

# VIOLACÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL: consequências da decretação judicial

Alfredo de Oliveira Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** *O presente estudo tem como norte a verificação da natureza da sanção judicial aplicada em face de um vício de uma sentença penal absolutória por afronta a uma norma constitucional definidora de competência processual penal. Comprova-se que o princípio constitucional do juiz natural destina-se a impedir a designação de tribunais e juízos de exceção, assim como a coibir violações às regras constitucionais delimitadoras da competência. Demonstra-se que as cláusulas prescritivas da competência constitucional não podem gerar a inexistência jurídica dos atos processuais por força do princípio da unidade da jurisdição. Configura, assim, verdadeiro pressuposto processual de validade da relação jurídica. Em consequência, acarreta, em caso de sua violação, nulidade absoluta de todos os atos e do próprio procedimento criminal. O vício, no entanto, pode ser sanado pela força da coisa da julgada penal sempre que a decisão favorecer o sujeito passivo da relação processual, sob a perspectiva instrumental garantista do moderno processo penal.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Garantismo. Inexistência jurídica. Nulidade processual. Jurisdição. Competência. Juiz natural. Pressupostos processuais*

**ABSTRACT:** *The current paper has, as a parameter, the checking of the nature of the judicial sanction applied in face of a vice in an absolving criminal sentence that offends the constitutional Law about competence in criminal procedure. It demonstrates that the constitutional principle of the natural judge is intended for forbid courts and judges of exception, as well as violations of constitutional rules about competence. It also demonstrates that set clauses about constitutional competence can not produce nonexistent procedures acts because of the principle of the unity of jurisdiction. Thus, it represents a true validity procedure presupposed. As consequence, in case of its violation, the result will be the absolute nullity of the procedure acts and the criminal procedure itself. The vice however, can be remedied by the power of the criminal thing judged when the decision benefits the defendant, in prospecto of the instrumental garantisme and the modern criminal procedure.*

**KEYWORDS:** *Garantisme. Legal nonexistent. Nullity procedure. Jurisdiction. Competence. Natural judge. Procedure presupposed*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico dedica-se à investigação da natureza jurídica das consequências derivadas do reconhecimento de incompetência constitucional em matéria penal.

---

<sup>1</sup> Professor Esp. em Direito Penal e Processo Penal.

O objeto desta investigação, *prima facie*, encontra delimitação nas balizas do problema específico advindo de uma sentença penal absolutória irrecorrível, prolatada por um juiz de direito incompetente, assim considerado por manifesta afronta a uma norma constitucional definidora de competência penal.

O cotidiano das lides forenses revela que não são tão raras as hipóteses de invasão de competência dos órgãos jurisdicionais. Nesse cenário, por vezes, é dado observar decisões da Justiça Comum Estadual, Federal, Militar ou Eleitoral, apreciando infrações penais que extrapolam seu âmbito de competência específica, promovendo indevida invasão até mesmo em matéria fixada pela Constituição Federal.

Diante desse quadro, revitaliza-se a polêmica entre duas vertentes que se digladiam há anos, a respeito da natureza jurídica da sanção aplicável em face de uma sentença penal absolutória prolatada por um juiz incompetente constitucionalmente: trata-se de sentença nula ou de sentença juridicamente inexistente?

A doutrina não é concorde, despontando interpretações em ambos os sentidos. A matéria, como abaixo demonstrado, é altamente controvertida no sistema processual penal brasileiro. Por essa razão, as opções, elencadas como possíveis respostas ao problema supra formulado, constituem a hipótese central deste trabalho.

Renomados autores asseveram que a incompetência absoluta, em decorrência de violação de normas derivadas de fonte constitucional, gera a inexistência jurídica da sentença. Assim, cuida-se de um não-ato, de uma não-sentença, totalmente ineficaz para produzir efeito (TOURINHO FILHO, 2004, p. 408).

De outro prisma, os adeptos da adoção da figura da nulidade absoluta sustentam que o princípio da unidade de jurisdição legitima a ideia de que todos os juízes são investidos de poder jurisdicional, de natureza nacional (nem federal, nem estadual, KARAN, 1997, p. 43). Na condição de um dos poderes da nação não admite, na sua essência, qualquer fragmentação ou divisão, arrematando não falecer jurisdição ao juiz incompetente. Refuta com vigor a figura da inexistência jurídica da sentença. Distribui-se o exercício da atividade jurisdicional em camadas ou esferas. Não a jurisdição em si, não se confundindo o órgão competente com o órgão dotado de jurisdição.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1994) cogitam de uma terceira opção resultante da fusão das hipóteses alhures mencionadas. Sufragam a tese de inexistência da sentença absolutória proferida por juiz desvestido de jurisdição, sob fundamento de que o princípio do

juiz natural constitui pressuposto de existência do processo, não se operando, portanto, a constituição da coisa julgada. Mas não admitem que o vício venha a ser declarado *pro societate*, inibindo a formulação de uma nova pretensão punitiva em face da mesma *causa petendi* e do mesmo sujeito passivo.

Definido e delimitado o problema central, é fundamental complementar o marco teórico da presente investigação com o estudo dos pressupostos ou requisitos essenciais da sentença sob o ponto de vista de acesso ao mundo jurídico, sob a perspectiva de seus três planos: existência, validade e eficácia.

Vale acrescentar ainda que a linha de pesquisa conferida a este trabalho contempla uma análise crítica e interdisciplinar do tema problematizado e de seus desdobramentos. O enfoque jurídico deve adequar-se aos postulados do Estado Democrático de Direito e às perspectivas de uma política criminal garantista centrada no reconhecimento de que a principal função do juiz no processo penal consiste na sua condição de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, prestigiando-se, neste estudo, a hipótese compatível a esta ideia.

Procura-se, nessa perspectiva, fortalecer a posição do sujeito passivo da *persecutio criminis*, considerado nesse momento a parte mais frágil da relação jurídica diante da força do poder persecutório do Estado, titular da violência institucionalizada do processo. Carente, desse modo, de uma pronta e eficiente proteção estatal, notadamente em relação a seus direitos e garantias fundamentais. Relevante neste ponto destacar Ferrajoli (2002) que, nessa linha de pensamento, fala *de la ley del más débil*, ressaltando que, se a história da pena é uma história de horrores, a história dos julgamentos é de erros, abusos e sofrimentos.

O tema em exame encontra relevância na medida em que a opção escolhida – nulidade absoluta ou inexistência da sentença absolutória irrecorrível – vai determinar surgimento ou não, de determinados efeitos processuais da máxima importância pertinentes às garantias fundamentais do sujeito passivo da relação processual.

O propósito desta pesquisa não se restringe, pois, a simples depuração terminológica. Sob o magistério de Badaró (2003), que considera o aprimoramento conceitual importante para qualquer ciência, sem, no entanto, descurar-se das questões práticas, o presente trabalho pretende analisar, de igual modo, a relevância prática na vida do cidadão, das questões jurídicas ligadas ao tema.

Daí porque, na hipótese de se aceitar que a incompetência constitucional configura inexistência da sentença absolutória, formulação consagrada pela doutrina francesa, dispensa-

se a necessidade de qualquer instrumento jurídico destinado à desconstituição da sentença, dado que não se cuida de ato processual, não ostentando sequer de condição de ingressar no mundo jurídico.

Bastaria, pois, a singela declaração de inexistência para sua completa exclusão do processo. Nessa linha de raciocínio, não há qualquer obstáculo à instauração de novo processo e novo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo fato imputado.

Sob outro prisma, em obséquio ao princípio da unidade de jurisdição, admitindo-se a nulidade absoluta como sanção jurídica, tem-se a presença da coisa julgada material, tornando imutável a decisão absolutória, configuradora de óbice intransponível à nova sujeição processual do réu, pelo mesmo fato a ele imputado.

Fácil perceber, portanto, que o tema assume proporções de realce, visto que o Direito pode encerrar aporias ou contradições e, nas palavras de Ferraz Jr. (1996, p. 21), “compreender o Direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente.”

## **2 O SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS**

### **2.1 OS ATOS PROCESSUAIS SOB O ENFOQUE GARANTISTA**

A noção de ato processual, de seus vícios e consequências revestem-se de enorme magnitude para compreensão e desenvolvimento do tema relativo à natureza da sentença absolutória proferida por juízo constitucionalmente incompetente.

A garantia constitucional do devido processo legal, hospedada no inciso LIV, do art. 5º da Carta da República, além ritual de reconstrução do fato histórico, pressupõe um conjunto de atos jurídicos concatenados e sucessivos, de autoria dos sujeitos processuais, tendentes a concretizar a atuação da jurisdição na composição da lide penal. Nunca se esquecendo, antes e acima de tudo, da máxima observância das garantias do sujeito passivo da relação jurídico-processual.

Ferrajoli (2002), o maior expoente do garantismo, explica que esse movimento nasceu, no âmbito penal, da divergência entre normatividade e efetividade, com significado tríplice, denotando, em síntese e ao mesmo tempo, um modelo normativo, uma teoria jurídica e uma

filosofia política. Pela grandeza de seus objetivos, voltados para a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade dos castigos estatais, encerra uma pauta de limitação e de disciplina ao poder público com o intuito de tutelar os direitos fundamentais.

O garantismo processual constitui, portanto, o fundamento da instrumentalidade constitucional do processo penal democrático. Funciona como verdadeiro marco regulador e baliza fundamental que se impõe como limite da atuação do poder público voltado para a realização da *persecutio criminis*.

O procedimento, visto sob o aspecto externo do processo, denota a ideia de movimento coordenado de atos cuja existência e desenvolvimento vinculam-se, à forma prevista em lei, como garantia do direito das partes e, sobretudo, do pleno exercício do direito de defesa.

Daí porque ato processual, espécie de ato jurídico, traduz-se como aquele praticado pelos sujeitos da relação jurídica, capaz de produzir efeito processual. Elaborado segundo a forma ou o modelo previsto em lei que impõe determinados pressupostos, requisitos e condições para a sua realização e validade jurídica, torna-se, assim, apto à produção de efeitos, cumprindo com eficácia sua finalidade processual. Noutras palavras, ato jurídico perfeito é aquele que se amolda, que se ajusta ao figurino legal, revelando uma verdadeira relação de tipicidade no campo processual.

Como requisitos dos atos processuais, devem ser compreendidas todas as exigências componentes ou integrantes de sua estrutura executiva ou, nas palavras de Passos (2005): “requisito é tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado, não algo que o antecede ou deve sucedê-lo.” Na sentença criminal, a título de ilustração, figuram como requisitos o relatório, a fundamentação e o dispositivo (art. 381-CPP).

Por outro lado, pressupostos são designativos de determinados fatos ou atos jurídicos que devem necessariamente, na cadeia sucessiva do procedimento, anteceder a outros, como exigência legal ou jurídica. Assim, a citação é ato processual que funciona como pressuposto do interrogatório do acusado no processo e, ainda no campo dos exemplos, a presença de um órgão investido de jurisdição configura pressuposto indeclinável de sua existência e ingresso no mundo jurídico.

## 2.2 ATIPICIDADE DO ATO PROCESSUAL

Quando o ato processual for realizado em desconformidade com o tipo ou modelo legal exsurge um vício que pode acarretar a decretação de sua nulidade ou até mesmo de todo o processo, como sanção aplicada pelo juiz.

Vício, do latim *vitium*, significa defeito, falha, imperfeição, má qualidade das coisas, pessoas ou atos. Em sentido jurídico, o vício estampado pelo ato jurídico pode afetar sua eficácia e ensejar sua invalidação por nulidade, ou até mesmo ser desconsiderado do mundo jurídico por inexistência.

Cumprе consignar que uma pequena parcela da doutrina nacional equipara e confunde a nulidade com o próprio vício jurídico que torna o ato processual sem valor, no todo ou em parte, a exemplo de Rosa (1942).

Marques (2005, p. 364), no entanto, partidário da teoria majoritária, destaca que “nulidade é uma sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não esteja de acordo com as condições de validade impostas pelo Direito objetivo.”

O Direito Processual Penal contempla distinção entre as nulidades processuais de acordo com a intensidade ou grau do vício, classificando-as em inexistência jurídica, nulidade absoluta, nulidade relativa e ato meramente irregular.

## 2.3 INEXISTÊNCIA DO ATO PROCESSUAL

A doutrina subscreve como inexistente o ato processual por ausência de sua própria constituição material, ou aquele que, embora existente *in concreto*, não reúne os elementos nucleares mínimos exigidos pela sua natureza e objeto. A falta de elemento essencial de sua constituição pode conferir-lhe tão-somente mera aparência de ato, jamais ostentando realidade jurídica.

A teoria da inexistência foi desenvolvida, a princípio, na área do Direito Civil por Zachariae, na França, com o propósito de justificar a ineficácia do casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo que não era regulada nem explicada pela pelo sistema das nulidades.

Para Passos (2005), o conceito de inexistência é utilizado para designar algo que carece de elementos que são da essência e da vida do ato: um *quid* incapaz de qualquer efeito.

A inexistência é entendida como ausência ou vício de requisitos essenciais do ato que importam em desnaturamento do próprio ato, fazendo-o um não-ato jurídico.

Bernardes de Mello (1994) realça a insuficiência do suporte fático do ato jurídico como vício capaz de obstar seu nascimento, impedindo seu ingresso no plano da existência e, por conseguinte, negando-lhe acesso ao mundo jurídico:

Ao sofrer a incidência de norma juridizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando para o plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência, não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa apenas a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

O acesso do ato processual no plano da existência, pórtico do mundo jurídico, é condição necessária para a análise de sua validade e eficácia para produção de efeitos jurídicos. No plano da validade, ocorre uma triagem entre ato perfeito (purificado e isento de qualquer defeito invalidante) e o ato maculado por vício.

## 2. 4 NULIDADE DO ATO PROCESSUAL

Sob o escólio das lições de Passos (2005), nulidade é uma desqualificação determinada pelo sistema jurídico, em decorrência de atipicidade relevante do ato processual, por entendê-lo inapto para justificar a produção de seus efeitos jurídicos próprios.

Nulidade denota, pois, deficiência do suporte fático por vício invalidante. Ressalte-se que insuficiência e deficiência não se confundem. A primeira ocorre por falta de elemento nuclear ou estrutural do ato jurídico, ensejando sua inexistência, podendo ser ilustrado com o clássico exemplo da sentença prolatada por quem não é juiz. Já a deficiência afeta elementos periféricos ou externos ao núcleo do ato jurídico e produzem consequências no âmbito de sua validade ou eficácia.

O ato taxado de nulo, ainda que não produza efeitos, não se despe das características formais de ato processual. O ato inexistente, ao contrário, é um não-ato, eximindo o legislador de definir as causas de inexistência, dado que podem ser extraídas do ordenamento jurídico geral ou de um ramo em particular, assim como se revela supérfluo afirmar que aquilo que é branco não pode ser negro.

Outro critério marcante, para distinção de ato inexistente do nulo, funda-se no pronunciamento judicial constitutivo das nulidades como condição necessária de seu reconhecimento. Vale dizer, o ato praticado, em desconformidade com o modelo legal, é ato eficaz e produz efeitos até a decretação judicial de invalidade. Pode, inclusive, ser coberto pela coisa julgada que opera a sanação definitiva do vício, inadmitindo, em certos casos, até mesmo a propositura de ação revisional. Tal não ocorre com os atos inexistentes que se mostram insanáveis e prescindem de decretação judicial desconstitutiva, rejeitando o manto da coisa julgada. E, neste particular – possibilidade de sanação do vício pela coisa julgada – configura a nota fundamental distintiva entre inexistência e nulidade, cujas consequências, em caso de sentença absolutória, repercutem de forma definitiva para afirmação ou negação das garantias do sujeito passivo da relação processual.

Ocorre nulidade absoluta quando houver violação de norma constitucional garantidora de interesse público, cujo prejuízo para o processo e para as partes é presumido. Não se exige arguição em momento preciso ou determinado, podendo, inclusive, ser decretada por ofício, pelo juiz, em qualquer fase do processo. Jamais precluem, salvo em relação à hipótese retratada na Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe o reconhecimento ex officio de nulidades em prejuízo do acusado.

Configuram relativas às nulidades derivadas de violação de exigência prescrita pelo ordenamento infraconstitucional, estabelecidas no interesse predominante das partes. A desconformidade neste caso pode gerar prejuízo, condicionado à sua demonstração, cuja arguição deve ser feita *oportuno tempore*, pena de preclusão.

A delimitação do tema dispensa considerações aprofundadas a respeito dos pressupostos e requisitos nucleares ou estruturais de todos os atos processuais. A preocupação se concentra em investigar, se afronta ao princípio do juiz natural por incompetência constitucional, priva o juiz a própria jurisdição dando ensejo à inexistência de eventual sentença. Ou, de outra dimensão, se a questão é de mera competência, embora de natureza constitucional, mas que não lhe retira a jurisdição, fazendo surgir nulidade absoluta.

À luz do raciocínio exposto, impõe-se, neste ponto, traçar considerações, ainda que de modo perfunctório, acerca de jurisdição e competência, bem como do princípio do juiz natural, como forma de pavimentação e aproximação ao tema central desta pesquisa, o que será realizado no tópico a seguir.



### **3 A PRESENÇA DE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL**

#### **3.1 A JURISDIÇÃO SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA**

Ao avocar para si a administração da Justiça, proibindo a autotutela dos conflitos de interesses intersubjetivos, o Estado tornou-se devedor de um instrumento técnico, público e ético, dotado de força suficiente para a resolução das controvérsias surgidas no seio da sociedade.

Para tanto, o Poder Público, inicialmente através da figura do pretor, passou a conhecer os litígios entre os cidadãos, proferindo e impondo soluções, com a finalidade de fazer valer a ordem jurídica questionada em face de uma pretensão resistida, agindo sempre, através dos juízes, em substituição às partes, proibidas de fazer justiça com as próprias mãos.

Essa nova função estatal, que se convencionou chamar-se de jurisdição, revela-se como verdadeiro poder, devido à sua atuação cogente, como manifestação da *potestade* do Estado. Exterioriza-se através de uma atividade substitutiva de agentes políticos do Poder Judiciário – juízes e tribunais – composta de uma série de atos processuais, concatenados e sucessivos, direcionados à aplicação do direito ao caso concreto, com observância das garantias fundamentais do imputado. A decisão da causa é provida de capacidade de operar a coisa julgada que se reveste de efeitos impeditivos à eternização da lide. Consagra-se, desse modo, o princípio da segurança jurídica, com o escopo voltado à pacificação dos ânimos, com justiça material.

Jurisdição, no dizer de Chiovenda (1965, p. 4):

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

A jurisdição, como poder nacional, não comporta fragmentações. Falar-se em divisão da jurisdição de um Estado implica sustentar a ideia da existência de uma pluralidade de soberanias, configurando verdadeiro despautério, visto que a jurisdição é una e indivisível, como função própria do poder soberano.

Resumindo a conjuntura exposta, Greco Filho (1995, p. 123) vaticina:

A jurisdição, e, conseqüentemente, a justiça, é uma só, e ela é nacional, ou seja, é um dos poderes da Nação. A divisão em diversos órgãos, ou mesmo estruturas orgânicas especializadas, é meramente técnica e tem por fim dar a melhor solução às diferentes espécies de lides. Assim, costuma-se usar a denominação Justiça ou Jurisdição comum e Justiças ou Jurisdições especiais, mas a distinção entre elas é meramente de organização e de competência e não essencial, pela natureza.

Por questões didáticas e, sobretudo por razões de ordem pragmática, costuma-se dividir a jurisdição, segundo diversos critérios, em jurisdição inferior e superior; penal e extrapenal; contenciosa ou voluntária; ordinária, especial e extraordinária.

Lembra Marques (2005) que não há, em essência, distinção entre jurisdição civil e jurisdição penal, posto que ambas configuram funções típicas do Poder Judiciário, divergindo apenas em relação às normas por elas aplicadas (penal ou extrapenal). Em ambos os casos, tem-se a presença do poder jurisdicional, embora incidindo em matéria diversa.

A Jurisdição penal, de acordo com suas peculiaridades, pode ser compreendida como o poder-dever de, mediante decisão fundamentada, resolver a controvérsia entre o *jus puniendi* estatal e o direito fundamental de liberdade do imputado, de conformidade com a norma penal (sempre submetida a uma filtragem constitucional). Daí surge a perspectiva liberal e garantista da jurisdição exercida por juízes e tribunais investidos nesse poder e destinada à tutela do indivíduo diante de eventuais abusos dos agentes estatais, garantindo, assim, o equilíbrio entre os valores poder e liberdade (DINAMARCO, 1990).

Reside, neste ponto, o cerne da distinção entre jurisdição penal e as demais. Estas existem, em regra, em função da ação promovida pelo demandado, enquanto que a jurisdição penal encontra o fundamento de legitimidade de sua existência em função da defesa, notadamente na tutela das garantias fundamentais do imputado, a parte fragilizada do processo. Nas palavras de Nicola Carulli (apud FERNANDES, 1987, p. 24), “a história do processo penal é a história da defesa.”

Sob o marco de um processo penal democrático e garantístico, próprio de um Estado Democrático de Direito que se funda na dignidade da pessoa humana, o acusado apresenta-se como a parte débil e carente da relação processual penal frente à força do poder público titular do *jus puniendi* da violência institucionalizada do processo. Exige-se, portanto, a incessante atuação do juiz como efetivo garantidor da máxima eficácia dos direitos acusados no processo penal.

### 3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE COMPETÊNCIA

Competência, por outro lado, é a medida da jurisdição, definindo por normas constitucionais ou infraconstitucionais os limites do exercício do poder jurisdicional atribuído ao juiz. É o limite da função jurisdicional assentado em critérios territoriais (*ratione loci*), em razão da matéria (*ratione materiae*) ou em razão da função exercida pela pessoa ser julgada (*ratione personae*).

Nas palavras de Couture (1958, p. 29):

competência é o poder da jurisdição para uma determinada parte do setor jurídico: aquele especificamente destinado ao conhecimento de determinado órgão jurisdicional. Em tudo aquilo que não lhe foi atribuído, um juiz, ainda que, continuando a ter jurisdição, é incompetente.

Por razões evidentes, não é dado submeter-se a um único juiz todas as demandas surgidas em um mesmo território político. Procede-se, pois, a uma divisão de trabalho entre os múltiplos órgãos jurisdicionais, cujo âmbito de atuação decorre de prévia distribuição de competência constitucionalmente estabelecida. É lícito, no entanto, em determinados casos, dita distribuição ser cometida à legislação infraconstitucional, desde que em perfeita consonância com as normas hierarquicamente superiores.

Estabelecida a distinção entre jurisdição e competência, forçoso, no passo seguinte, delinear considerações pertinentes ao conceito e às características principais do princípio do juiz natural.

### 3.3 A DIGNIDADE CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A ideia de princípio, segundo Luis Diez-Picazo apud Bonavides (1994) deriva da linguagem da geometria, designando as verdades primeiras porque indicam precedência, compondo as premissas de um sistema que se desenvolve *more* geométrico.

A noção mais usual de princípio, nas letras jurídicas brasileiras, pertence a Bandeira de Mello (1994, p. 450-451):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá

sentido harmônico. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

Os estudos de Dworkin, Alexy e Canotilho contribuíram, de modo decisivo, para a pacificação da questão quanto à distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Dotados de normatividade que lhes confere força vinculante, vigência e eficácia, os princípios, na era do pós-positivismo, passaram a exercer papéis revestidos da máxima grandeza, tais como a função fundamentadora da ordem jurídica, interpretativa das demais normas e a tarefa supletiva de integração do direito nas hipóteses de eventuais lacunas.

Entende-se por juiz natural ou constitucional o órgão do Poder Judiciário que, por previsão constitucional, esteja investido de jurisdição e que exerça função de julgar no âmbito das atribuições fixadas por lei, em consonância com as prescrições constitucionais.

De acordo com as lições de Grinover, em obra conjunta com Scarance Fernandes e Gomes Filho (Op. Cit, p. 45): “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.”

Instituído como um dos esteios de devido processo legal e do próprio Estado Democrático de Direito, o princípio do juiz natural é uma das garantias assecuratórias da imparcialidade dos juízes e da impessoalidade no exercício do poder judicante, condições necessárias à obtenção da devida prestação jurisdicional independente.

A ideia do juiz natural remonta à Magna Carta de 1215, como uma das conquistas da luta da nobreza contra a tirania do soberano. Estabeleceu-se, desde então, que ninguém poderia ser julgado a não ser por seus pares e pela lei da terra, cuja norma pode ser vista como verdadeiro embrião delineador dos contornos contemporâneos do princípio do juiz natural. Despontando somente com essa locução precisa, a partir da Carta Constitucional da França de 1814.

Nosso País sempre acolheu o princípio do juiz natural. Desde a Constituição Imperial de 1824 e em todas as demais que lhe sucederam, inclusive nas legislações ou declarações internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário. A herança do juiz natural, devido à sua importância capital para o cidadão, não poderia deixar de sensibilizar o constituinte de 1988, que se encarregou de conferir continuidade histórica na construção de seu conceito.

Com efeito, o juiz natural encontra fundamento de existência constitucional no inciso LIII, do art.5,º que preceitua: “ninguém será processado nem julgado senão pela autoridade competente”. A referida cláusula deve ser vista em conjugação com o inciso XXXVIII do mesmo artigo: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, ambos da Carta Política de 1988.

Na dicção de Pontes de Miranda (1960, p. 395-396):

tribunal de exceção é o que se estabelece para determinado caso ou casos; a) já ou ainda não ocorridos; b) provenha ou não de lei a deliberação de instituí-lo; c) quer seja novo, ou já existente o órgão ordinário, ou especial, a que se confere o julgar excepcionalmente. [...] Juiz que pertence à organização judiciária normal pode vir a ser juiz de exceção, infringindo-se o princípio.

Destarte, resta iniludível que o juiz natural, ao tempo em que proíbe criação de tribunais ou juízes de exceção formatados após a ocorrência de um fato determinado, ainda obsta o exercício da jurisdição por qualquer órgão incompetente, ou seja, extravasando os limites constitucionais previamente fixados pela norma.

É válida, portanto, a ilação no sentido de que somente se eleva ao patamar de juiz natural, no sistema brasileiro, o órgão jurisdicional cujo poder de julgar decorra de fontes constitucionais direta ou indiretamente. Por essa razão, o princípio do juiz natural também é conhecido como juiz constitucional, como garantia da própria jurisdição e de sua imparcialidade.

*Pari passu* a esse raciocínio, anota Lopes Jr. (2005, p. 74):

Inicialmente, cumpre recordar a garantia do juiz natural, enquanto portadora de um tríplice significado:  
a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição;  
b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato;  
c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Cumpre examinar a hipótese se juiz natural configura ou não pressuposto de existência da jurisdição e, portanto, pressuposto da própria relação processual e do processo. Antes, porém, é conveniente realizar uma ligeira abordagem a respeito dos pressupostos processuais da relação jurídica, cuja atividade será objeto do tópico seguinte.

### 3.4 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Dentre as múltiplas teorias explicativas da natureza do processo, desponta a relação jurídica processual como dominante na doutrina moderna. Deve-se a Oskar Von Büllow a sua sistematização, concluindo que a relação vinculativa entre as partes e entre estas e o Juiz é autônoma, independente e com características próprias. Não se confunde, pois, com a relação material que constitui seu objeto.

Essa teoria opera relevante marco histórico em busca da humanização do processo ao introduzir a noção de processo de partes, sobretudo em relação ao acusado que, abandonando a condição de mero objeto de investigação, passou a assumir, gradativamente, o papel de sujeito titular de direitos e garantias processuais.

O processo penal, instrumento de atuação da função jurisdicional, enfocado sob o aspecto subjetivo, pode ser visto como uma relação jurídica processual que vincula e disciplina a conduta dos sujeitos processuais em suas múltiplas ligações de reciprocidade de direitos e obrigações. Ao longo de todo o procedimento formal, pode-se perceber uma constante troca de posições – ativas e passivas – entre as pessoas que atuam no procedimento.

No entanto, adverte corretamente Jardim (1991) que o processo cria – não é ele próprio – uma relação jurídica entre os sujeitos que nele atuam, concluindo que “o processo é uma categoria autônoma de direito, não se confundido com a relação jurídica processual que dele se origina. Criador e criatura não de ser, logicamente, entes distintos.

Vale ainda consignar, por oportuno, que a teoria da relação processual de Büllow provocou o antagonismo de Goldschmidt (2002), que tentou introduzir como alternativa a teoria do processo como situação jurídica, e que em nosso País encontra em Lopes Jr. (Op. Cit.) seu mais árduo defensor.

Voltando à teoria de Büllow, importa registrar que a relação processual demanda, para sua constituição e regular desenvolvimento, a presença de certos requisitos que, ao lado das condições da ação, formam os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, funcionando como uma espécie de mecanismo de filtragem. Assim, fala-se em requisitos de existência e de validade da relação processual.

Os primeiros constituem exigências sem as quais o processo não chegaria sequer a existir no mundo jurídico, não passando de mera aparência ou de simulacro de processo. Já os pressupostos de validade condicionam não a existência do processo, senão o seu regular

desenvolvimento de acordo com as normas processuais. Vinculam-se à validade dos atos processuais, de modo que o reconhecimento de uma nulidade implica a falta de pressuposto de validade da instância, obstando o julgamento da pretensão punitiva.

Por sua vez, pressupostos de validade, também chamados de condição de regular desenvolvimento da relação processual, expressam relação de conformidade entre os atos do processo e a norma jurídica regente. É dizer, traduzem ausência de nulidades do procedimento e dos atos processuais.

Divergem os processualistas no tocante aos elementos considerados pressupostos de existência. Ada Pellegrini só reconhece a necessidade de um órgão investido de jurisdição como único pressuposto processual para o nascimento da relação jurídica.

A doutrina dominante, no entanto, reclama a presença três pressupostos de existência: i) o ajuizamento de uma demanda onde se exteriorize uma pretensão punitiva ou de liberdade; ii) a presença de um órgão investido de jurisdição e iii) partes dotadas de personalidade jurídica. Sem esses elementos, não haverá processo, mas mera situação de fato inapta a produzir efeitos jurídicos. Não havendo processo, como consectário lógico, também não haverá sentença nem coisa julgada.

Não se mostra pertinente a este estudo o desenvolvimento da questão atinente à quantidade de elementos essenciais para a existência da relação. Importa considerar que a presença de um órgão jurisdicional é um pressuposto aceito por todas as correntes, o que basta ao objetivo principal desta pesquisa que se concentra, como já dito, em examinar se a incompetência constitucional é pressuposto de existência da jurisdição e, por via de consequência, do próprio processo.

## **4 O PROBLEMA DA VIOLAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL**

### **4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O princípio do juiz natural, como alhures mencionado, consectário do devido processo legal, desdobra-se, em sua essência, em três aspectos legitimadores: i) um órgão jurisdicional criado pela Constituição Federal; ii) órgão pré-constituído em relação ao fato imputado; iii) exercício da jurisdição de acordo com prévia delimitação de competência constitucionalmente estabelecida.

Ninguém questiona que o desenvolvimento do processo, perante um juízo ou tribunal de exceção, induz inexoravelmente ao reconhecimento de sua inexistência. Órgão criado arbitrariamente, sob encomenda, destinado especialmente para conhecer e julgar determinado feito, em patente contraste às normas constitucionais de organização judiciária, não há ser reputado como revestido regularmente de jurisdição. E sua decisão não deve ser vista como sentença, senão um *quid facti*, uma não-sentença, algo existente apenas no mundo da realidade.

Em outra dimensão, o problema da afronta ao princípio do juiz natural decorrente de vício da sentença criminal por incompetência constitucional, que define o cerne deste estudo, constitui, de acordo com o nosso Código de Processo Penal, causa de nulidade processual, sem, no entanto, esclarecer se relativa ou absoluta, prescrevendo, no art. 563, *verbis*: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; [...]”.

Todavia, as normas estampadas no Código de Processo Penal vigente, relativas à incompetência absoluta, hão de ser examinadas com absoluta reserva, devido aos constantes erros de técnica, próprios de um sistema arcaico, confuso e pouco desenvolvido, sobretudo porque emanadas em 1941, durante o regime ditatorial de Vargas. Assim, o texto aludido não enverga legitimidade para a definição da natureza do vício em estudo.

#### 4.2 A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Na esteira de Marques (Op. Cit.), o primeiro pressuposto de existência da relação processual compreende um órgão jurisdicional penal *in genere*, legitimamente constituído. Vale dizer, quando o juiz exerce a função jurisdicional nos exatos limites traçados pela Constituição Federal. Sentença inexistente ocorre por ausência do poder jurisdicional *in genere*, não produzindo eficácia alguma, seja condenatória ou absolutória. Aponta, como exemplo, o caso de um juiz militar julgando um delito comum. Incapaz de inibir nova instauração da *persecutio criminis* contra quem foi declarado inocente, ressalvando, porém, que tal não ocorre com a sentença proferida em processo nulo, e que conclua pela absolvição do réu.

Nesse mesmo sentido, salienta Tourinho Filho (Op. Cit., p. 408) que a incompetência absoluta, em decorrência de violação de normas derivadas de fonte constitucional, gera a



inexistência jurídica da sentença. Assim, cuidando-se de um não-ato, de uma não-sentença, revela-se, pois, totalmente ineficaz para produzir qualquer efeito. Não se presta nem mesmo para balizar o pronunciamento do juiz competente, que se vê restituído de sua integral liberdade de julgar, inclusive em relação à dosimetria da pena, sob o fundamento de que a primeira decisão foi proferida por um órgão desvestido do poder judicante.

De acordo com esta linha de orientação, a incompetência constitucional dá ensejo à figura da inexistência da sentença absolutória irrecurável e de todo o processo penal. Dispensa, inclusive, o ajuizamento de qualquer ação autônoma de impugnação destinada à desconstituição da sentença, dado que não se cuida de ato processual e, por isso, sequer teve oportunidade de ingressar no mundo jurídico.

Bastaria, pois, singela declaração de inexistência da parte do juiz competente para sua completa exclusão dos autos do processo, favorecendo, inclusive, a própria acusação. Não haveria qualquer obstáculo à instauração de novo processo e julgamento da mesma pessoa, pelo mesmo fato imputado.

Em consequência desse cenário, fragilizar-se-ia ainda mais a posição do sujeito passivo da *persecutio criminis*, considerado neste ponto a parte mais débil da relação jurídica, viabilizando um cenário fértil para retrocessos democráticos. Revela-se de todo inaceitável esse raciocínio, notadamente na perspectiva de um processo penal garantístico, próprio de um Estado Democrático de Direito que se funda na dignidade da pessoa humana.

#### 4.3 A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADEZ DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Parte da doutrina nacional considera que a competência do órgão jurisdicional configura pressuposto processual de validade da relação processual, como se pode constatar nas lições de Fernandes (Op. Cit., p. 265-266):

A incompetência do juízo é sinônimo da falta de pressuposto de validade do processo. Como tal deve ser tratada, embora incorporando-se ao capítulo corresponde às nulidades [...] a competência constitui pressuposto de validade da relação processual.

Sustenta-se corretamente que, havendo previsão no texto constitucional da existência de um órgão provido da função de julgar, portador de capacidade jurisdicional adquirida no

momento da investidura no cargo judicante, satisfaz-se plenamente o primeiro pressuposto de existência da relação processual atinente à existência de um ente jurisdicional.

Assim, a capacidade jurisdicional, adquirida por ocasião da investidura no cargo de julgador, constitui elemento nuclear ou estrutural do processo ou de qualquer ato jurisdicional, sobretudo da sentença. A existência vincula-se à questão da suficiência do suporte fático, cuja afronta gera impedimento absoluto de acesso ou ingresso do ato no plano da existência do mundo jurídico.

Eventual vício por incompetência constitucional, com extrapolação do âmbito delimitado para o exercício da jurisdição, representa grave atentado ao princípio do juiz natural. Nesse caso, o sistema comina graves sanções, a exemplo da nulidade absoluta, por vício de ordem pública, decretada a qualquer tempo e até mesmo de ofício pelo juiz. Apenas não se pode admitir, contudo, sua equiparação à ausência de jurisdição como se fosse um julgamento proferido por juízo de exceção.

Vem de Inocêncio Borges da Rosa (apud FERNANDES, op. Cit., p. 27), a advertência de que a decretação de uma nulidade é uma medida tão grave, de consequências incalculáveis, que só se deve recorrer a ato tão extremo quando o defeito jurídico tiver produzido um prejuízo real, manifesto, para as partes, ou para a justiça, e quando for absolutamente impossível reparar dito defeito.

A incompetência constitucional macula, de modo irremediável, não a capacidade jurisdicional adquirida a partir da investidura, mas particularmente a capacidade processual do juiz no tocante aos limites da jurisdição. Macula-se elemento complementar (mas não nuclear) do ato processual, ou seja, a medida da jurisdição, não, porém, a jurisdição em si.

Dinamarco (Op. Cit.) sustenta que o princípio da unidade de jurisdição legitima a ideia de que todos os juízes são investidos abstratamente desse poder, não falecendo jurisdição ao juiz incompetente. Jamais se considera inexistente o ato realizado sem competência. Distribui-se o exercício da atividade jurisdicional em camadas ou esferas; não a jurisdição em si mesma.

Compartilhando o mesmo raciocínio, alega Karam (1997, p. 51-52) que, diante do princípio da unidade da jurisdição, o órgão competente não se confunde com o órgão dotado de jurisdição. Refuta a ideia de que o juiz natural seria verdadeiro pressuposto de existência do processo. Sendo uma só a função jurisdição abstratamente atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário, não se pode afirmar que o órgão jurisdicional, mesmo que

constitucionalmente incompetente, não seja dotado de jurisdição. E conclui: “Quem quer que esteja regularmente investido no cargo judiciário e dele não desligado é um órgão dotado de jurisdição.”

Não se veja nesta construção qualquer menosprezo à relevância e à dimensão garantidora do princípio do juiz natural, posto que a delimitação do vício, no âmbito de nulidade absoluta, somente vem a fortalecer a situação do sujeito passivo em relação ao órgão acusador. Com efeito, o sistema jurídico coloca exclusivamente à disposição do acusado instrumentos processuais destinados à desconstituição da coisa julgada, denominados ações autônomas de impugnação.

Sob tal prisma, ancorado no princípio da unidade de jurisdição, a nulidade absoluta como sanção jurídica decorrente do vício por incompetência inconstitucional da sentença absolutória irrecorrível, como hipótese defendida neste trabalho, pode realizar a coisa julgada material com toda a sua força eficaz. A decisão absolutória em favor do réu consagra-se como medida definitivamente imutável, verdadeiro escudo intransponível a um novo processo pelo mesmo fato.

#### 4.4 A POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Grinover, Gomes Filho e Scaranse Fernandes (Op. Cit.) cogitam de uma opção intermediária. É dizer, sufragam a tese do reconhecimento da figura da inexistência jurídica da sentença absolutória proferida por juiz considerado *in casu*, desvestido de jurisdição, sob fundamento de que o princípio do juiz natural, constitui verdadeiro pressuposto de existência do processo, não se operando, portanto, a constituição da coisa julgada.

No entanto, os aludidos processualistas, à luz do princípio da proibição de *bis in idem*, não admitem que o vício venha a ser declarado *pro societate*, inibindo, nesse ponto, a formulação de uma nova pretensão punitiva em face da mesma *causa petendi* e do mesmo sujeito passivo.

Como se percebe, retoma-se ao tema pertinente ao juiz natural como pressuposto de existência do processo. Assim, a incompetência absoluta, em decorrência de violação de normas derivadas de fontes constitucionais, afronta o princípio do juiz natural, verdadeiro pressuposto de existência do processo, resultando, por consequência, a inexistência dos atos processuais praticados pelo juiz incompetente.

Segundo parte da doutrina processual penal, pressuposto da existência da relação processual, como já demonstrado, é a presença de um órgão investido de jurisdição e não o princípio do juiz natural.

Ora, se verdadeira a premissa de que a jurisdição é una, e nesse ponto parece não haver divergência, por conseguinte todos os juízes, seja julgador de fato ou de direito, desembargador ou ministro, todos nela se acham investidos, com exclusão apenas de quem não é juiz ou já o foi.

Nesse ponto, importante trazer à colação a lição de Passos (Op. Cit., p. 102):

Analisemos alguns dos mais comumente apontados exemplos de inexistência. Começemos pelo exemplo clássico da sentença proferida a *non iudice*. A espécie é uma não-sentença, não-sentença porque proferida por um não-juiz, vale dizer, por alguém que carece de poder jurisdicional, coisa bem diversa da sentença proferida por quem, sendo juiz, está desprovido de competência para decidir a espécie. Ele é juiz e tem jurisdição. Falta-lhe apenas aquilo que se poderia chamar a capacidade ou legitimação para exercer o seu poder jurisdicional no caso concreto.

A mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em questão (juiz estadual julgando processo de competência federal) assentou o reconhecimento de nulidade absoluta, cuja ementa deixou consignado em um de seus trechos: “Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que como se sabe, é una.” (BRASIL, 2003).

Flávio Gomes (s/d) distingue com clareza decisão inexistente (absolvição por quem não é juiz) e decisão imperfeita (juiz federal julgando delito de competência estadual). Explica que esta produz efeitos. Aquela não passa de pseudo-sentença, apresentando total e absoluta impossibilidade de alcançar sua finalidade. Incapaz, portanto, de gerar efeitos materiais ou coisa julgada. Enfatiza ainda que uma sentença, mesmo que contrária à Constituição, é uma sentença nula, impondo-se a declaração de sua nulidade.

Afirmam ainda Grinover, Gomes Filho e Fernandes (Op. Cit.) que não poderia o vício ser declarado *pro societate*, impedindo a formulação de uma nova pretensão punitiva em face do réu cuja sentença foi considerada inexistente. Esclarecem que, não obstante tratar-se de sentença inexistente, incapaz de atingir a qualidade de coisa julgada, ainda assim não é possível nova propositura da ação penal, uma vez que o rigor técnico há de ceder perante os

princípios do *favor rei e favor libertatis* e do dogma do *ne bis in idem*, sepultando a nova persecução penal a respeito de fato que foi objeto de outra ação penal.

Ora, se o primeiro processo foi considerado inexistente, se não existiu, não chegando a nascer dado que nem mesmo teve acesso ao plano da existência, não se pode conceber que ocorreram dois processos. Não há que se falar, então, em *bis in idem*, já que este surge apenas como consequência do trânsito em julgado de uma sentença válida ou inválida, mas existente. Só existe e só existiu um processo, é dizer, aquele ajuizado perante o órgão constitucionalmente competente.

A inexistência não tem, portanto, o condão de gerar *bis in idem*, porquanto que não seria razoável conceber que um ato material presente tão-somente no mundo dos fatos, mas não unguído pelo direito, porque incapaz de ingressar no mundo jurídico, pudesse produzir efeito para inibir a formulação de uma nova pretensão penal, sob argumento de que o rigor técnico deve ceder ante o princípio do *bis in idem*.

Afronta a lógica jurídica a afirmativa de que sentença inexistente, inapta para gerar a imutabilidade da coisa julgada, pudesse, ao mesmo tempo, produzir consequências jurídicas apenas em favor de uma das partes da relação processual. Ou seja, do “nada jurídico” pode-se nascer algo capaz de produzir efeitos reconhecidos pelo direito.

A construção da tese de nulidade absoluta, prescindindo da necessidade de se efetuar qualquer desvio do significado teórico e dos efeitos atribuídos às categorias jurídicas da inexistência, da nulidade e da competência, pode significar, sem qualquer sentido pejorativo, apego positivo e saudável ao sentido técnico das normas processuais.

Tal recurso encontra justificativa e legitimidade sempre que resultar benefício para o réu, com respaldo no pensamento instrumental garantístico, no marco do Estado Democrático de Direito delineado pela República Federativa do Brasil, centrado na dignidade da pessoa humana.

O processo penal reflete o grau de cultura alcançado por uma nação em sua marcha histórica em direção à consolidação de um sistema democrático fundado na defesa dos direitos e garantias fundamentais, simbolizando, no dizer de Goldschmidt (Op. Cit.), “o termômetro democrático da Constituição”.

Relevante, neste momento histórico, a preservação do chamado rigor técnico proveniente de construção dogmática, apoiado em cláusulas de segurança jurídica de determinadas categorias científicas, sobretudo da coisa julgada, cujos contornos foram

edificados ao longo de vários séculos. Significa, noutras palavras, além da consagração do garantismo legal, assegurar de modo satisfatório a estrutura lógica processual e a certeza das interpretações jurídicas.

O princípio do *bis in idem*, em razão de sua natureza constitucional implícita, um tanto poroso, fluído, e vago, não reúne força suficiente para assumir o encargo de oferecer sustentação jurídica por não contar com dignidade constitucional explícita. Manifesta-se, por isso, frágil e debilitado para se contrapor e inibir a formação da coisa julgada, ainda que conjugado com outros princípios como o *favor rei*, posto que nenhum deles seja contemplado de previsão constitucional expressa.

Abrir mão do instituto da coisa julgada, renunciando ao argumento de maior autoridade e de elevado poder de convencimento, expresso claramente na CF/88 (art.5º. XXXVI) e consagrado praticamente por todas as comunidades do mundo ocidental, além de obscurecer as construções doutrinárias, implica abrir os flancos aos ataques insanos dos adversários da tese garantista.

Importa ainda invocar o art. 8º, n. 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.92, que prescreve: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Ora, é de absoluta relevância a preocupação, cada vez maior, com a tutela eficaz do sujeito passivo no processo penal. Especialmente resguardando sua defesa pautada na energia insuperável da coisa julgada penal, capaz de irradiar eficácia sanatória suficiente para purificar todos os vícios do processo e da sentença, impedindo a eternizando da lide, a lesão de direitos fundamentais e o descrédito da justiça. Restaria, assim, de todo temerário, abdicar-se o seu valoroso apoio constitucional.

Em situação contrária, facilitar-se-ia o discurso oposto, bem a gosto da enorme corrente utilitarista processual ou paleopositivista que prospera em nossa comunidade jurídica, ávida por justificativas que permitam a desconsideração de sentença penal absolutória e o reinício de uma nova persecução criminal pelo mesmo fato contra o mesmo sujeito.

A inexistência da coisa julgada representava uma das características marcantes dos horrores dos processos regidos pelo sistema inquisitorial, que atemoriza as pessoas no período

medieval, de acordo com as cláusulas expostas no Manual do Inquisidor do catalão Nicolau Eymerich apud Lopes Jr. (Op. Cit.).

O processo penal deve ser submetido ao filtro constitucional com o propósito de promover a sua democratização que deve ser vista como um sistema de valorização do indivíduo frente ao Estado e que se manifesta no procedimento penal através do fortalecimento das garantias do acusado.

A difusão de um pensamento democrático-garantista, cada vez mais consolidado pela racionalidade dos argumentos fundados em princípios constitucionais, como a coisa julgada, compõe uma pauta mínima de garantias processuais em favor do acusado, da qual não se pode renunciar nem transigir.

Não se deve, pois, assumir risco desnecessário diante de um embate em que se coloca em jogo a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão, em confronto com a sanha punitiva do Leviatã.

Nada mais lógico, portanto, recorrer-se à nulidade absoluta pautada na coisa julgada penal, hipótese central defendida e comprovada nesta pesquisa, como único instrumento capaz de assegurar e robustecer, de modo pleno e eficaz, a posição processual do acusado, tida como desafio de primeira grandeza nesta nova concepção do moderno processo penal.

## CONCLUSÃO

O processo penal, instrumento técnico, público, político e ético, como ponto de equilíbrio para o exercício da jurisdição, destina-se a cumprir dupla função, viabilizando, de modo justo e relativamente célere, a busca da verdade para aplicação do *jus puniendi* estatal na salvaguarda dos interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, como razão primordial de sua existência, tornar efetiva a tutela dos direitos e liberdades individuais daquele a quem se imputa o fato com relevância penal, impondo limites à atividade persecutória estatal.

A instrumentalidade garantista, pautada em normas e teorias decorrentes dos avanços e conquistas no âmbito dos direitos fundamentais, é condição necessária à efetiva proteção da pessoa humana envolvida no processo penal. Propugna-se por instituir uma verdadeira soberana mitigada, submetendo o *jus puniendi* a determinados controles legais, a partir de sua criação legislativa e ao longo de toda a atividade judiciária de prestação jurisdicional.

A presente pesquisa comprovou a hipótese central de que a competência do órgão jurisdicional configura pressuposto processual de validade da relação processual, cuja

violação atenta de modo patente o princípio do juiz natural, mas não tem o condão de gerar a inexistência dos atos processuais, senão de produzir nulidade absoluta.

A jurisdição, na condição de um dos poderes da Nação, de natureza nacional (nem federal nem estadual), não admite, na sua essência, qualquer fragmentação ou divisão. Nela, desde logo, estão investidos todos os juízes a partir da regular investidura no cargo. O princípio da unidade da jurisdição, desde logo, inibe a possibilidade do reconhecimento da figura da inexistência no caso de decisão proferida por juiz constitucionalmente incompetente.

Com efeito, a presença de um órgão dotado da função de julgar, portador de capacidade jurisdicional, adquirida no momento da investidura no cargo judicante por todos os integrantes do Poder Judiciário, constitui elemento nuclear ou estrutural do processo ou de qualquer ato jurisdicional, sobretudo da sentença.

A inexistência é o “nada jurídico” que aflora tão-somente das decisões proferidas por pessoas que não se acham investidas na função de julgar ou dela já se desligaram, permitindo que o caso seja reaberto a qualquer tempo, enquanto não extinta a punibilidade. Não obstante a gravidade do vício por incompetência constitucional, a sentença proferida por juiz incompetente, embora inválida, não deixa de ser sentença prestadora da jurisdição invocada.

Atenta contra o bom senso imputar-se, à “sentença” proferida por quem não se acha investido no cargo político de juiz de direito, os mesmos efeitos jurídicos que se costumam atribuir a uma sentença prolatada por um magistrado regularmente investido na jurisdição, mas incompetente para apreciar a questão *sub judice*.

Pari passu com esse raciocínio, o presente trabalho procurou evidenciar a importância da construção teórica, relativa ao reconhecimento de nulidade absoluta, como decorrência de uma sentença penal absolutória prolatada em patente contraste com as normas constitucionais definidoras de competência processual penal.

Retrata, pois, a forma mais lógica e eficaz voltada ao fortalecimento democrático da posição do sujeito passivo da relação processual, alçado à condição de figura central do moderno processo penal, protegido *in casu*, pela imutabilidade da coisa julgada penal.

Forçoso concluir, por isso, que a nulidade absoluta da sentença absolutória proferida por juiz incompetente, assentada no instituto da coisa julgada, configura a única categoria jurídica capaz de construir um sólido círculo de proteção e uma devida blindagem em torno da pessoa do acusado, impedindo a instauração de nova perseguição penal para investigar o mesmo fato.



## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80263/SP, de 20/02/2003. Relator: Min. Ilmar Galvão. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 27-06-2003 PP 00030 EMENTA VOL-02116 PP 00515.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. *Razão e direito: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder. 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_. Efeitos da preclusão pro judicato no processo penal. Disponível em: <[www.proominis.com.br/artigos](http://www.proominis.com.br/artigos)>. Acesso em: 19/04/2003.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Conseqüências do desatendimento das normas constitucionais de competência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56. p. 203-242, set/out. 2005.

MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades processuais penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. São Paulo: Forense, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942, v. 3.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.