

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
ANTONIO SCARANÇE FERNANDES

AS NULIDADES 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 Scarance 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 Scarance. III. Título.

10-14236

CDU- 343.154(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Nulidades : Processo penal : Direito 343.154(81)

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

denominada “prerrogativa de função”. Aqui não há foro privilegiado que se es-tabeleça 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 a respeito ao juiz natural é a da composição dos tribunais estaduais, com a fixação de critérios para sua integração por juizes 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 juizes substitutos, pois isso equiva-leria 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 natu-ral, 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 acusa-do 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 acerta-da a afirmação de que o juiz natural, no ordenamento brasileiro, é o órgão consti-tucionalmente 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 constituicional-mente atribuída. O vício, nesse caso, poderá levar à nulidade, mas não à inexistên-cia 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 Cons-tituição de 1937, que havia suprimido as garantias do juiz natural, em seu duplice

aspecto (proibição dos tribunais de exceção e garantia do juiz constitucionalmen-te 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 decla-rada 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 ga-rantia 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 sub-sistem 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 median-te revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser arguida a nulidade ou a inexistên-cia 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 incom-petente, em contraste com o art. 5.º, LIII, da CF), esta simplesmente não transi-taria 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 absolveu, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato, apesar de a sentença não ter apudão 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 TJSF 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 eficácia 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 TJSF: “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 autoridade 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 inobservância 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 declinatoria, 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