência territorial que provoca, quando violada, nulidade relativa. Nesses termos, conferir a Súmula 706 do STF: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”. Assim deve ser, pois a prevenção é somente o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por juiz que poderia apreciar o feito caso houvesse regular distribuição. Exemplo: em uma Circunscrição, há três auditorias com igual competência para os diversos feitos da área penal. Para a eleição do juiz natural, o caminho natural é a distribuição, embora possa ocorrer uma situação de urgência, como a necessidade de se obter uma prisão preventiva em plena investigação policial. Dessa forma, estando presente, no final de semana, o juiz da 1.^a Auditoria, a autoridade policial militar com ele despacha o pedido de prisão cautelar e obtém a medida consuetudinária. Está a 1.^a Auditoria preventiva para o conhecimento de eventual ação penal a ser ajuizada. Pode ocorrer, no entanto, que não se obedeça esse critério, distribuindo-se o feito, quando o inquérito for concluído, razão pela qual cai nas mãos do juiz da 2.^a Auditoria. Caso ninguém questione, nem provoque a exceção de incompetência, não é motivo de anulação do processo futuramente, a pretexto de ter havido nulidade absoluta. Repita-se: nesse caso, tratando-se

de competência relativa, a violação causa, igualmente, nulidade relativa.

1210. Coisa julgada e incompetência: normalmente, a coisa julgada convalida as eventuais nulidades do processo. Esomente o réu, por meio da revisão criminal e do *habeas corpus*, pode rever o julgado, sob a alegação de ter havido nulidade absoluta (isso não ocorre quando se trata de nulidade relativa). Entretanto, a incompetência constitucional, que considera o praticado pelo juiz como atos inexistentes, em tese, não poderia ser sanada pela coisa julgada, justamente porque a sentença que colocou fim ao processo não existiu juridicamente. Assim ocorrendo, quando em favor do acusado, não há dúvida de que o processo deve ser renovado. Mas, e se a incompetência constitucional, se reconhecida, prejudicar o réu? Respondem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que, nessa hipótese, há de se convalidar a sentença absolutória, sem haver a renovação dos atos processuais, embora inexistentes, em nome dos princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis* (*As nulidades no processo penal*, p. 46). De fato, como os princípios constitucionais devem harmonizar-se, o fato de haver, na Constituição, a garantia do juiz natural, não significa que seja um princípio absoluto e imperativo. Em sintonia com os demais, não pode o réu ser prejudicado porque foi processado em vara incompetente, o que não foi alegado a tempo pela acusação. A coisa julgada, que confere segurança às relações jurídicas, especialmente quando houver absolvição, deve ser respeitada.

1211. Incompetência da autoridade policial militar: não vicia o ato ou a diligência efetuada. Autoridades policiais não exercem poder jurisdicional, limitado pela competência. Logo, é incabível aplicar-se

as regras de competência aos agentes do Estado-investigação, integrantes do Poder Executivo. Ex.: se uma autoridade policial lavrar um auto de prisão em flagrante em área diversa da sua zona de atuação, poderá-se considerá-lo válido. Nesse prisma: STJ, RHC 16.189-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 03.08.2004, v. u., DJ 06.09.2004, p. 272.

1212. Suspeição e impedimento: quando houver impedimento, por estar magistrado proibido de exercer, no processo, a sua jurisdição, trata-se de ato inexistente se o fizer. Em sentido contrário, crendo-se causa de nulidade absoluta, está a posição de Greco Filho: "É costume repetir-se que o impedimento retira do juiz a jurisdição. Essa assertiva, contudo, não é verdadeira. Jurisdição ele continua tendo, porque não está desinvestido. Ele somente está proibido de exercê-la naquele processo com o qual tem um dos vínculos relacionados no art. 252. A distinção é importante porque se o juiz não tivesse jurisdição (aliás, então, ele não seria juiz) seus atos seriam inexistente ao passo que, na realidade, o que ocorre que seus atos são nulos, absolutamente nulos" (*Manual de processo penal*, p. 215). Entendemos, no entanto, que a lei veda o exercício jurisdicional ao magistrado em determinado processo, o que torna inexistente o ato por ele praticado justamente nesse feito. Não se trata de um mero vício, mas de uma grave infração à lei, equivalente a magistrado de vara cível resolver despachar processos na vara criminal. Seus atos não são nulos, mas inexistentes naquele processo. Ainda que produza algum efeito, será fruto do erro de outras pessoas, envolvidas no processo, em cumpri-los. No sentido de serem inexistentes, como sustentamos Mirabete (*Código de Processo Penal interpretado*, p. 699). Entretanto, tratando-se de suspeição, é motivo de nulidade, desde que a parte interessada assim reclame, por meio

da exceção cabível. Se o juiz suspeito for aceito, deixa de existir razão para anulação dos atos por ele praticados.

1213. Suborno do juiz: *subornar* é dar dinheiro ou alguma vantagem para obter favores indevidos. Insere-se, pois, no contexto da corrupção, razão pela qual não deixa de ser um motivo especial de suspeição. Assim, conhecido pela parte, a qualquer momento, pode ser invocado para anular o que foi praticado pelo magistrado subornado. Se o réu, no entanto, foi absolvido, com trânsito em julgado, inexistindo revisão em favor da sociedade, nada se pode fazer para reabrir o processo. Responde, apenas, o juiz, nas esferas criminal e administrativa.

1214. Ilegitimidade de parte: não distingue a lei se a ilegitimidade é para a causa (*ad causam*) ou para o processo (*ad processum*), razão pela qual ambas podem gerar nulidade. Entretanto, quando a ilegitimidade referir-se à ação penal – como dar início à ação penal pública incondicionada não sendo membro do Ministério Público, nem a vítima, em caráter subsidiário, por exemplo –, não há como convalidar, motivo pelo qual é nulidade absoluta. Quando se cuidar de ilegitimidade para a relação processual – como uma representação irregular, por exemplo –, é possível corrigi-la, tratando-se de nulidade relativa.

1215. Denúncia: a falta de denúncia impossibilita o início da ação penal, razão pela qual este inciso, na realidade, refere-se à ausência das fórmulas legais previstas para essas peças processuais. Uma denúncia formulada sem os requisitos indispensáveis, certamente é nula. Entretanto, a nulidade pode ser absoluta – quando a peça é insuficiente para garantir a defesa do réu –, devendo ser refeita, ou relativa – quando a peça proporciona a defesa, embora precise de ajustes –, podendo ser convalidada.

1216. Exame de corpo de delito: quando o crime deixa vestígios, é indispensável a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto. Assim, havendo um caso de homicídio, por exemplo, sem laudo necroscópico, nem outra forma válida de produzir a prova de existência da infração penal, deve ser decretada a nulidade do processo. Trata-se de nulidade absoluta. O inciso em comento, entretanto, estabelece a possibilidade de se formar o corpo de delito de modo indireto, ou seja, por meio de testemunhas. De um modo ou de outro, não pode faltar o corpo de delito. Outra possibilidade é a realização do exame sem o respeito às fórmulas legais, como a participação de peritos nomeados pelo juiz, sem deter os requisitos devidos. Pode ser causa de nulidade, neste caso, no entanto, relativa.

1217. Ampla defesa e contraditório: essa causa de nulidade – ausência de citação – é corolário natural dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Naturalmente, sem ser citado ou se a citação for feita em desacordo com as normas processuais, prejudicando ou cerceando o réu, é motivo para anulação do feito a partir da ocorrência do vício. Trata-se de nulidade absoluta.

1218. Concessão de prazos à acusação e à defesa: ao longo da instrução, vários prazos para manifestações e produção de provas são concedidos às partes. Deixar de fazê-lo pode implicar um cerceamento de acusação ou de defesa, resultando em nulidade relativa, ou seja, se houver prejuízo demonstrado.

1219. Intimação do réu para constituir outro defensor antes do julgamento de recurso: como decorrência natural da aplicação da garantia constitucional da ampla defesa, sempre que o defensor cons-

tituído do acusado renunciar, é obrigatória a sua intimação para eleger outro de sua confiança, antes que o juiz possa nomear-lhe um dativo. Portanto, o mesmo deve ocorrer em grau de recurso, ou seja, caso a renúncia ocorra quando o processo está no tribunal, aguardando julgamento de apelação ou outro recurso, é fundamental que o relator providencie a intimação do acusado para constituir outro defensor assim que tomar conhecimento da renúncia do anterior. Não o fazendo – e havendo prejuízo – é nulo o julgamento da apelação. É o teor da Súmula 708 do STF: “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”. Parece-nos que a nulidade deve ser considerada relativa, até porque, embora a apelação seja julgada, pode levar a uma decisão de interesse do acusado, não merecendo, pois, ser desconsiderada.

1220. Intervenção do Ministério Público: menciona o inciso que é causa de nulidade se o representante do Ministério Público não interferir nos feitos por ele intentados (ação pública), bem como naqueles que foram propostos pela vítima, em atividade substitutiva do Estado-acusação (ação privada subsidiária da pública). 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 relativa, necessitando-se da prova do prejuízo. Sustentando que a não intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada

é nulidade absoluta, estão as posições de Tourinho Filho (*Código de Processo Penal comentado*, v. 2, p. 237) e Mirabete (*Código de Processo Penal interpretado*, p. 702). Na jurisprudência: TJSP: “Entorpecentes – Preliminar do Ministério Público – Cerceamento à acusação – Ocorrência – Ausência do Representante Ministerial na audiência de instrução e julgamento – Nulidade do feito declarada, prejudicado o exame do mérito recursal, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do recorrente” (Ap. 990.09.368654-6, 16.^a C., rel. Pedro Menin, 21.09.2010, v.u.).

1221. Defesa ao réu: é imprescindível. Preceitua a Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5.^o, LV). Nessa esteira, o Código de Processo Penal Militar prevê que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Assim, a falta de defesa é motivo de nulidade absoluta.

1222. Ausência de defesa ou deficiência de defesa: há natural distinção entre as duas hipóteses. No primeiro caso, não tendo sido nomeado defensor ao réu, caso este não possua advogado constituído, gera-se nulidade absoluta, mesmo porque presumido é o prejuízo. Na segunda situação, a deficiência de defesa não é causa obrigatória de nulidade, relativa neste caso, devendo ser evidenciado o prejuízo sofrido pelo acusado. É o conteúdo da Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Deve-se salientar, no entanto, que há casos de deficiência tão grosseira que podem equivaler à ausência de defesa, razão

posições de
 processo Penal
 (Código
 702). Na
 Pre-
 Cerceamen-
 ausência do
 audiência de
 do feito
 de mérito
 expedição de
 em favor do
 654-6, 16.^a
 010, v.u.).

imprescindi-
 Federal que
 judicial ou
 em geral são
 ampla defesa,
 inerentes”
 Código de
 que nenhum
 ou foragido,
 em defensor.
 de nulidade

ou deficiên-
 ação entre as
 caso, não tendo
 réu, caso este
 tido, gera-se
 porque presu-
 da situação, a
 usa obrigatória
 so, devendo ser
 pelo acusado.
 23 do STF: “No
 defesa constitui
 deficiência só
 de prejuízo para
 no entanto, que
 o grosseira que
 de defesa, razão

por que deve o juiz zelar pela amplitude de defesa, no processo penal, considerando o réu indefeso e nomeando-lhe outro defensor. Caso não o faça, constituída está uma nulidade absoluta, inclusive pelo fato de ter infringido preceito constitucional, natural consequência do devido processo legal (ampla defesa). Checar: STF: “*Habeas corpus*. Extorsão mediante sequestro. Paciente presa em São Paulo, respondendo à ação penal no Rio de Janeiro. Condenação. Cerceamento de defesa: ausência da ré nos atos processuais. Impossibilidade de entrevistar-se com a defensora nomeada em outra unidade da Federação. 1. Paciente condenada por crime de extorsão mediante sequestro. Ação penal em curso no Rio de Janeiro. Paciente presa em São Paulo. Ausência de contato com o processo em que figurou como ré. Impossibilidade de indicar testemunhas e de entrevistar-se com a Defensora Pública designada no Rio de Janeiro. Cerceamento de defesa. 2. A falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal é inadmissível, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com graves reflexos em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade. 3. A circunstância de que a paciente poderia contatar a Defensora Pública por telefone e cartas, aventada no ato impugnado, não tem a virtude de sanar a nulidade alegada, senão o intuito de contorná-la, resultando franco prejuízo à defesa, sabido que a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional é restrita ou proibida. Ordem concedida” (HC 85200-RJ, 1.^a T., rel. Eros Grau, 08.11.2005, v.u., DJ03.02.2006, p. 31).

1223. Curador ao réu menor de 21 anos e ao menor de 18: primeiramente, cumpre destacar que, segundo entendemos, não há mais sentido em se nomear curador

ao réu menor de 21 anos, diante da edição da Lei 10.406/2002 (Código Civil), que passou a considerar plenamente capaz, para todos os atos da vida civil, o maior de 18 anos. Logo, a proteção almejada a quem era considerado relativamente incapaz e imaturo desapareceu. Quanto ao menor de 18, ele não pode ser criminalmente processado, em face da expressa vedação imposta pela Constituição Federal. Não há mais curador em caso algum.

1224. Intimação das testemunhas arroladas na denúncia: deve-se incluir, também, as de defesa, por uma questão de paridade. Desse modo, não tendo havido a intimação solicitada pelas partes, o julgamento está prejudicado. Nova sessão deve ser agendada, caso alguma das testemunhas falte. Entretanto, se todas comparecerem, mesmo que não intimadas, o julgamento pode realizar-se. Por outro lado, se, a despeito de não intimadas e sem terem comparecido, a sessão ocorrer, configura-se nulidade relativa, ou seja, anula-se desde que as partes reclamem, demonstrando prejuízo.

1225. Sorteio do Conselho de Justiça e os compromissos: mais uma vez, demonstra o Código a preocupação com as formalidades existentes na composição do Conselho da Justiça Militar, para não haver qualquer tipo de burla ao espírito que norteia a instituição. Logo, não pode haver, em hipótese alguma, pois o prejuízo é presumido, um Conselho de Justiça formado por número inferior de magistrados. Se houver, é nulidade absoluta. Quanto ao compromisso, parece-nos falha geradora de nulidade relativa.

1226. Acusação e defesa no julgamento pelo Conselho de Justiça: é fundamental que acusação e defesa estejam presentes e participando ativamente da sessão de

juízo, informando todos os juizes componentes do Conselho acerca de suas alegações. Logo, se faltar defesa ou esta atuar de modo deficiente pode gerar prejuízo irreparável e causa de nulidade.

1227. Ausência do réu e realização da sessão: é possível a realização do julgamento, mesmo estando o réu ausente. Entretanto, é direito do acusado ter ciência de que se realizará a sessão, podendo exercer o seu direito de comparecimento. Logo, a falta de intimação pode gerar nulidade, porém relativa. Por outro lado, se o acusado, ainda que não intimado, comparecer para a sessão, supera-se a falta de intimação, pois a finalidade da norma processual foi atingida.

1228. Intimação para recurso: as partes têm o direito a recorrer de sentenças e despachos, quando a lei prevê a possibilidade, motivo pelo qual devem ter ciência do que foi decidido. Omitindo-se a intimação, o que ocorrer, a partir daí, é nulo, por evidente cerceamento de acusação ou de defesa, conforme o caso. Cuida-se de nulidade relativa.

1229. Atos processuais e sua formalidade: os atos processuais são realizados conforme a forma prevista em lei. Se algum ato for praticado, desrespeitada a forma legal, desde que seja a formalidade essencial à sua existência e validade, a nulidade deve ser reconhecida. Entretanto, trata-se de nulidade relativa, que somente se reconhece havendo prejuízo para alguma das partes. Exemplo: o mandado de citação deve ser expedido contendo o nome do juiz, o nome do querelante, quando for o caso, o nome do réu, a sua residência, o fim da citação, o juízo e o lugar em que deve comparecer para interrogatório, a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz. Faltando no mandado o juízo e o lugar em que deve o réu comparecer,

é natural que a principal finalidade do ato processual não será atingida. O acusado deixará de comparecer ao seu interrogatório, cuja oportunidade de realização é inafastável, gerando nulidade. Entretanto, caso o réu compareça ao interrogatório, porque se informou com outras pessoas ou com seu defensor a respeito, sana-se o defeito. Por outro lado, a residência do réu não é da essência do ato processual, mormente se o oficial de justiça o encontrou. Faltando, não anula o ato.

Impedimento para arguição da nulidade

Art. 501. Nenhuma das partes poderá arguir a nulidade a que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa.¹²³⁰

1230. Interesse para o reconhecimento da nulidade: do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento. Logo, não pode ser ela a geradora do defeito, plantado unicamente para servir a objetivos escusos. Por outro lado, ainda que não seja a causadora do vício processual, não cabe a uma parte invocar nulidade que somente beneficiaria a outra, mormente quando esta não se interessa em sua decretação (ex.: argui nulidade o promotor por não ter sido a defesa intimada da expedição de carta precatória para ouvir testemunhas em outra comarca, embora afirme o defensor que nenhum prejuízo sofreu a defesa do réu. Ainda que possa representar um ponto de cerceamento de defesa, somente a ela interessa levantá-la). Está correta a previsão legal, uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo o seu reconhecimento, ou pedir que o juiz con-

sidere nulo determinado ato, quando não há interesse algum, seria a utilização dos mecanismos legais para conturbar o processo e não para garantir o devido processo legal. Logicamente, esse é o contexto das nulidades relativas, pois as absolutas devem ser reconhecidas a qualquer tempo, inclusive de ofício. Por derradeiro, destaca-se a lição de Borges da Rosa: "As nulidades, por terem um caráter odioso, por constituírem uma sanção ou pena, devem ser alegadas e aplicadas *restritivamente*, só quando se destinem a reparar um *prejuízo* decorrente da violação da lei. Só pode, portanto, alegar nulidade quem sofreu esse *prejuízo*" (*Nulidades do processo*, p. 176).

Nulidade não declarada

Art. 502. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.¹²³¹

1231. Nulidade irrelevante: baseado no princípio geral de que, sem prejuízo, não há que se falar em nulidade, é possível haver um ato processual praticado sem as formalidades legais que, no entanto, foi irrelevante para chegar-se à verdade real no caso julgado. Assim, preserva-se o praticado e mantém-se a regularidade do processo. Exemplo: a testemunha que se pronunciar em idioma estrangeiro deve ter intérprete. É a formalidade do ato. Se ela for ouvida sem o intérprete, mas seu depoimento foi considerado irrelevante pelo juiz e pelas partes, não se proclama a nulidade.

Falta ou nulidade da citação, da intimação ou da notificação. Presença do interessado. Consequência

Art. 503. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação ficará

sanada com o comparecimento do interessado antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz com o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar o direito da parte.¹²³²

1232. Regularização da falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação: outra vez fundado no princípio de que não se declara nulidade quando inexistir prejuízo à parte, torna o Código de Processo Penal Militar a permitir que eventuais defeitos possam ser sanados. É o que se dá neste caso, quando houver falta ou nulidade da citação ou das intimações de um modo geral. Se o réu, embora não citado, por exemplo, comparece no processo e, por seu advogado, apresenta a defesa prévia, inexistente razão para considerá-lo nulo. Por outro lado, se comparecer no processo, após ter sido oferecida a defesa prévia por defensor dativo, pode pleitear a reabertura do prazo, para que o defensor constituído se manifeste, anulando-se o ato anteriormente praticado, evitando-se qualquer cerceamento de defesa. Se a parte não foi intimada da sentença condenatória, em outro exemplo, mas, ainda na fluência do prazo recursal, apresenta o apelo, está sanada a falha. Caso o prazo já tenha decorrido, o juiz deve reabri-lo, anulando o que foi praticado depois disso.

Oportunidade para a arguição

Art. 504. As nulidades deverão ser arguidas:

a) as da instrução do processo, no prazo para a apresentação das alegações escritas,¹²³³

b) as ocorridas depois do prazo das alegações escritas, na fase do julgamento ou nas razões de recurso.¹²³⁴

Parágrafo único. A nulidade proveniente de incompetência do juízo pode ser declarada a requerimento da parte ou de ofício, em qualquer fase do processo.

1233. Alegações finais no processo comum: argui-se a nulidade em preliminar, antes de se adentrar o mérito da causa.

1234. Sustentação oral ou recurso: os vícios do processo, após a fase das alegações escritas, devem ser arguidas na sustentação oral, perante o Conselho de Justiça; após o veredicto, eventuais nulidades devem ser inseridas nas preliminares do recurso.

Silêncio das partes

Art. 505. O silêncio das partes sana os atos nulos, se se tratar de formalidade de seu exclusivo interesse.¹²³⁵

1235. Convalidação das nulidades relativas: *convalidar* significa restabelecer a validade. Assim, quando houver algum vício – nulidade relativa – que possa ser sanado ou superado pela falta de pedido da parte interessada para o seu reconhecimento, dá-se por convalidada a nulidade. A preclusão – que é a falta de alegação no tempo oportuno – é motivo de validação do defeito contido em determinado ato processual. Estabelece o art. 504 os momentos para a alegação das nulidades, após os quais, quando relativas, serão consideradas sanadas. O trânsito em julgado da sentença pode levar, ainda, à impossibilidade de reconhecimento das nulidades. Quando condenatória a decisão, não havendo revisão em favor da sociedade, o princípio é absoluto. Entretanto, no caso da defesa, há a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal ou de *habeas corpus*, desde que se trate de nulidade absoluta. Além da preclusão, há possibilidade de se convalidar a

nulidade, quando o ato processual viciado atingir a sua finalidade.

Renovação e retificação

Art. 506. Os atos, cuja nulidade não houver sido sanada, serão renovados ou retificados.¹²³⁶

Nulidade de um ato e sua consequência

§ 1.º A nulidade de um ato, uma vez declarada, envolverá a dos atos subsequentes.¹²³⁷

Especificação

§ 2.º A decisão que declarar a nulidade indicará os atos a que ela se estende.¹²³⁸

1236. Renovação ou retificação do ato anulado: é consequência natural da decretação da nulidade. Se o vício não foi consertado na forma prevista nos artigos anteriores, é preciso que o juiz considere nulo o realizado e determine a sua renovação (quando se pratica novamente o ato) ou a sua retificação (quando se conserta o que estava errado).

1237. Princípio da causalidade: significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dele decorram, constituindo mostra da natural conexão dos atos realizados no processo, objetivando a sentença. É o que se denomina, também, de *nulidade originária e nulidade derivada*. A norma processual penal utiliza o termo “causará”, demonstrando que a nulidade de um ato *deve* provocar a de outros, quando estes dele *dependam* diretamente ou sejam *consequência* natural do anulado. Assim, é preciso verificar, na cadeia de realização dos vários atos processuais, se o evado de nulidade trouxe, como decorrência, outros, ou não. O interrogatório do réu é feito com base na denúncia. Se esta é

anulada, naturalmente o interrogatório também precisa ser feito. Entretanto, se uma testemunha é ouvida sem a presença do réu, não intimado, provocando a impossibilidade do reconhecimento, por exemplo, anula-se o ato, o que não prejudica outra audiência que se tenha seguido àquela, cujas partes compareceram regularmente. Ada, Scarance e Magalhães afirmam, com razão, que a nulidade de atos postulatorios (como a denúncia) propaga-se para os atos subsequentes, enquanto a nulidade dos atos instrutórios (como a produção de provas) nem sempre infecta os demais (*As nulidades no processo penal*, p. 26).

1238. Extensão da nulidade: cabe ao magistrado ou tribunal que reconhecer a nulidade ocorrida mencionar, expressamente, todos os atos que serão renovados ou retificados, ou seja, cabe-lhe proclamar a extensão da nulidade.

Revalidação de atos

Art. 507. Os atos da instrução criminal, processados perante juízo incompetente, serão revalidados, por termo, no juízo competente.¹²³⁹

1239. Revalidação por termo: a revalidação por termo, sem necessidade de refazimento completo dos atos, segundo cremos, somente deve ser feita em situação de concordância das partes, não demonstrado prejuízo.

Anulação dos atos decisórios

Art. 508. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.¹²⁴⁰

1240. Anulação de atos decisórios: ensinam Grinover, Magalhães e Scarance

que “agora, em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para *processar e julgar* (art. 5.º, LIII, CF), não há como aplicar-se a regra do art. 567 do Código de Processo Penal [art. 508, CPM] aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior” (*As nulidades no processo penal*, p. 45-46). E, por conta disso, defende Scarance que “se um processo correu pela Justiça Militar castrense, sendo os autos remetidos à Justiça Comum, perante esta o processo deve ser reiniciado, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios” (*Processo penal constitucional*, p. 118). Parece-nos correta a visão adotada. Assim, somente em casos de competência relativa (territorial), pode-se aproveitar os atos instrutórios, que serão ratificados, anulando-se os decisórios para que sejam renovados pelo juízo competente.

Juiz irregularmente investido, impedido ou suspeito

Art. 509. A sentença proferida pelo Conselho de Justiça com juiz irregularmente investido, impedido ou suspeito, não anula o processo, salvo se a maioria se constituir com o seu voto.¹²⁴¹

1241. Juiz irregular, impedido ou suspeito em colegiado: a decisão proferida pelo Conselho de Justiça, embora conte com o voto de magistrado que ali não deveria estar, pode ser validada, caso o referido voto não sirva para determinar a maioria. Exemplo: a votação é de 4 votos contra 1, sendo este 1 o proferido de maneira irregular. Mantém-se o julgamento.