

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
ANTONIO SCARANÇE FERNANDES

AS NULLIDADES NO PROCESSO PENAL

12.^a edição
revista e atualizada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grinover, Ada Pellegrini

As nulidades no processo penal / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarançe Fernandes. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Bibliografia

ISBN 978-85-203-3943-5

1. Nulidades (Direito) 2. Nulidades (Direito) – Brasil I. Gomes Filho, Antonio Magalhães. II. Fernandes, Antonio Scarançe. III. Título.

10-14236

CDU- 343.154(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Nulidades : Processo penal

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

São as seguintes as fases desse *iter*, cada qual representando uma questão a ser resolvida:

- a) *competência de jurisdição* (qual a Justiça competente?);
- b) *competência hierárquica* (competente o órgão superior ou inferior?);
- c) *competência de foro* (qual a comarca, ou seção judiciária, competente?);
- d) *competência de juízo* (qual a vara competente?);
- e) *competência interna* (qual o juiz competente?);
- D) *competência recursal* (competente o mesmo órgão ou um superior?).

No Brasil, a distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados numa primeira aproximação: a) na Constituição Federal, a determinação da competência de cada uma das Justičas (competência de jurisdição) e dos Tribunais Superiores da União (competência hierárquica e recursal); b) na lei federal (Códigos de Processo Penal, Civil etc.), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência hierárquica (originária e recursal) dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras sobre competência de juízo (Varas especializadas).

Mas essa é uma indicação meramente aproximativa: é a Constituição Federal que fixa a competência originária dos Tribunais de Justiça em certos casos (art. 29, X) e a competência, inclusive recursal, da Justiça Militar estadual (art. 125, § 4.º).

3. Competência absoluta e relativa

A distribuição do exercício da função jurisdicional entre órgãos diversos atende, às vezes, ao interesse público e, outras, ao interesse das partes.

É o *interesse público* pela perfeita atuação da jurisdição que prevalece na distribuição da competência entre Justičas diferentes (competência de jurisdição); entre juizes superiores e inferiores (competência hierárquica: originária ou recursal); e entre juizes do mesmo órgão judiciário (competência interna). Em princpio prevalece o *interesse das partes* quando se trata da distribuição territorial da competência (competência de foro).

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público, o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se aí de *competência absoluta*, isto é, que não pode ser modificada. Iniciado o processo perante o juiz incompetente, este pronunciará a incompetência, a qualquer tempo e independentemente da alegação das partes (art. 109 do CPP), enviando os autos ao juiz competente. E, segundo o Código, todos os atos decisórios serão nulos pelo vício de incompetência, salvando-se os demais atos do processo, aproveitados pelo juiz competente (art. 567 do CPP).

Contudo, mesmo antes da Constituição de 1988, parte da doutrina e da jurisprudência tendia a considerar inexistente o processo instaurado perante Justiça incompetente, havendo violação das normas constitucionais e não ressalvando a Constituição os atos não decisórios (a ressalva é dos Códigos). Para outros, seriam inexistentes apenas os processos da Justiça comum, quando instaurados perante a especial, pois o órgão judiciário não teria poder jurisdicional nesses casos, agindo *sub praetextu jurisdictionis*; enquanto na hipótese inversa, afirmava-se, a Justiça comum agiria com mero *excessus jurisdictionis*, pois os juizes ordinários seriam idealmente investidos de toda a jurisdição. Como se verá, essas posições devem ser reavaliadas em face da Constituição superveniente, cujo art. 5.º, LIII, determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (v., adiante, n. 8).

Nos casos de competência de foro, o legislador pensa preponderantemente no interesse de uma das partes em defender-se melhor, de modo que a intercorrência de certos fatores pode modificar as regras ordinárias de competência territorial. Costuma-se falar, nesses casos, de *competência relativa*, prorrogável.

Todavia, no processo penal, em que o foro comum é o da consumação do delito (art. 70 do CPP), acima do interesse da defesa é considerado o interesse público expresso no princpio da *verdade real*: onde se deram os fatos é mais provável que se consigam provas idôneas que os reconstituam mais fielmente no espírito do juiz. Por isso, mitiga-se, no processo penal, a diferença entre competência absoluta e relativa: mesmo esta pode ser examinada de ofício pelo juiz (art. 109 do CPP), o que não acontece no cível.

4. O juiz natural como princpio inerente à jurisdição

A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princpio do juiz natural originado em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princpio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

A ideia de imanência do juiz no processo leva, assim, a revisar o princpio do juiz natural, visto como verdadeiro *pressuposto de existência do processo*.

Na moderna evolução da teoria dos pressupostos processuais, da posição inicial — que falava em requisitos sem os quais a relação processual não chegaria a nascer — partiu-se para a ideia de que, sem os pressupostos processuais, a relação processual pode nascer, mas será inválida.

Sobre pressupostos processuais, como requisitos para o desenvolvimento regular da relação processual, v. Cirtza, Grinover & Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 181.

Todavia, o juiz natural é condição para o exercício da jurisdição. Sem ele, a própria relação processual não pode nascer, é apenas aparente, é um não processo. Estamos aqui, inquestionavelmente, perante um verdadeiro pressuposto de existência do processo, em cuja ausência não se pode falar em mera nulidade da relação processual.

5. O juiz natural e suas garantias

O princípio do juiz natural, historicamente, desenvolveu-se no ordenamento anglo-saxão e se desdobrou, posteriormente, nos constitucionalismos norte-americanos e franceses, chegando aos nossos dias, ora identificando-se pura e simplesmente com a proibição dos tribunais de exceção, ora enriquecendo-se, também, pela garantia do juiz competente.

O juiz natural, como expressão da proibição de juízes extraordinários, deriva da *Petition of Rights*, de 1627, e do *Bill of Rights*, de 1688. Mas já na Magna Carta havia uma preocupação subjacente, consistente em ligar a celebração do processo ao *locus commissi delicti*; e o constitucionalismo norte-americano vai buscar na Carta Magna o princípio do juiz natural, interpretando-o como obrigatoriedade do processo pelos homens da vizinhança (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e Constituições da Pennsylvania, Maryland, Massachusetts e New Hampshire, de 1776, 1780 e 1784).

A competência territorial, erigida em princípio constitucional, é a nota original das Cartas de Direitos americanas do séc. XVIII, confluindo na Emenda VI, de 1791, à Constituição Federal de 1787, que proclama: "Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento pronto e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei".

O constitucionalismo francês, ao contrário, colocou o problema do juiz natural em termos abstratos, sem referência a critérios concretos de competência (Lei de 24.08.1790, art. 17 do Tit. II; Constituição de 1791, art. 4.º do cap. V do Tit. III).

Embora o princípio do juiz natural, na Constituição francesa, se contaponha ao poder de atribuição (estabelecimento de juízes especiais), de comissão (juízes extraordinários, *ex post facto*) e também de avocação (prorrogação da competência), tudo é visto como garantias em face do Estado absoluto, contra a derivação do poder jurisdicional da figura do soberano.

E a análise dos documentos constitucionais franceses posteriores a 1790 mostra o completo desaparecimento da proibição de tribunais especializados e da derrogação da competência (cf. art. 4.º do cap. II da Constituição de 1848). Desse modo, o sistema francês acabou satisfazendo-se com uma única garantia do juiz natural: a da proibição de tribunais de exceção.

Mas o mesmo não ocorreu com outros sistemas constitucionais em que, abandonada a proibição de Justiças especializadas, o princípio do juiz natural é mantido em sua duplice garantia: a da vedação de juízes extraordinários e a da proibição da derrogação de competência.

Assim, na Itália, pelos arts. 25, *caput*, e 102 da Constituição; na Constituição belga de 1831 (arts. 8.º e 94); na Espanha, pelas Constituições de 1876 (art. 16), 1931 (art. 28) e 1978 (art. 24,2). Na Constituição da Alemanha, art. 101, I. A Constituição portuguesa de 1976 atribui a instrução criminal ao juiz competente (art. 32, 4), retomando princípio tradicional no constitucionalismo lusitano.

6. O princípio do juiz natural no direito brasileiro

Na tradição do direito brasileiro, o princípio do juiz natural inseriu-se, desde o início, em sua dupla garantia nas Constituições, correspondendo à proibição de tribunais de exceção, *ex post facto*, e à garantia do juiz competente. Deixava-se bem clara, ao lado disso, a permissão da instituição de Justiças especializadas, pré-constituídas.

Arts. 149, 11, e 179, XVII, da Constituição de 1824; art. 72, §§ 15 e 23, da Constituição de 1891; art. 113, n. 25 e 26, da Constituição de 1934; Constituição de 1946, art. 141, §§ 26 e 27. As Constituições de 1967 e 1969 mencionavam apenas a proibição de tribunais de exceção (§ 15 dos arts. 150 e 153), mas a garantia do juiz competente era extraída pela doutrina do princípio da proteção judiciária, inscrito no § 4.º dos arts. 150 e 153 e interpretado como garantia do "devido processo legal".

A ideia de que o princípio do juiz natural corresponde à garantia de que ninguém pode ser subtraído ao seu juiz *constitucional* (considerando-se juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais: José Frederico Marques) permeou a Assembleia Nacional Constituinte, que voltou a explicitar, na Constituição de 1988, as duas garantias do juiz natural: "Não haverá juízo ou tribunal de exceção" (CF, art. 5.º, XXXVII) e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (CF, art. 5.º, LIII).

Não se confunde com tribunais de exceção a Justiça especializada, orgânica, pré-constituída, integrante do Poder Judiciário, onde ocorre apenas uma prévia distribuição da competência, ora em razão das pessoas, ora em razão da matéria. Os tribunais *ad hoc* funcionam para cada caso concreto, enquanto a Justiça especializada aplica a lei a todos os casos de determinada matéria ou que envolvam determinada pessoa. Também não consubstanciam transgressão ao princípio do juiz natural as regras que estabelecem a competência originária dos tribunais, para o processo e julgamento de determinadas pessoas, em razão da

denominada "prerrogativa de função". Aqui não há foro privilegiado que se esboce como favor pessoal, para excluir órgãos normalmente competentes, mas, sim, fixação de competência funcional, hierárquica, *ratione personae*, para ocupantes de altos cargos ou funções públicas. A jurisprudência é tranquila na distinção entre essa competência e foro privilegiado (RT 393/218). Outra questão atinente ao juiz natural é a da composição dos tribunais estaduais, com a fixação de critérios para sua integração por juízes substitutos que não participam dos quadros de formação permanente de desembargadores: o Pleno do STF entendeu que a previsão da substituição, por regimento interno, fere o princípio do juiz natural (HC 68.210-3/130, RS, j. 18.12.1991, rel. Min. Sepúlveda Pertence), podendo, porém, ser feita por lei estadual (HC 609-601-5, SP, 1.ª Turma, DJU 18.12.1992, p. 24.377). Contudo, segundo a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 9.405-SP, j. 11.04.2000, *Informativo* 54, p. 5), na composição da turma julgadora não pode figurar maioria de juízes substitutos, pois isso equivaleria a uma turma recursal de primeiro grau.

7. O conteúdo da garantia do juiz competente no Brasil

É certo que no constitucionalismo norte-americano o princípio do juiz natural, como juiz competente, se prendeu à competência territorial, para resguardar o foro da consumação do delito. Mas é certo também que as Cartas de Direitos e a própria Emenda VI à Constituição Federal asseguraram expressamente ao acusado o julgamento no *locus commissi delicti* (v. *supra*, n. 5).

Não é essa a situação no sistema brasileiro, em que as Constituições atribuem aos órgãos jurisdicionais as competências de jurisdição, funcional e objetiva, sem preocupar-se com a competência de foro, regulada pelos códigos. Assim, é acertada a afirmação de que o juiz natural, no ordenamento brasileiro, é o órgão constitucionalmente competente, ou seja, aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais (v. *supra*, n. 2).

A expressão constitucional do art. 5.º, LIII ("Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"), deve ser lida, portanto, como garantia do juiz *constitucionalmente competente* para processar e julgar. Não será juiz natural, por isso, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.

Diversamente ocorre com a competência de foro, que não é constitucionalmente atribuída. O vício, nesse caso, poderá levar à nulidade, mas não à inexistência dos atos praticados pelo juiz territorialmente incompetente. E a matéria será regida pela lei processual, não pela Constituição. É o que se passa a examinar.

8. A garantia do juiz competente: o art. 567 do CPP

O Código de Processo Penal, de 1941, foi promulgado na vigência da Constituição de 1937, que havia suprimido as garantias do juiz natural, em seu duplice

aspecto (proibição dos tribunais de exceção e garantia do juiz constitucionalmente competente).

Não era estranho, então, que a lei dispusesse, no art. 567: "A incompetência do juiz anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente".

Já se viu, porém, que a doutrina mais avisada, a partir da Constituição de 1946, entendeu ser inexistente o processo instaurado perante Justiça incompetente, por haver violação das normas constitucionais e por não ressaltar a Constituição os atos não decisórios (v. *retro*, n. 3).

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, da CF), não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP 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 (v. *supra*, n. 2).

Embora se referindo a nulidade e não a inexistência, o Supremo afirmou que, havendo remessa dos autos da Justiça Federal para a Justiça Estadual, não subsistem os atos decisórios e a denúncia do Ministério Público (RHC 72.175-SP, *Informativo* 198, p. 5). No mesmo sentido, considerando insubsistentes decisões sobre interceptação telefônica ou a quebra de sigilo bancário, o julgamento proferido no RHC 80.197-CO (*Informativo* 197, p. 2).

9. A inexistência da sentença nos casos de incompetência constitucional

Por isso nova leitura também merece o art. 564, I, do CPP, no que respeita à incompetência constitucional: nesse caso, não ocorrerá nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente.

Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser arguida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material. Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de *sentença inexistente* (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5.º, LIII, da CF), esta simplesmente não transitará em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado *pro societate*, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na arguição de coisa julgada oferecida pela defesa (arts. 95, V, e 110 do CPP), argumentar com a não ocorrência desta, por ser a sentença inexistente?

Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal.

É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo – vida, liberdade, dignidade –, o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.

Essa visão mais alargada da garantia tem suas raízes no direito consuetudinário anglo-americano, em que prepondera a consideração pelo risco de condenação a uma pena capital suportado pelo acusado (*double jeopardy*); tal o sentido da proibição contida na Emenda V à Constituição americana: “não se submeterá nenhuma pessoa duas vezes ao risco de perder a vida ou membro pelo mesmo delito”, previsão que, modernamente, desaparecidas as penas corporais, se interpreta como perigo de privação da liberdade. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto 678, de 06.11.1992, em nível constitucional (art. 5.º, § 2.º, da CF), prescreve, no art. 8.º, n. 4: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” – reportando-se, assim, à coisa julgada. Mas textos mais recentes adotam conceito mais amplo, indicando proteção ao indivíduo que já foi submetido a processo penal: assim, o Código de Processo Penal federal da Argentina, promulgado a 04.09.1991, inscreve, no art. 1.º, a proibição de nova persecução, pelo mesmo fato, sem qualquer referência à coisa julgada. E o art. 4.º do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América proclama: “Ninguém poderá ser perseguido penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato”; supera-se, com isso, a tendência anterior que ligava o *ne bis in idem* à sentença definitiva (art. 14, n. 6, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU) ou à “sentença irrevogável” (art. 90 do anterior CPP italiano).

Nessa ótica, “perseguido” que foi penalmente o acusado, ainda que perante juiz constitucionalmente incompetente, que o absolven, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato, apesar de a sentença não ter aptidão para passar em julgado. Até porque a garantia do juiz constitucionalmente competente é erigida em favor do “processado” e do “sentenciado”.

A categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que haja uma absolvição, a qual acaba surtindo efeitos jurídicos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso.

O tema tem sido tratado com alguma frequência pela jurisprudência brasileira: em 1952, decidindo *habeas corpus* em que se questionava a existência de coisa julgada, em face de condenação pelo mesmo fato emanada do Tribunal Militar da Força Pública do Estado, o TJSP assentou que, “excetuada a hipótese de jurisdição não instituída legalmente, as decisões nulas produzem o efeito de coisa julgada, ainda quando a nulidade decorre da incompetência do órgão julgador” (RT 207/318); por sua vez, em 1972, o extinto TACrimSP, analisando hipótese de absolvição por tribunal castrense em delito de competência da Justiça comum, concluiu igualmente pela impossibilidade de nova ação penal pelo mesmo fato, ressaltando: “só (com) a eficiência do Poder Público (...) é que situações como essas poderão ser evitadas”, enfatizando ainda: “se há falhas dessa ordem, mesmo inconscientes, dos órgãos policiais, judiciários e auxiliares, por elas não há de pagar o cidadão eventualmente infrator, quando já se tenha submetido a julgamento perante algum dos órgãos estatais com jurisdição criminal” (JTACrim 24/148); em sentido contrário, em julgamento de 1978, o TJSP: “se justiça especial lavra sentença sobre matéria desgarrada de seu absolutamente delimitado âmbito jurisdicional, não atuará, na verdade, como órgão judicial. Juridicamente não terá havido julgamento; e o aparente veredicto de direito é de ser considerado como não existente, não podendo adquirir jamais a autenticidade de coisa julgada” (RT 521/377).

10. Competência territorial: arts. 108, 109 e 567 do CPP

Como já dito, no processo penal a competência territorial comum, pelo foro da consumação do delito (art. 70 do CPP), é estabelecida mais no interesse público do que no da parte: é mais provável conseguir provas idôneas onde se deram os fatos, tanto assim que alguns ordenamentos elevam a nível constitucional a regra do *forum commissi delicti* (v. *supra*, n. 5).

Se bem que isso não ocorra no Brasil, o art. 109 do CPP permite ao juiz examinar de ofício a competência territorial. Por essas razões, embora a competência de foro não esteja fixada na Constituição, não caracterizando-se em sua observância violação ao princípio do juiz natural, mitiga-se no processo penal a distinção entre competência absoluta e relativa.

Mesmo assim, por não tratar-se de competência constitucional, não se aplica à competência territorial a regra do art. 5.º, LIII, da CF. Encontra plena aplicação, à espécie, o art. 108, § 1.º, do CPP, que permite ao juiz competente, aceita a declaração, ratificar os atos anteriores e prosseguir no processo.

Se, porém, a exceção de incompetência não for oposta, poderá o juiz, em qualquer fase do processo, reconhecê-la de ofício, nos termos do art. 109 do CPP, prosseguindo-se na forma do art. 108. Mas se o juiz, que acabou por declarar-se incompetente, tiver praticado atos decisórios, estes deverão ser anulados, nos termos do disposto no art. 567 do CPP – que hoje, como visto, só pode aplicar-se à incompetência infraconstitucional. Tratar-se-á, na espécie, de verdadeira nulidade

(art. 564, I, do CPP) e não de inexistência, como acontece com o juiz constitucionalmente incompetente.

Note-se que a expressão “incompetência do juízo” é utilizada em sentido impróprio no art. 567 do CPP, conforme se constata pelos arts. 95, II, e 108, que usam a mesma terminologia, embora referindo-se inequivocamente à incompetência de foro.

O art. 109 do CPP, autorizando o reconhecimento da incompetência territorial, em qualquer fase do processo, “de ofício”, é aplicável em grau de recurso, quando então encontram aplicação os arts. 567 e 564, I, do CPP. Mas, neste caso, a nulidade, se prejudicar o réu, deve ser arguida pela acusação: a Súmula 160 do STF impede ao tribunal o reconhecimento, contra o réu, de nulidade não arguida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

Todavia, os tribunais tendem a aplicar à competência territorial em matéria penal os mesmos critérios estabelecidos para a competência relativa em matéria civil. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm considerado a incompetência de foro relativa e prorrogável, aplicando-lhe as regras da preclusão (STF: *RT* 737/53; RHC 63.475-5-SP, j. 05.11.1985; *DJ/U* 29.11.1985, p. 21.919; STJ: HC 60.794-SP, j. 07.02.2008; HC 51.101-CO, j. 02.05.2006). Em outra decisão, porém, embora catalogando a incompetência de foro como relativa, o Supremo dá a entender que poderia ser reconhecida em grau de recurso se não fosse em detrimento do réu e tivesse sido arguida pela acusação (STF, *Rec. Crim.* 106.641-5-PR, j. 21.04.1987, *DJ/U* 22.05.1987, p. 9.758).

O Supremo Tribunal Federal consignou na Súmula 706 que a nulidade decorrente da inobservância das regras de competência sobre prevenção é relativa, o que evidencia admitir no processo penal competência relativa.

11. A garantia do juiz competente: a superveniência da Justiça especializada

Problema delicado coloca a criação, pela Constituição, de tribunais especializados, ou a modificação da competência, antes atribuída à Justiça ordinária, e a eles transferida por dispositivo constitucional. Nesses casos, não vemos como não estender a garantia do juiz natural à irretroatividade da competência constitucional, de modo que a fixação desta só pode reger os casos futuros.

A doutrina estrangeira é uniforme, neste sentido. (Figueiredo Dias, em *Portugal*; Cordero, na Itália), enquanto no Brasil as opiniões divergem: a favor da irretroatividade, Cláudio Pacheco; contra, Pontes de Miranda.

Exemplifique-se: desde a Constituição de 1934, a competência da Justiça Militar podia ser estendida, por lei, aos civis, para processo e julgamento dos crimes contra a segurança do país e as instituições militares; mas até o Ato Institucional

2/65, só quando se tratasse de segurança externa. A partir do AI 2, ampliou-se a competência da Justiça Militar para os civis, para compreender os crimes contra a segurança interna (segurança nacional), o que foi mantido até a Constituição de 1988 (que contempla a competência da Justiça Militar apenas para “os crimes militares definidos em lei”: art. 124). Ora, parece óbvio que somente os crimes contra a segurança nacional praticados por civis após a ampliação da competência da Justiça Militar, em 1965, poderiam ser processados e julgados por esta. Para os anteriormente cometidos, o juiz natural era e continuava sendo a Justiça comum. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à competência da Justiça comum, em substituição à da Justiça Militar, ocorrida em função da promulgação da Lei 9.299/96 (v. *infra*, n. 14).

Pensar de outra forma seria atribuir a competência a uma Justiça criada *ex post facto*, que agiria como verdadeiro tribunal *ad hoc*.

Todavia, não foi esta a postura do Supremo Tribunal Federal, como já se podia ver na solução de problema análogo, suscitado pela Lei 244/36, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional; sem preocupar-se sequer com a inconstitucionalidade intrínseca da criação, o STF concluiu pela aplicabilidade da competência daquela Justiça aos casos pendentes: *apud* Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1937*, v. III, p. 397-400.

A orientação que se fixa sobre a questão tem imediato reflexo na inexistência, ou não, dos atos praticados perante uma Justiça que não era o juiz natural da época do fato, e que só após a ocorrência deste teve sua competência constitucionalmente atribuída.

12. A garantia do juiz competente: a superveniência da competência por prerrogativa de função

Como já dito, o estabelecimento da competência funcional originária dos tribunais, para o processo e julgamento de determinadas pessoas, em razão da denominada “prerrogativa de função”, não consubstancia exceção ao princípio do juiz natural (*supra*, n. 6). Mas a questão se põe para os casos pendentes, em duas hipóteses: a) quando o acusado, após a prática do fato e início do processo penal, assume cargo ou função que lhe garantem o processo e julgamento pelo tribunal de segundo ou terceiro grau; b) quando a Constituição superveniente institui a competência por prerrogativa de função para cargos que dela não gozavam.

Exemplo do primeiro caso é o do cidadão, processado perante a Justiça de primeiro grau, investido posteriormente no mandato de Deputado, pelo que faz jus ao julgamento pelo tribunal superior; exemplo do segundo caso é o art. 29, X, da CF, que prevê o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

Aqui, a posição não pode ser igual à adotada para a superveniência da competência da Justiça especializada, que, se aplicada aos casos pendentes, configuraria a instituição de um verdadeiro tribunal *ad hoc*, criado *ex post facto* (V, *supra*, n. 11). Na nova competência por prerrogativa de função, não se trata de Justiça especializada — cuja competência é sempre especialíssima —, mas de competência hierárquica, atribuída a órgão superior da mesma Justiça, em razão do cargo ou função exercidos pelo réu.

É acertada, nesses casos, a orientação jurisprudencial no sentido da imediata aplicabilidade da competência hierárquica por prerrogativa de função aos processos pendentes.

As posturas do STF e do Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, foram além do acima afirmado: não se reconheceu apenas a imediata transferência de competência para o órgão superior, mas chegou-se a anular atos anteriormente praticados perante o órgão de primeiro grau (denúncia e seu recebimento), sob o fundamento de que o Procurador da Justiça não pode ficar vinculado à *opinio delicti* do Promotor que ofereceu a denúncia, nem pode prevalecer o recebimento da denúncia, considerado ato decisório praticado por juiz que perdeu a competência (STF, Tribunal Pleno, Inquérito 159/7 de Santa Catarina, DJU 05.12.1986; TJSP, Queixa-crime 7.856 de Itapira, julg. em sessão plenária de 08.06.1988; Denúncias 7.318 e 7.319 de São Paulo, julg. em sessão plenária de 23.12.1987). Quando, porém, o processo já continha sentença de primeiro grau, o tribunal limitava-se a julgar a apelação, não anulando os atos anteriormente praticados (HC 67.891, 2.ª Turma do STF, j. 13.03.1990, DJU 18.05.1990); consideramos essa posição a correta, porquanto os atos, mesmo decisórios, foram realizados pelo juiz natural, constitucionalmente competente à época do processo. Ao final, prevaleceu esse entendimento no STF (HC 76.892-0, j. 18.08.1998, DJ 16.04.1999) e, por isso, nos tribunais do país.

13. A garantia do juiz competente: júri e competência funcional por prerrogativa de função. Outros aspectos da competência por prerrogativa de função

Em certos casos, a competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII, da CF) pode cumular-se com a competência por prerrogativa de função, também constitucional. A linha da jurisprudência brasileira é correta: tratando-se de duas competências constitucionais, deve prevalecer a garantia da prerrogativa de função, específica, sobre a genérica da instituição do júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Se, todavia, a competência por prerrogativa de função for estabelecida por lei ordinária — como acontecia com os membros do Ministério Público estadual, antes da Constituição de 1988 — prevalece a competência constitucional do Tribunal do Júri, para os crimes dolosos contra a vida.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu não prevalecer a competência originária do TJ para julgar membro do MP em crime doloso contra a vida, por não estar, à época, essa competência prevista na Lei Maior: RT 428/282. A decisão foi confirmada pelo STF (RTJSP 40/386).

Hoje, porém, a competência originária do TJ para os crimes comuns e de responsabilidade dos membros do MP é prevista na Constituição Federal (art. 96, III), de modo que é esta que deve prevalecer, mesmo nos crimes dolosos contra a vida.

Em outras hipóteses, são as Constituições dos Estados que estabelecem a competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar certas autoridades estaduais.

Entende-se que o direito constitucional estadual pode estabelecer casos de competência originária, em razão da pessoa, atribuindo ao Tribunal de Justiça o julgamento, por exemplo, do Chefe de Polícia (STF, RT 706/420). No mesmo acórdão salientou-se que “a matéria ficou subtraída do campo normativo da legislação processual ordinária: já não incide, portanto, na área de jurisdição dos Estados-membros, o art. 87 do CPP”. Mais recentemente, o STF, em julgamento marcado por divergências, reiterou esse entendimento, admitindo que a Constituição estadual possa estabelecer competência especial por prerrogativa de função para o julgamento de defensores públicos (ADIn 2.587-GO, j. 01.12.2004). Contudo, concluiu que não podia a Constituição estadual prever tal competência para o processo e o julgamento de delegados de polícia. Orientação contrária fora adotada pelo STJ, que considerou só ser possível o estabelecimento de casos de competência originária pela Constituição estadual quando houvesse simetria com a Constituição Federal, não admitindo, por isso, dispositivo do direito constitucional estadual que atribuiu competência por prerrogativa de função ao Tribunal de Justiça para o julgamento de Delegado de Polícia, não alcançado por garantia equivalente em nível federal (RHC 478-RJ). Posteriormente manteve esse entendimento ao considerar que o constituinte estadual não estava autorizado a legislar em matéria processual e fixar foro privilegiado para o julgamento de vereador (STJ, *Informativo* 56, p. 3).

Discute-se, nesses casos, se em relação aos agentes estaduais que tenham garantia de competência funcional por prerrogativa de funções, simétrica à das autoridades federais, fixada esta na Lei Maior, a competência funcional do Tribunal de Justiça prevalece sobre a do júri. É o caso dos Deputados estaduais, em simetria com o disposto no art. 102, I, b, da CF, para os membros do Congresso Nacional (art. 74, I, da Constituição do Estado de São Paulo). Mais correta é a prevalência da competência do júri por estar ela prevista na Constituição Federal. Com maior razão ainda deve preponderar a competência do Tribunal do Júri quando se tratar de competência sem simetria com a das autoridades federais.

O STF afirmou a competência do Tribunal de Justiça para julgar, em crime doloso contra a vida, Deputado estadual, consoante disposição da Constituição do Estado (RT 551/375). Contudo, posteriormente, considerou preponderante a competência do Tribunal do Juri. Assim concluiu, em caso de acusação de crime doloso contra a vida imputado a Procurador do Estado, o qual, por regra da Constituição do Estado da Paraíba, estaria sujeito a julgamento originário pelo Tribunal de Justiça (HC 78.168-7, DJU 29.08.1993, p. 19, n. 236). Finalmente, estabeleceu na Súmula 721 que a “competência constitucional do Tribunal do Juri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição”.

Quando se tratar de autoridade sujeita a julgamento por Tribunal de Justiça estadual e que é acusada de crime de competência da Justiça Federal, deverá ser julgada pelo Tribunal Regional Federal que atua na mesma área de jurisdição do tribunal estadual. Com isso, preserva-se a competência originária e também a competência federal. Não se aplica, contudo, essa regra quando a Constituição Federal, de forma expressa, só permitiu subtrair do julgamento do Tribunal de Justiça matérias concernentes à Justiça Eleitoral, como sucedeu com os membros do Ministério Público e juizes de direito (art. 96, III).

A Súmula 702, do Supremo Tribunal Federal, assentou que a competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

A competência por prerrogativa de função cessa quando a autoridade deixa de exercer a sua função. Antes, em virtude da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, se o crime fosse cometido durante o exercício funcional, a competência por prerrogativa de função era mantida ainda quando houvesse cessação daquele exercício. Contudo, a súmula foi revogada, e, assim, agora, cessado o exercício funcional, não persiste a competência especial por prerrogativa de função (Inq. 656-AC, Inq. 687-SP, conforme *Informativo* 159 do STF). Contrariando essa orientação, dispusera o art. 84, § 1.º, do CPP, na redação dada pela Lei 10.628/2002, que prevaleceria a competência em relação a fatos relacionados aos atos administrativos do agente praticados durante o período de exercício funcional, mas o STF declarou a inconstitucionalidade da norma.

A inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei 10.628/2002, foi declarada no julgamento da ADI 2.797-DF e da ADI 2.860-DF, pelo Plenário do STF. (j. 15.09.2005, rel. Sepúlveda Pertence, *Informativo* 401 do STF).

Quando há conexão ou continência, prevalece o foro por prerrogativa de função. Assim, se alguém é acusado de crime cometido em coautoria com prefeito municipal, ambos serão julgados pelo Tribunal de Justiça. Será, contudo, o coautor, no exemplo citado, submetido a julgamento pelo Tribunal do Juri se acusado de

crime doloso contra a vida, pois, nesse caso, prepondera a regra constitucional sobre a competência do júri à norma de lei ordinária (Código de Processo Penal) sobre competência por conexão ou continência.

Segundo a Súmula 704 do STF, não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

14. A competência da Justiça Militar

A competência da Justiça Militar está estabelecida na Constituição Federal, e, assim, como visto, será considerado inexistente o processo referente a crime comum por ela instruído e julgado e, da mesma forma, aquele por crime militar cuja instrução e decisão foram realizadas pela Justiça comum. Se o réu foi condenado e a sentença transitou em julgado, necessária outra denúncia na Justiça competente, renovando-se todos os atos processuais. Mas, se houve absolvição e formação de coisa julgada, apesar de inexistente o processo, o princípio *ne bis in idem*, que no processo penal assume dimensão de proteção autônoma e especial, impede nova acusação e julgamento (v. n. 9).

Dai, e como se trata de tema marcado por dúvidas e incertezas, é relevante examinar, em um estudo sobre nulidades, a competência da Justiça Militar, mesmo que de forma sucinta.

A Justiça Militar federal ou estadual tem competência constitucional para julgar os crimes militares definidos em lei (arts. 124, *caput*, e 125, § 4.º, da CF). A Justiça Militar federal pode julgar militar ou civil, mas a estadual só os policiais militares ou bombeiros.

A caracterização do crime como militar depende de dois elementos: 1) a previsão do fato como crime no Código Penal Militar e 2) a ocorrência de uma das situações definidas nos arts. 9.º e 10 do mesmo Código, sendo que o primeiro refere-se a crimes em tempo de paz e o segundo a crimes em tempo de guerra.

Assim, se é cometido descalato, em que o policial ofende a honra do juiz de direito estadual durante uma audiência, não haverá crime militar porque o Código Penal Militar só incrimina o descalato contra superior (art. 298), ou militar (art. 299), ou semelhante ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar (art. 300). Diferente será, contudo, se o descalato consistir em ofensa a outro militar no exercício de sua função, fato considerado crime militar pelo art. 298. Nos exemplos citados, o processo pelo descalato cometido pelo policial militar contra juiz não seria de competência da Justiça Militar estadual, mas poderia ser o descalato contra outro militar no exercício da função.

Vem a jurisprudência salientando que, por não estarem previstos no Código Penal Militar, não podem ser julgados pela Justiça Castrense os seguintes delitos:

"facilitação de fuga de preso recolhido em estabelecimento não sujeito à administração militar" (Plenário, STF, CJ 6.325-4-MG, j. 09.03.1983, *DJU* 08.05.1984; STJ, CC 865-MG, *DJU* 07.05.1990, p. 3.825), abuso de autoridade (CC 89-SP, *DJU* 03.10.1988, p. 25.117), desacato a Promotor de Justiça estadual (STJ, *DJU* 19.06.1975, p. 18.749), disparo de arma de fogo em via pública (CC 90.131-MG, j. 27.02.2008).

Mas, como salientado, não basta a previsão do fato como crime militar para ser afirmada a competência da Justiça Militar. É necessário, ainda, que a conduta esteja enquadrada em uma das hipóteses dos arts. 9.º ou 10 do CPM.

A amplitude e a incerteza derivadas de algumas das hipóteses do art. 9.º confundiram, com razão, a críticas às normas sobre a competência da Justiça Militar.

Exemplo de incerteza quanto à competência da Justiça Militar encontra-se no caso de crime culposos em que o agente, militar, dirigindo viatura policial, causa acidente de trânsito do qual resulta lesão ou morte. Acabou se firmando no STJ a orientação de que a competência é da Justiça comum estadual se a vítima for civil, sendo competente a Justiça Castrense se ela for militar (Súmula 6). Fixa-se a competência com base na qualidade da vítima, fazendo com que aspecto ocasional sirva para a definição da competência; assim, se dentro da viatura estão, além do policial condutor, um civil e um militar, a competência será da Justiça comum se apenas o civil se feriu, mas será da Justiça Militar se quem saiu lesionado foi o militar ou se ambos sofreram ferimentos.

Se há vítimas civil e militar, a competência será da Justiça Militar (STJ, CC 1207-SP, j. 17.05.1990, *DJU* 04.06.1990; CC 4207-SP, *DJU* 13.12.1993; CC 34.749-RS, j. 23.10.2002).

Melhor seria que a Constituição tivesse restringido a competência aos crimes propriamente militares, com critérios mais rígidos para sua determinação.

A Lei 9.299, de 07.08.1996, produziu importante alteração na competência da Justiça Militar, ao afirmar, no parágrafo único do art. 9.º do CPM, que os crimes tratados no artigo, "quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum".

Não foi feliz o legislador com essa redação. Pretendeu, em face dos movimentos contrários à atribuição à Justiça Militar da competência para crimes de homicídio cometidos por militares contra civis, que tais delitos passassem a ser julgados pela Justiça comum estadual. Deveria, então, ter deixado claro que o homicídio contra civil não era mais crime militar. Só assim estaria a alteração em estrita consonância com o texto constitucional que exclui da competência da Justiça castrense somente crimes não militares (arts. 124 e 125, § 4.º). Não foi esse o caminho seguido. Constonou do novo parágrafo do art. 9.º do CPM simplesmente que o

homicídio praticado por militar contra civil seria, a partir da lei, da competência da Justiça comum. Para harmonizar essa regra com o preceito constitucional, deve-se entender que, ao ser afirmada a competência da Justiça comum para o julgamento dos homicídios contra civil, a lei declarou que tais crimes não se enquadraram mais entre os crimes militares do art. 9.º, ainda quando ocorra uma das situações previstas em suas alíneas.

Discutiu-se se a nova lei podia ser aplicada a fatos futuros. A norma que, em face da Lei 9.299, transferiu a competência da Justiça Militar para o Tribunal do Júri, da Justiça comum estadual, não poderia reger fatos passados, sob pena de haver ofensa ao princípio do juiz natural. No momento em que o crime foi praticado tinha o agente a garantia constitucional de ser julgado pela Justiça Militar, pois o crime era militar; não poderia, agora, ser submetido a julgamento por órgão de Justiça diversa porque a lei alterou a natureza do crime, passando a considerá-lo comum e transferindo assim a competência para o Júri. Ocorreria, aqui, situação semelhante à da criação de Justiça especializada conforme foi anotado no n. 11 deste capítulo.

Outra interpretação levaria a soluções inaceitáveis. Em virtude da nova lei, deveria o réu ser julgado pelo Tribunal do Júri, seu juiz natural, não podendo ser condenado ou absolvido pelo Tribunal de Justiça. Isto importaria que, nos processos em grau de recurso, o Tribunal de Justiça cassasse as decisões de primeiro grau proferidas pela Justiça Militar, encaminhando o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Essa solução alcançaria decisões condenatórias e absolutórias, permitindo que réu já absolvido em sentença válida pudesse agora ser condenado.

Mais correta, por tudo isso, a afirmação de que a lei só regeria fatos novos, garantindo-se ao réu o direito de ser julgado por crimes anteriores pelo seu juiz natural, ou seja, o órgão competente da Justiça Militar.

Firmou-se no STJ a posição de que a nova lei tinha aplicação imediata, atingindo processos em andamento (RT 758/513, CC 17.665, *DJ* 17.02.1997; CC 19.967-SP, *DJ* 30.06.1997; CC 19.130-SP, *DJ* 20.10.1997; CC 75.364-MG, j. 22.08.2007).

No Supremo Tribunal Federal, houve duas orientações. A 1.ª Turma entendeu que a nova lei seria aplicada aos processos não sentenciados na Justiça Militar, devendo ser remetidos à Justiça comum; se houver sentença, a causa deve prosseguir na Justiça Militar e ser julgada pelo Tribunal de Justiça Militar (HC 78.320-3-SP, *DJ* 28.05.1999; HC 76.883-1-SP, *DJ* 18.09.1998). Houve, todavia, julgamento da 2.ª Turma, no qual se admitiu possível o julgamento de processo sentenciado na Justiça Militar pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 76.510-0-SP, *DJ* 15.05.1998).

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe a alteração procedida pela Lei 9.266 para a Constituição, excluindo da competência da Justiça Militar o julgamento de crimes da competência do Júri quando a vítima for civil (art. 125, § 4.º, da CF).

Bibliografia

- BASSIOUNI. *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, cap. V, seção 12.
- CINTRÁ, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, n. 60-67, 137-146 e 181.
- GRINOVER. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, p. 3-40.
- HOJDA. *A controversia interpretação da legislação militar*, p. 304-307.
- MAIER. *Derecho procesal penal argentino*, Ib, p. 368-373.
- MARQUES. *Da competência em matéria penal*, p. 63 et seq.
- _____. Juiz natural, p. 446-459.
- TAORMINA. *Giudice naturale e processo penale*, p. 16-119.
- TOVO & BATTISTA. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição*, p. 20-21.

Título II

ação e defesa

Capítulo V

Condições da ação

e condições de procedibilidade

SUMÁRIO: 1. Conceito – 2. As condições da ação no processo penal – 3. A possibilidade jurídica no processo penal – 4. Impossibilidade jurídica: a falta de justa causa – 5. As chamadas condições de procedibilidade – 6. As condições de procedibilidade também se enquadram na possibilidade jurídica. Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça – 7. Mais um caso de possibilidade jurídica: a entrada do agente no território nacional – 8. Segue: admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República para ser processados por crimes comuns – 9. Segue: trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o cassamento – 10. Segue: a decisão definitiva no processo administrativo de lançamento como requisito para o exercício da ação penal nos crimes tributários – 11. O interesse de agir no processo penal – 12. A legitimação no processo penal – 13. A problemática da ação nos crimes complexos – 14. O formalismo da representação – Bibliografia.

1. Conceito

Embora abstrato e até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições de exercício pelo legislador. São as denominadas *condições da ação* (legitimação *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional.

A função das condições da ação atende ao princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva, quando já se sabe, *a priori*, que o provimento final não poderá ser exarado porque as partes que o pedem ou perante quem é pedido não são legítimas; ou o provimento não será necessário, útil e adequado; ou, ainda, quando for ele proibido pelo ordenamento. Trata-se de evitar, em última análise, atividades inúteis.

Por isso, a existência das condições da ação é aferida em tese, conforme a formulação do pedido, ou seja *in statu assertivis*. Trata-se de verificar se, de acordo com a afirmação contida na inicial (e que ainda deverá ser provada no decorrer do processo), as partes são legítimas e se existem o interesse de agir e a possibilidade jurídica.