

**A incompetência constitucional
penal e os seus efeitos
processuais**

Andreo Aleksandro Nobre Marques

A incompetência constitucional penal e os seus efeitos processuais

Academia
Brasileira de Direito

MP
EDITORA

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

M315i

Marques, Andreo Aleksandro Nobre, 1976 - A incompetência constitucional penal e seus efeitos processuais / Andreo Aleksandro Nobre Marques. - São Paulo : MP Ed., 2008.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7898-002-3

1. Competência (Autoridade legal) - Brasil. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Direito penal - Brasil. I. Título.

08-4813.

CDU: 342(81)

29.10.08 03.11.08

009557

Revisão

André Rodrigues Bertacchi

Capa e Editoração

Denilson dos Santos

Diretor responsável

Marcelo Magalhães Peixoto

Impressão e acabamento

Palas Athena Gráfica

Todos os direitos desta edição reservados à

© MP Editora – 2008
Av. Brigadeiro Luís Antonio, 613, 10º andar
01317-000 – São Paulo
Tel./Fax: (11) 3101 2086
adm@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br

ISBN 978-85-7898-002-3

SUMÁRIO

CURRÍCULO	7
RESUMO	9
AGRADECIMENTOS	10
PREFÁCIO	11
1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS	15
2 RELAÇÃO PROCESSUAL	21
2.1 Conceito	21
2.2 Existência e validade da relação processual	28
2.2.1 Pressupostos processuais de existência	30
2.2.2 Pressupostos processuais de validade	32
3 DEFEITOS DOS ATOS PROCESSUAIS	41
3.1 Invalidade e ineficácia dos atos processuais	41
3.2 Nulidade dos atos processuais	42
3.3 Inexistência dos atos processuais	44
3.4 Desatendimento das formas prescritas na Constituição	46
4 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	47
4.1 Distinção	47
4.2 Delimitação constitucional da competência em matéria penal	48

4.3 O princípio do juiz natural e a competência constitucional	49
5 DESOBEDIÊNCIA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE COMPETÊNCIA	53
5.1 Natureza do vício	53
5.2 Conseqüências do vício da incompetência constitucional	62
CONCLUSÕES	87
DOCUMENTOS CONSULTADOS	94

CURRÍCULO

O autor é Juiz de Direito Titular da Segunda Vara de Família do Distrito Judiciário da Zona Norte da Comarca de Natal/RN. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito Processual Penal e Civil pela Universidade Potiguar - UNP. Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, lecionando, na graduação, as disciplinas de Ciência Política e Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Direito Penal, e, na Pós-Graduação, a disciplina “Tutela Processual e Extrajudicial dos Direitos Humanos”. Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Norte - ES-MARN. Foi Professor Substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

In memoriam do “Ministro do Povo”
EVANDRO LINS E SILVA, que, sob o império do terror,
honrou o seu juramento de magistrado,
fazendo valer efetivamente as garantias constitucionais do
cidadão, a fim de concretizar o ideal de justiça.

RESUMO

Este estudo colimou verificar, pela revisão doutrinária e jurisprudencial, a natureza do vício derivado da incompetência constitucional e os efeitos decorrentes de sua declaração. Procurou demonstrar que a competência constitui pressuposto de validade do processo. Verificou que a relação processual válida é aquela desprovida de defeitos que impeçam o enfrentamento do mérito da demanda, a relação existente sendo a que se constituiu validamente. Ressaltou que os atos anuláveis podem ser convalidados, diferentemente dos inexistentes. Expôs que a jurisdição decorre da investidura na função jurisdicional e a competência pressupõe o exercício de jurisdição. Mostrou que a sentença e a coisa julgada, no âmbito penal, são causas, via de regra, purificadoras dos atos anuláveis. Observou que as regras constitucionais sobre processo constituem cláusulas de garantia do cidadão, e que seu desatendimento acarreta a inexistência ou a nulidade absoluta do ato. Enunciou que o princípio do juiz natural visa não só a impedir a instituição de juízos de exceção, como a coibir a afronta à delimitação constitucional da competência. Concluiu que a incompetência constitucional causa a nulidade absoluta do processo, e que este vício sempre pode ser declarado pelo juízo, em favor da defesa, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Demonstrou que a proibição da *reformatio in pejus* indireta se aplica inclusive nas hipóteses de anulação de sentença condenatória por incompetência constitucional, antes ou depois do seu trânsito em julgado, excetuando-se apenas a hipótese de afronta à competência do Tribunal do Júri, em razão do princípio da soberania dos veredictos. Comprovou que a incompetência constitucional é causa de nulidade absoluta dos atos processuais decisórios, postulatórios e probatórios, por ofensa aos princípios do promotor e do juiz natural.

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, pai eterno e compreensivo.

À minha esposa, Polyanna, que sempre acreditou na minha capacidade intelectual e não permitiu, em nenhum momento, o esmorecimento perante a laboriosa feitura deste escrito, obstaculizada principalmente pelas obrigações impostas pela minha árdua, porém gratificante, atividade profissional.

Às minhas filhas, Renata e Luísa, maiores realizações de minha existência.

Aos meus queridos pais, não só pelo imprescindível trabalho de revisão gramatical dos originais, mas, sobretudo, por terem me proporcionado o estudo e feito despertar em mim o interesse na apreensão do conhecimento.

Ao Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, mestre de ontem, hoje e sempre, que me guiou, com paciência e segurança, na elaboração desta monografia.

A todos, enfim, que, de alguma forma, contribuíram para a superação deste desafio.

PREFÁCIO

Recebi com satisfação a agradável missão de fazer este prefácio, não só porque tive o privilégio de debater sobre o assunto quando de sua elaboração, mas pelo fato de reconhecer, na deferência feita pelo autor, mais uma manifestação de admiração recíproca, decorrente da amizade saudável que mantemos faz muito tempo.

O trabalho que o autor brinda a comunidade jurídica denuncia, em certa medida, o talento e a densidade do estudo para o desenvolvimento lógico-doutrinário das idéias sobre um dos temas mais sensíveis do processo penal, que é o instituto das nulidades, inseridos em nosso sistema de forma atécnica e sem um apuro científico maior.

O Juiz de Direito, o Mestre em Direito Constitucional pela UFRN, o Especialista em Direito Processual Penal e Civil pela UNP, o Professor Assistente da UERN de Ciência Política e Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Direito Penal, e, na Pós-Graduação, da disciplina “Tutela Processual e Extrajudicial dos Direitos Humanos”, e Professor de Direito Processual Penal da ESMARN, estão revelados no livro.

O assunto, a despeito de pouco tratado pela dogmática nacional, merece uma (re)análise sob o arcabouço jurídico do novo paradigma instaurado com a Constituição de 1988. Os princípios, que possuíam função complementar e subalterna no ordenamento jurídico, posto que não possuíam força normativa, serviam, apenas, para colmatar as eventuais lacunas verificadas na norma. Assim, quando esta não se apresentava, em sua dicção normativa, suficiente para solucionar a questão prática colocada a exame, cabia ao intérprete se socorrer dos princípios, a fim de dar a devida resposta.

A Constituição de 1988 desconstruiu esse paradigma. Nessa nova ótica, própria do *neoconstitucionalismo* surgido após a Segunda Guerra Mundial, movimento que só se fez sentir no Brasil, a partir da segunda metade dos anos 80 – não sem razão, com a redemocratização do País –, os princípios são normas jurídicas de hierarquia superior àquelas plasmadas na legislação infraconstitucional. Em verdade, as normas jurídicas passaram a ser de duas espécies: *princípios e regras*. Os princípios possuem *energia normativa hegemônica, estruturante e interpretativa* no sistema jurídico, de modo que as regras, aqueles dispositivos que estão estampados na lei subconstitucional, lhes devem obediência e devem ser interpretadas sob a orientação daquelas normas-comando.

Assim, todo o sistema normativo infraconstitucional precisa de uma (re)leitura com a necessária filtragem proporcionada pelos vários princípios preceituados na Constituição, que, na seara criminal, formam aquilo que é apropriado denominar *Teoria Constitucional do Processo Penal*.

A Constituição de 1988, a par de ter incorporado, em seu texto, vários princípios que fazem parte de nossa tradição constitucional, os quais, a despeito de se apresentarem com a mesma dicção normativa, possuem conteúdo mais abrangente, dado o arcabouço do Estado Democrático de Direito-Constitucional por ela proclamado, inovou quanto à adoção de outros que nunca antes tinham merecido status de Norma Maior.

Um deles é, exatamente, a cláusula do *juiz natural*, ao se declarar, como condição para o *due process of law* ou ao *giusto processo*, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, da Constituição). Qual a repercussão desse princípio, encartado em nosso ordenamento como direito fundamental pela primeira vez com a edição da Constituição de 1988, máxime em razão de se tratar de preceito que detém, assim como os demais, força normativa hegemônica, estruturante e interpretativa do sistema jurídico?

O autor, com lealdade intelectual, adornada pelos sólidos conhecimentos doutrinários do professor enaltecido pelo alunado, e pela prática do exercício da judicatura, reverenciado por todos pela alta qualidade, seriedade, probidade, desapego aos dogmas, postura crítica e inovadora e profundidade dos pronunciamentos, propõe-se, com este trabalho de fôlego, problematizar, teorizar e apresentar uma resposta bem elaborada, que, certamente, servirá de guia para quantos tenham interesse pelo assunto.

O pensamento expandido, precedido de agradável bosquejo doutrinário e jurisprudencial, demonstra que esse preceito fundamental, concebido como limitação ao dever-poder de punir do Estado, conquanto possa ser invocado pelo Judiciário, sem que necessária a provocação, para fins de identificação da existência de nulidade, no segundo grau de jurisdição, devido ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, ainda que indireta, quando esse vício possa acarretar prejuízo para a defesa, somente poderá ser conhecido caso seja agitado no recurso interposto.

Ao lado do postulado do *juiz natural* está, como irmão siamês, o princípio do *promotor natural*, igualmente compreendido na norma emanada do inciso LIII do art. 5º da Constituição, daí por que o autor, com pleno domínio da matéria, afirma que a incompetência inconstitucional acarreta, além da nulidade dos atos decisórios, dos atos probatórios e, até mesmo, dos atos postulatórios, a começar do ajuizamento da ação.

O tema é instigante, está na ordem do dia, e foi dissecado em ritmo cadenciado e seguro, com apurado rigor técnico-científico.

Quem fizer a leitura deste livro, não tenho dúvidas, irá conferir o devido valor a essa importante contribuição à doutrina nacional.

Natal (RN), 29 de outubro de 2008.

Walter Nunes da Silva Júnior
Juiz Federal e Professor da UFRN

1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Este trabalho tem por objeto o estudo da incompetência constitucional em matéria penal, visando estabelecer a natureza jurídica do vício ou defeito em comento, bem assim determinar as conseqüências advindas da declaração deste vício pelo órgão jurisdicional.

A exigência desta pesquisa prende-se ao fato de que poucos autores se detiveram em enfrentar o tema nulidades em processo penal de forma percuciente e aprofundada. Ademais, não sendo do nosso conhecimento que tenha sido levado a cabo, em nosso meio, qualquer trabalho específico sobre a incompetência constitucional, e inexistindo, na doutrina e jurisprudência, solução uniforme sobre o problema lançado, realça-se a justificativa deste ensaio.

A dificuldade do estudo é flagrante, haja vista ser do conhecimento dos estudiosos do processo penal que a disciplina das nulidades, tal qual disposta no Livro III, Título I, do Código de Processo Penal, há muito tempo constitui alvo de aguda crítica da doutrina especializada, em função da má-técnica legislativa empregada na sua redação.¹

Se não bastasse a falta de clareza do legislador no trato da matéria, acentua-se que as nulidades são um dos temas mais angustiantes do direito processual, em razão dos efeitos que a decla-

¹ A esse respeito, o saudoso José Frederico Marques tece o seguinte comentário: “Não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais e penais. Os artigos 563 *usque* 573 estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto (...) Ainda aqui, dá-nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo”. (**Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2, p. 479-480).