

JUIZO INCOMPETENTE E EFICÁCIA DO JULGAMENTO

INCOMPETENT JURISDICTION AND EFFECTIVENESS OF JUDGMENT

*Gelson Amaro de SOUZA**
*Gelson Amaro de SOUZA FILHO***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de competência; 3. Legislação sobre competência; 4. Norma sobre competência e sua natureza jurídica; 5. Pressuposto processual e competência; 6. Modificação ou prorrogação da competência absoluta; 7. Análise das decisões do juízo incompetente; 8. Efeitos dos atos decisórios do juízo incompetente; 9. Validade das decisões do juízo cível incompetente; 10. Validade do julgamento do juízo penal incompetente; 10.1. Eficácia relativa da sentença condenatória; 10.2. Eficácia plena da sentença absolutória; 11. Prevalência do Juízo incompetente sobre o competente; Conclusões; Referências.

RESUMO: É corrente o pensamento de que a competência é pressuposto processual e que o julgamento do juízo incompetente é nulo e não produz efeito. Autores existem que chegam afirmar que o julgamento é até mesmo inexistente. O que se procura demonstrar neste ensaio é que a “competência” não é pressuposto processual, não sendo, nem mesmo, matéria de processo e, que, o julgamento do juízo penal incompetente não é nulo. O julgamento feito pelo juízo incompetente tem eficácia e produz efeito prevalente, a ponto de condicionar ou limitar a atuação do juízo competente. Se fosse caso de nulidade ou de inexistência, não poderia o julgamento do juízo incompetente, impor limites ou impedimento e, ainda, prevalecer sobre e em frente ao juízo competente.

ABSTRACT: Traditionally it is said that the competence is a procedural presuppose and that the judgment by an incompetent jurisdiction is void. Some even say that it is nonexistent. This study aims to demonstrate that the “competence” is not a

* Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (*Campus* de Jacarezinho-PR), ex-Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP – FIAET, da Faculdade de Direito de Adamantina – FAI, da Faculdade de Direito da UNIESP de Presidente Prudente-Sp. Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação como, ITE-Bauru, FADAP- Tupã, AEMS-Três Lagoas-MS, FIO-Ourinhos, ESUD de Cuiabá-MT, ESA-OAB-SP, Procurador do Estado de São Paulo (aposentado) e Advogado em Presidente Prudente-SP. Site: www.gelsonamaro.com e e-mail advgelson@yahoo.com.br

** Advogado especialista em direito penal. Jornalista. E-mail advgelson@yahoo.com.br. Autores convidados.

procedural presuppose or even a procedural matter, and that the judgment by an incompetent criminal court is not void. This can be confirmed by the fact that the judgment by an incompetent jurisdiction is effective and produces the prevalent effect, establishing conditions or limits to the competent jurisdiction. If was the case of void or nonexistence, could not the incompetent jurisdiction impose limits or conditions and prevail against the competent jurisdiction.

PALAVRAS-CHAVE: Competência. Juízo incompetente. Julgamento. Validade e eficácia. Prevalência sobre o juízo competente.

KEYWORDS: Competence. Incompetent Jurisdiction. Judgment. Validity and Effectiveness. Prevalence above the competent jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

A questão da competência para julgar, tem sido talvez, um dos temas mais árduos e relevantes do direito processual. Por isso, parece-nos, interessante apresentarmos estas explicações preliminares. O título deste trabalho “Juízo Incompetente e eficácia do julgamento” pode causar estranheza à primeira vista. Sendo, portanto, necessárias estas explicações introdutórias.

Sabe-se que sempre foi entendido que a competência era um pressuposto processual e que nulos seriam todos os atos decisórios do juízo que não fosse competente. Mudaram-se os tempos, as épocas passaram, mas, o equívoco neste pensar continuou. Pode-se ainda hoje, encontrar-se a afirmação de que a competência é pressuposto processual, por vezes indicando-a como pressuposto de existência, ora, como pressuposto de validade do processo. Altera-se a posição, muda-se o enfoque, mas não se corrige o equívoco.

Procura-se, neste ensaio, demonstrar que a competência jamais poderia ser considerada como pressuposto processual, seja de existência, seja de validade, porque o processo, sempre existiu e, sempre haverá de existir, com validade e eficácia, seja ou não o competente o juízo. A existência e a validade da decisão do juízo absolutamente incompetente estão a demonstrar que a competência não pode ser pressuposto processual, tanto na esfera penal, bem como nas causas cíveis. Equivoca-se que pensa que é nulo ou inexistente o julgamento do juízo absolutamente incompetente. Primeiramente, porque não existe norma, seja cível ou penal¹ a fazer tal proclamação. Depois, porque ainda que existisse norma neste sentido, contrariaria princípios fundamentais de direito, sendo por isso, viciada pela inconstitucionalidade.

¹ Na CLT o art. 795, § 1º fala em que serão considerados nulos os atos decisórios e declaração de ofício no caso de incompetência de foro. Todavia, o art. 794, fala que só haverá nulidade quando resultar manifesto prejuízo à partes, o que implica dizer, que se não houver prejuízo, não haverá nulidade.

Necessário, por outro lado, deixar claro que a competência não pode ser pressuposto processual, porque nem mesmo matéria de processo o é. O processo sempre existirá e será válido, com ou sem competência do juízo: o procedimento é que poderá ser válido ou inválido, mas, nunca o processo. Isto se dá porque não existe processo nulo. O que pode ser nulo são os atos do processo (art. 245, do CPC), que nada mais são do que o procedimento. Anulando-se o procedimento, o juiz deve esclarecer quais os atos atingidos pela nulidade (art. 249, do CPC), não extinguindo o processo, pois, se este fosse extinto, ele desapareceria e não poderia ter seguimento com a correção dos atos viciados. Todavia, continua existindo o processo e os atos nulos poderão ser refeitos.

Não se pode por em dúvida que se o processo fosse nulo ele desapareceria e não poderia produzir mais efeitos. Isto, todavia, não se dá. Mesmo quando se anula os atos do procedimento desde o nascedouro do processo (art. 262 e 263, do CPC), este ainda persiste produzindo efeitos (arts. 219, 249 e 250, par. único, do CPC), tais como a fixação da litispendência, interrupção da prescrição, litigiosidade da coisa, validade da citação (art. 219, do CPC) e, ainda, a manutenção da prevenção (art. 253, I e II, do CPC).

2. CONCEITO DE COMPETÊNCIA

Em razão da crescente demanda ao Judiciário para solução dos conflitos idealizou-se uma forma de distribuição das atribuições julgadoras. Assim surgiu competência que nada mais é do que a forma de se direcionar a distribuição dos processos entre foros e juízos diversos. O Poder Jurisdicional é apenas um e a Jurisdição é una, mas o poder de julgar pode ser atribuído a órgãos diversos para o exercício da jurisdição. A divisão das atribuições entre juízos e foros diversos, tem a denominação de competência.

A competência não tem sido estudada com o cuidado que a matéria merece. Diz-se que a competência pode ser relativa ou absoluta; sendo a primeira sujeita à prorrogação e última improrrogável. É perceptível o engano dessa afirmação. A competência, tanto uma, como a outra está sujeita à prorrogação (art. 111, do CPC). Diferencia-se porque a competência relativa pode ser derogada (alterada) por acordo entre as partes. Enquanto a competência absoluta não pode ser alterada pela simples vontade das partes, somente podendo ser alterada por disposição de lei, conforme se vê dos artigos 87 (parte final) e 575, II, ambos do CPC, este último ao determinar a competência para a execução do julgado ao mesmo juízo que tenha proferido a decisão em primeiro grau, ainda que para isso, fosse absolutamente incompetente para o julgamento da fase cognitiva.

Assim, a competência nada mais é do que uma forma de controlar a distribuição dos processos entre os vários juízos, uma vez que todo e qualquer juízo pode prestar a jurisdição. É uma formalidade procedimental, mas que se não

atendida e não gerando prejuízo para as partes, não implica em nulidade (art. 249, § 1º e 2º, do CPC e 563, do CPP).

Neste particular tem razão AMARAL SANTOS (1.997)², ao afirmar, tratar-se de distribuição de causas por vários órgãos, conforme as suas atribuições. É que a jurisdição não pode sofrer limites e nem divisão, o que se limita e se divide são as atribuições dos órgãos que vão exercer a jurisdição, o que se chama competência.

Desta forma a competência deve ser reconhecida como limite e repartição das atribuições ao exercício da jurisdição. A jurisdição é una e não se divide, apenas o seu exercício é que é limitado, dividido e distribuído segundo as normas da competência.

Como observam WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI: “São justamente as normas de competência que atribuem concretamente a função de exercer a jurisdição aos diversos órgãos da jurisdição, pelo que se pode conceituá-la como instituto que define o âmbito de exercício da atividade de cada órgão dessa função encarregado”.³

Esclareceu TORNAGHI⁴ que o poder de julgar corresponde à jurisdição e a possibilidade de exercer esta é a competência. PIZZOL⁵, por sua vez afirma que competência é a atribuição dada ao órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica.

Neste mesmo sentido ensina LAMARCA⁶ que a competência permanece, assim, na dependência da maior ou menor complexidade das sociedades humanas, sendo imposta pelo princípio da divisão do trabalho, com vantagens para os jurisdicionados. Ao se referir à divisão do trabalho como algo justificador da divisão das atividades (atos) jurisdicionais, parece que LAMARCA, tende a vislumbrar o aspecto procedimental da competência. Não encontramos na excelente obra desse autor, qualquer alusão que ligasse a competência à configuração de pressuposto processual.

A doutrina tem apreendido que alguns dos atos praticados no juízo absolutamente incompetente têm validade, como a citação que produz efeitos para interromper a prescrição e colocar em mora o devedor e ainda outros atos decisórios como liminares em casos urgentes etc, e, até mesmo, a decisão em que se reconhece a própria incompetência, além de outros julgamentos como já se demonstrou em outros estudos.⁷

² AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Volume, I, p.198. Editora Saraiva, São Paulo, 1.997.

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio R. Correia e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. p. 83.

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. p. 115.

⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. p.n 122,

⁶ LAMARCA, Antonio. *O livro da competência*. pp. 46-47.

⁷ SOUZA, Gelson Amaro de. *Validade da decisão do juízo incompetente*. Revista Jurídica. V. 277, pp. Porto Alegre: Novembro 2000. Ainda Curso de Processo Civil, pp. 278:279; *Dever de declaração da incompetência absoluta e*

3. LEGISLAÇÃO SOBRE COMPETÊNCIA

Confundem-se, por engano, a competência com pressuposto processual. Tal ocorre por falta de análise sobre a norma da competência. É de extrema importância prática, perquirir-se a fonte normativa da competência, pois, caso seja a norma expedida pelo ente que não está autorizado por lei ou pela norma constitucional para legislar a respeito, seja inconstitucional ou ilegal ela não produzirá efeito.

Normalmente se trata da competência em quase todos os manuais de direito processual civil ou processo penal. No entanto, o que parece como curiosidade, é que no tratamento dedicado à competência, não se tem incluído o estudo sobre a natureza da norma que serve de regra à competência e nem a sua fonte legislativa.

Empreendeu-se ligeira pesquisa entre autores nacionais e estrangeiros não se encontrando a menor referência com relação à natureza jurídica da norma que institui e distribui a competência.

No entanto, esse silêncio a respeito é preocupante tendo despertado o interesse nesse pequeno estudo, não voltado a apresentar solução, mas, visando provocar a reflexão dos doutores e estimular os debates neste sentido.

Tanto a doutrina nacional bem como a estrangeira, não se tem preocupado do assunto. Talvez porque não vê nisso maior interesse prático. O interesse prático, ao que se pensa é da maior importância sob o ponto de vista constitucional, porque dependendo da natureza atribuída à norma de competência ela será reservada a um ou a outro ente estatal para a sua legislação. Se de natureza processual só a União pode legislar (art. 22, I, da CF). Se de natureza procedimental, podem legislar concorrentemente a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, da CF).

É de se ver que a própria Constituição Federal preferiu em alguns casos dispor sobre a competência, fazendo-o em vários dispositivos como pode ser visto a partir do artigo 101 da CF, que vem seguido de outros que cuidam também de competência. Essa mesma Constituição que antes assegurou para si o poder de dispor sobre competência acabou por conceder poder legislativo para a União legislar privativamente sobre matéria processual (art. 22, I, CF.) e admitiu a competência concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual aos Estados e ao Distrito federal (art 24, XI, CF.).

As normas dos artigos 22, I e 24, XI, da CF, impõem a investigação sobre qual é a natureza da norma sobre competência. Isto porque, dependendo da conclusão a que se chegar, o poder normativo poderá ser atribuído a entes diferentes, tais como a União, Estados e o Distrito Federal. Esse aspecto, ao que se pensa, é de grande importância, e por isso é que será tratado nos itens seguintes.

o mito da nulidade de todos os atos decisórios. RT. 833. São Paulo: RT. março, 2005; *Prorrogação da competência absoluta.* REPRO, v. 110. São Paulo: RT, abril/junho, 2003; *Revista Jurídica*, v. 292. Porto Alegre-RS: Notadez, fevereiro, 2002.

4. NORMA SOBRE COMPETÊNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A doutrina não cuida de explicar explicitamente qual é a natureza da norma sobre competência. Isto pode se dar pela imaginação de que não haveria implicação na prática, o que não passa de mero engano. Se assim o era no passado, hoje já não é mais. A partir do momento em que a Constituição Federal, atribui poderes legislativos tanto para o Distrito Federal, para os Estados, bem como para a União, legislarem sobre matéria procedimental e reservou exclusividade para a União legislar em matéria processual, a questão tornou-se relevante. A partir daí tornou-se necessária a descoberta, se a matéria relacionada à competência é de natureza processual ou procedimental. Porque dependendo da conclusão a que se chegar, também será indicado o ente que pode legislar sobre a competência.

Pela previsão do artigo 24, XI, da CF, a União, os Estados e Distrito Federal podem legislar concorrentemente sobre procedimento em matéria processual. Todavia, a norma maior no artigo 22, I, reservou exclusividade à União para legislar sobre matéria processual.

A competência foi tratada de forma mais concentrada no CPC a partir de seu artigo 86 e segue até o artigo 124, sem esgotar a matéria, sendo que outros dispositivos, vez por outra, fazem referência à matéria de competência (ex: art. 575, do CPC).

Como se disse, a doutrina não cuidou de explicar a natureza da norma que cuida da competência, mas, parece direcionar ao entendimento de se tratar a competência de matéria processual e, até mesmo porque, inclui-a como pressuposto processual.⁸

A inclusão da competência como pressuposto processual como de regra o faz a maioria da doutrina, leva ao entendimento de que se cuida de matéria de natureza processual e, se assim for, somente a União poderá legislar sobre tal matéria (art. 22, I, da CF).

Todavia, ao cuidar da competência interna, o Código de Processo Civil, inicia com o artigo 91 dizendo: “Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código”. Ora, como se sabe as normas de organização judiciária tanto são legisladas pela União, bem como pelos Estados e o Distrito Federal. Cada Estado e Distrito Federal legislam sobre as suas normas de organização judiciária. O artigo 93, do CPC, também fala que a competência em razão da função (competência funcional) é regida pela Constituição e pelas normas de organização judiciária.

As disposições dos artigos 91 e 93 do CPC, atribuindo a distribuição da competência pelas normas de organização judiciária, parece estar indicando que a competência tem natureza procedimental e não processual. Se a competência fosse de natureza processual não poderia ser regida por norma Estadual, visto que para

⁸ Assim se expressou PIZZOL: “A competência do juízo (juízo que não seja absolutamente incompetente) é um dos pressupostos processuais positivos ou intrínsecos de validade”. Competência, p. 123.

as normas processuais a competência é exclusiva da União (art. 22, I, da CF).

Frente as expressas disposições dos artigos 22, I, 24, XI e 125, § 1º da Constituição Federal e dos artigos 91 e 93, do CPC, é possível concluir que a norma sobre competência tem natureza procedimental e não processual. Logo, se tem natureza procedimental, não pode a competência ser pressuposto processual, senão mero requisito procedimental.

A Constituição da República autoriza o Estado membro a legislar somente sobre norma procedimental e se está autorizado a legislar sobre competência é porque esta tem a natureza procedimental e não processual (Art. 125, § 1º da CF e 91 e 93 do CPC)⁹. O processo existe e é válido, ainda que o juízo seja absolutamente incompetente, na mais clara demonstração de não se tratar de matéria processual. A competência está relacionada ao procedimento e, é este que ser nulo ou não. Nunca o processo.

5. PRESSUPOSTO PROCESSUAL E COMPETÊNCIA

Como já anotado a competência sempre foi tratada como pressuposto processual. Para alguns, trata-se de pressuposto de existência do processo¹⁰, enquanto que para outros, cuida-se de pressuposto de validade.¹¹

A nosso ver a competência jamais foi pressuposto processual. Em verdade, a competência não é, nem mesmo, matéria de processo. Como visto acima, é matéria apenas de procedimento. Caso fosse matéria de processo não poderia ser legislada pelos Estados e pelo Distrito Federal, visto que estes somente podem legislar sobre procedimento.

Se não é matéria de processo, logo, não pode ser pressuposto processual, senão, quando muito, pressuposto procedimental. Diante desta realidade, pode-se dizer que a competência não é pressuposto nem de existência e nem de validade. O que é certo, é que o processo existe e vale independentemente de ser ou não o juízo competente. A sentença, ainda que proferida, por juízo absolutamente incompetente, vale e produz coisa julgada, conforme se vê do art. 485, II, do CPC e como será visto mais abaixo até se sobrepeõe ao juízo competente.

⁹ Ver ensaio: SOUZA, Gelson Amaro de. *Competência natureza jurídica da norma*. Revista de Direito Civil e Processual Civil, v. 38. Porto Alegre-RS: Síntese. Novembro/dezembro, 2005.

¹⁰ “Estamos aqui, inquestionavelmente, perante um verdadeiro pressuposto de existência do processo”. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarense e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. p. 38. São Paulo: Malheiros, 1992 e FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 36. São Paulo: Saraiva, 11ª ed. 2006.

¹¹ “A competência, portanto, é um dos pressupostos processuais de validade”. WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. p. 17. São Paulo: RT. 2006. No mesmo sentido: DALL’AGNOL, Jorge Luiz. *Pressupostos processuais*, p. 32. Porto Alegre: Lejur, 1988; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 59. Rio de Janeiro: Forense, 41ª ed. 2004.

6. MODIFICAÇÃO OU PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA

A modificação ou prorrogação da competência é tratada no Código de Processo Civil, sendo que nos artigos 102 e 111, restringe ao dizer que a competência em razão do valor da causa e do território pode ser alterada por vontade das partes, por serem considerados casos de competência relativa. Nesse local não se encontra previsão expressa para a prorrogação da competência absoluta. Parece-nos que o legislador somente quis autorizar a prorrogação da competência relativa, por vontade das partes, proibindo-as de convencionar a prorrogação da competência absoluta.

O artigo 102 faz referência à modificação da competência em razão do valor e do território e a doutrina entende tratar-se de causas de competência relativa¹². Já o artigo 111 do CPC, afirma que a competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável (improrrogável, imodificável etc.) por convenção das partes. A lei proíbe a convenção (acordo) entre as partes, deixando em aberto a questão para outras hipóteses que não seja a convenção das partes. Melhor dizendo, não se permite a modificação por convenção das partes, mas não a proíbe a modificação ou derrogação por disposição da própria lei¹³. É o que acontece quando a ação é de competência de outro juízo, mas, ocorrendo a falência da parte, passa-se a competência para o juízo universal da falência, ocorrendo, com isso, a modificação da competência a partir daquele momento.¹⁴

Como a lei restringe a proibição da prorrogação ou modificação da competência absoluta apenas à convenção das partes, não retirou a possibilidade de haver prorrogação ou modificação em situações diferentes que não sejam a simples convenção das partes, como a de prorrogação por disposição de lei (art. 87, do CPC - parte final), também no caso de desaforamento no processo penal¹⁵ ou a concentração de causas no juízo universal da falência.

¹² Em nosso livro “DO VALOR DA CAUSA” sustentamos com apoio em boa doutrina que a competência que tem por base o valor da causa é absoluta, nada obstante a dicção da lei. Cf. Do Valor da causa, p. 23 e seguintes. Hoje a Lei do Juizado Especial Federal afirma essa premissa. Em se entendendo que a competência em razão do valor da causa é absoluta, já se depara com a primeira possibilidade de prorrogação no artigo 111, do CPC.

¹³ Humberto Theodoro Junior, aponta em seu livro Curso de processo civil, 35ª edição, vol. I, págs. 163-164, n.º 174, outros casos de prorrogação legal, mas não deixou expresso se nestes poderia incluir casos de incompetência absoluta.

¹⁴ “41/16 – CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FALIMENTAR E JUÍZO TRABALHISTA. EXECUÇÃO TRABALHISTA. ARREMATACÃO DE IMÓVEL. CARTA DE ARREMATACÃO REGISTRADA. I – Compete ao Juízo onde se processa a recuperação judicial julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução que tenham origem em créditos trabalhistas. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo falimentar”. STJ, CC. 112.390; proc. 2010/0099342-0; 2ª S; rel. Min. Sidnei Beneti; DJE 04/04/2011. RMDTr, v. 41, p. 142, mar/abr, 2011.

¹⁵ “É certo que há situação de deslocamento da competência, como o caso do desaforamento, no procedimento do júri (CPP art. 424), mas são especialíssimos e determinados pelo interesse público e da justiça, sem prejuízo julgamento justo”. SCARENCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*, p. 128. São Paulo: RT. 3ª ed. 2003. (Cita Greco. Tutela constitucional das liberdades, p. 109.

7. ANÁLISE DAS DECISÕES DO JUÍZO INCOMPETENTE

Esta questão da análise das decisões do juízo incompetente está entre os aspectos processuais sujeitos às mais variadas e acirradas discussões, quando se trata dos efeitos dos atos decisórios do juízo absolutamente incompetente. Não se pode confundir poder de julgar (jurisdição) com a competência que é divisão das atribuições entre juízos. Poder de julgar todos os juízes o tem. Competência é que nem todos a têm em face da legislação processual¹⁶. Não é a incompetência que vai proibir o juiz de julgar.

A nulidade dos atos decisórios do juízo incompetente é pensamento quase generalizado que se cultiva entre os doutrinadores e profissionais do direito em geral. Apesar das abalizadas opiniões neste sentido, isto, entretanto, não pode ser levado às últimas conseqüências, como será demonstrado.

Talvez, a razão para esta predominante concepção, está na letra fria da lei processual civil, quando em seu artigo 113, § 2º, dispõe que declarada a incompetência absoluta somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se o processo ao juízo competente. Pensa-se, que é desta norma que se tem extraído a conclusão de que todos os atos decisórios do juízo incompetente serão nulos. O Código de Processo Penal não contém norma semelhante. Diz o art. 567 do CPP que a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juízo competente. Percebe-se que a lei penal utiliza uma condicionante “*quando for declarada*”, o que implica dizer que nem sempre o será. Melhor esclarecendo, o art. 563, do CPP afirma que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo. Logo, não serão nulos todos os atos do juízo incompetente.

8. EFEITOS DOS ATOS DECISÓRIOS DO JUÍZO INCOMPETENTE

Não se pode negar que os atos decisórios sempre geram efeitos e nem sempre serão nulos. Apesar da pregação geral de que os atos decisórios do juízo incompetente são nulos¹⁷, estes são aptos a produzirem efeitos. Caso fossem realmente nulos, não poderiam produzir efeitos e nem serem convalidados com o passar do tempo.

Na tentativa infrutífera de esclarecer quais os atos do juízo incompetente podem ser considerados nulos ou anulados, o CPC no artigo 113, § 2º acabou por confundir mais do que esclarecer. Diz que somente serão nulos os atos decisórios. Com isso levou a grande maioria dos profissionais do direito a acreditar que a nulidade sempre acontecerá quando se tratar de ato decisório de juízo incompetente.

¹⁶“Um juiz pode não ter a competência sem deixar de ter jurisdição; mas não pode ter competência sem ter jurisdição”. SPINNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. II, p. 285, nº 252. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

¹⁷“Não será juiz natural, portanto, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente”. GRINOVER, SCARENCE e GOMES FILHO. *As nulidades no processo penal*, p. 41. Malheiros, 1992.

Neste passo é que reside o engano.

Basta ver que o artigo 485, II, do CPC, abre oportunidade para a rescisão da sentença de mérito proferida por juízo absolutamente incompetente. Assim a sentença de mérito pode ser atacada por ação rescisória durante o prazo de dois anos (art. 495, do CPC). Nesta disposição ficam excluídas as sentenças sem julgamento de mérito e as decisões interlocutórias, por não serem objetos de ação rescisória. Isto quer dizer que ultrapassada a fase recursal estas últimas decisões tornam-se permanentes em face da preclusão que se estabelece. Também fica evidenciado que a sentença de mérito que pode ser atacada pela ação rescisória não é nula, pois, se nula fosse, não seria objeto de ação rescisória, visto que esta ação somente visa rescindir e não a anular sentença¹⁸. A anulação somente pode ser buscada através de ação anulatória e aquela sentença que é nula, somente através de ação declaratória (não rescisória) e sem prazo definido.

O artigo 122, do CPC, ao tratar do julgamento do conflito de competência, diz que o Tribunal decidirá sobre a validade dos atos do juízo incompetente. Se assim é, é porque o ato pode ter validade e nem todos serão nulos. Analisando a questão SAHIONE FADEL, disse que a norma do art. 122, do CPC, está em conflito com o artigo 113, § 2º, que afirma que somente os atos decisórios serão nulos. Afirma que assim sendo este seria letra morta e que o tribunal não pode proclamar pela validade de ato decisório proferido por juízo incompetente.¹⁹

Apesar do peso da autoridade e dos argumentos utilizados, pensa-se diferente e assim foi exposto por um dos autores em obra de sua lavra: Curso de Direito Processual Civil, como se transcreve.

“O artigo 113, § 2º, ao dizer que somente os atos decisórios serão nulos, por exclusão está se afirmando que os demais não o são. Além do mais, ao dizer, somente os atos decisórios serão nulos, não quis dizer que todos os atos decisórios serão necessariamente nulos. Diz a lei “somente” os atos decisórios e não todos os atos decisórios. Isto quer dizer que cabe julgamento sobre os atos decisórios para concluir se serão ou não nulos. Alguns atos decisórios poderão ser nulos e outros não. A nulidade dos atos decisórios deve ser analisada frente aos artigos 243 e seguintes, mormente, o artigo 249, § 2º que afirma que os atos não serão nulos, quando puder decidir a favor da parte que a nulidade aproveita.

Outro aspecto também é de ser observado, existem atos decisórios, que por questão prática ou lógica, não mais poderão ser anulados. Acaso o juiz decidiu pelo indeferimento da produção de determinada prova (ato decisório) e o objeto da prova desapareceu e o local foi alterado a ponto de não mais poder produzi-la.

¹⁸ “A competência, em regra, não é matéria de nulidade absoluta da sentença. Tanto é que, mesmo em se tratando de julgado proferido por juiz absolutamente incompetente, o Código se limita a prever tão-somente a sua rescindibilidade (CPC, art. 485, II)”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. REPRO, v. 19, p. 34. São Paulo: RT. julho/setembro, 1980.

¹⁹ SAHIONE FADEL, Sérgio. Comentários ao CPC. vol. I, pág. 253, Forense, Rio, 1.974;

De nada adianta anular-se este ato porque já produziu seus efeitos. Acaso for ato decisório deferitório da perícia e esta já estiver realizada, também de nada adianta anular-se este ato. Também se o juízo incompetente determina (decide) a suspensão do processo, e este fique paralisado por determinado tempo, de nada adianta a anulação deste ato porque o tempo perdido não se recupera.²⁰

Somando-se a estes exemplos, outros poderão ser alinhados: Imagina-se, o caso de uma decisão pelo juízo incompetente que indefere a oitiva de uma testemunha e esta depois vem a falecer. Com o falecimento da testemunha, esta não mais poderá ser ouvida e a anulação do ato indeferitório de nada vai adiantar. O prejuízo que já se estabeleceu jamais vai ser recuperado.

Ainda por mais radical que seja, por mais que se empreste aderência à teoria da nulidade dos atos do juízo incompetente, pelo menos um ato decisório, necessariamente, e até por questão de lógica, deve ser considerado válido, que é a decisão (ato decisório) que declara a própria incompetência do juízo e determina a remessa dos autos ao juízo incompetente.

Assim pelo menos a decisão que declara a incompetência e determina a remessa dos autos ao juízo competente, como ato decisório, por questão de lógica tem de ser considerada válida, porque se nula fosse, jamais o processo seria remetido e não chegaria ao verdadeiro juízo competente. Ao se pensar diferente, chegar-se-á ao absurdo de impedir que juízo incompetente reconheça e declare a sua própria incompetência quando isto é determinado e imposto como dever no caput do art. 113, do CPC.

Percebe-se que não é possível considerar-se nulos todos os atos decisórios emanados do juízo incompetente. Quando a lei fala somente os atos decisórios não quer dizer todos, porque entre as palavras “somente” e “todos” existe muita diferença. Quando a lei diz “somente” não está dizendo “todos”.

Concluindo pode-se dizer que a norma do artigo 113, § 2º, CPC, não conflita com a norma do artigo 122, CPC, ambas se completam. Por estas normas vê-se que nem todo ato decisório do juízo incompetente será nulo. Anula-se o ato decisório somente quando isto se tornar necessário em razão de eventual prejuízo à parte (arts. 244 e 249, § 2º, do CPC e 563 do CPP) e, ainda, condicionada à possibilidade de recuperação do prejuízo. Mesmo quando há prejuízo para a parte, mas se não houver possibilidade de recuperação (correção ou saneamento) do prejuízo, de nada adianta falar-se em anulação. De nada adianta anular-se o decisório que indefere a produção de prova antecipada se esta não puder mais ser realizada.

9. VALIDADE DAS DECISÕES DO JUÍZO CÍVEL INCOMPETENTE

Diferentemente do apregoado pela doutrina o julgamento proferido no juízo absolutamente incompetente não é só por isso nulo ou anulável.²¹ A

²⁰ Nosso Curso de Direito Processual Civil, pág. 278/279;

competência é uma forma de distribuir os processos para julgamento, mas não dá e nem retira do juiz o poder de julgar. O que dá poder para julgar é a investidura no cargo de juiz²². Mesmo sendo o juízo absolutamente incompetente, o seu julgamento produz efeitos, sendo apenas rescindível por ação rescisória, na forma do art. 485 do CPC e, mesmo assim, no prazo de dois anos (art. 495, CPC) e, quando passado esse prazo, nem rescisão será mais possível, o que confirma a validade da sentença do juízo cível absolutamente incompetente.

O simples fato de estar sujeita à ação rescisória, já demonstra a sua validade e a ocorrência da coisa julgada, pois, sem validade e coisa julgada, o caso não será de ação rescisória. Só se pode rescindir o que existe e tem validade. O que não existe ou não vale não se rescinde. Além do mais, uma vez passado o prazo recursal transita a sentença em julgado e eventuais vícios serão acobertados pela eficácia preclusiva da coisa julgada, como bem ensina FIDELIS DOS SANTOS²³. Tanto isso é verdade, que a sentença rescindível poderá ser executada e nem a ação rescisória terá força para impedir tal execução, conforme ressoa a norma expressa do artigo 489, do CPC. Assim, a sentença, ainda que rescindível, poderá ser executada normalmente, o que demonstra a sua validade, visto que não se pode executar título que não vale (art. 618, I, do CPC). Da mesma forma vale a decisão do juízo incompetente sobre tutela de urgência, como as liminares em geral, antecipação de tutela e tutela cautelar.²⁴

Fosse caso de nulidade²⁵, não poderia haver convalidação²⁶ e nem se permitir a execução da sentença do juízo absolutamente incompetente (arts. 489 e

²¹ Contrariamente: “[...] a incompetência absoluta consiste em nulidade absoluta, sendo, pois, vício insanável, podendo até mesmo configurar-se em fundamento legal de ação rescisória (art. 485, II). WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. p. 17. São Paulo: RT. 2006.

²² “O juiz incompetente, ainda assim, é juiz – como a própria expressão indica. Portanto, sob esse aspecto, está presente o elemento mínimo para configuração da existência do processo”. TALAMINI, Eduardo, *Coisa Julgada e sua revisão*, p. 326, RT. 2005.

²³ “A sentença não sujeita a recurso se acoberta pela coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível (art. 467). A coisa julgada faz, portanto, definitiva a decisão, com plena força de nos limites da lide e das questões decididas (art. 468). Isto quer significar que a ocorrência de coisa julgada sana todas as nulidades processuais, inclusive a que decorre de incompetência absoluta. Daí, se a decisão for proferida por órgão jurisdicional, mas absolutamente incompetente, ter ela plena eficácia, podendo adquirir imutabilidade definitiva, só rescindível pela ação rescisória (art. 485, II) no exíguo prazo de dois anos (art. 495)”.

²⁴ “Na hipótese de a liminar ser concedida por um juízo que posteriormente foi declarado incompetente, ela permanecerá válida até que o juízo competente se pronuncie a respeito” LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. p. 130. São Paulo: RT. 1993. No mesmo sentido: RJTJRS 79/199, 89/286.

²⁵ “A competência, em regra, não é matéria de nulidade absoluta da sentença”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. REPRO, v. 19, p. 34.

²⁶ “O princípio da sanação atua também nos casos de incompetência absoluta. O vício detectado na pendência do processo sana-se com a remessa ao juiz competente. Decreta-se a nulidade apenas dos atos decisórios, não do próprio processo (CPC, art. 113, § 2º). Extinto o processo por sentença de mérito, sana-se o vício pelo decurso do prazo de dois anos estabelecido para a propositura da ação rescisória (CPC, art. 485, II). É que, decorrido esse prazo, a sentença torna-se inatacável por qualquer meio, tendo-se o que José Frederico Marques chamou de “coisa soberanamente julgada”. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. p. 51. São Paulo: Saraiva, 2000.

495, do CPC), pois, não se pode permitir execução de título nulo. Também não seria caso de ação rescisória, senão, ação declaratória de nulidade, sem prazo e sem prescrição ou decadência.

Os julgamentos do juízo absolutamente incompetente valem e produzem efeitos diante de outros juízes, sobrepondo a estes que não podem alterá-la e nem julgar novamente a causa, sejam estes juízos cíveis ou juízos penais. A sentença do juízo absolutamente incompetente continua a produzir efeitos²⁷, enquanto não for rescindida ou reformada em grau recursal, tanto que é possível a execução ou cumprimento (arts. 475, I, § 1º e 489 do CPC).

O peso da sentença do juízo absolutamente incompetente é percebido, porque ela impõe efeito preclusivo ao próprio juízo prolator que não pode alterá-la (art. 463, do CPC)²⁸ e nem poderá proferir outra em seu lugar²⁹, salvo os casos especialíssimos previstos nos arts. 296 e 285-A do CPC. Até mesmo em relação à própria competência ela produz efeito para alterá-la no momento de sua execução ou cumprimento (art. 575, II, do CPC). Este efeito da sentença do juízo absolutamente incompetente se dá pela atração da competência ou a prorrogação para a sua execução (art. 575, II, do CPC).

Nesta última hipótese, surge um fenômeno interessante, o juízo que era absolutamente incompetente para proferir a sentença, se torna absolutamente competente em razão da função para executá-la (art. 575, II, do CPC) e, o mais curioso, o juízo que era o competente para o processo de conhecimento deixa de sê-lo, para a execução da sentença em razão desta ter sido proferida em outro juízo. É a prevalência do juízo incompetente sobre o competente. Repete-se, fosse caso de nulidade, não poderia produzir estes efeitos e nem manter essa prevalência sobre o juízo competente.

10. VALIDADE DO JULGAMENTO DO JUÍZO PENAL INCOMPETENTE

Normalmente se pensa que todo julgamento do juízo incompetente na esfera penal é nulo, o que em verdade não ocorre³⁰. Exatamente, na esfera penal é onde o

²⁷“A sentença conquanto proferida por juiz absolutamente incompetente, será eficaz, porém, quando haja trânsito em julgado, pois, em regra, não se lhe pode impedir a execução, ou mesmo a execução provisória, ou a produção de outros efeitos, que não digam respeito à execução propriamente dita, salvo se movida ação rescisória, sejam suspensivos os efeitos da decisão rescindenda, por meio de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”. ARRUDA ALVIM, Manual de direito processual civil. v. 1, p. 311. São Paulo: RT. 10ª ed. 2006.

²⁸“Já no direito romano, Ulpiano ensinava: “Depois de pronunciada a sentença, o juiz perde a jurisdição e não pode corrigi-la, quer haja exercido seu ofício bem, quer tenha feito mal”. TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal, v. 4, p. 367. Saraiva, 1978.

²⁹“o magistrado de primeiro grau finaliza a relação jurídica processual pelo ato decisório que se denomina sentença” e “Portanto, sentença é o ato do magistrado de primeira instância que esgota a tutela jurisdicional daquele grau de jurisdição, seja no processo de conhecimento, execução ou cautelar, incidindo em uma ou mais hipóteses dos arts. 267 e/ou 269 do CPC”, GOMES, Magno Federici e CAETANO, Livia Regina Maciel. *Das decisões monocráticas de mérito nos agravos de instrumento: Interpretação conformem a Constituição*. Revista Magister de Direito Processual Civil, v. 46, pp. 10 e 11. Porto Alegre-RS: Magister, jan/fev, 2012.

³⁰“Mas, esta poderá ser nula, por exemplo, por incompetência do juízo. Nesse caso, embora existente, ela não produzirá efeitos”. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 2, p. 49. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1997.

juízo incompetente ganha maior consistência e maior estabilidade.³¹

É na esfera penal que pode não ocorrer nulidade do julgamento feito pelo juízo absolutamente incompetente. Mesmo quando se diz que o julgamento foi anulado (o que em verdade não é), mesmo assim, ele continua produzindo efeitos como será visto mais abaixo. O simples fato de abrir oportunidade para recurso já é um efeito da sentença do juízo incompetente, bem como é o início do cumprimento da pena nos casos em que não permite o réu recorrer em liberdade. Até mesmo quando se fala em decisão arbitrária do juízo incompetente sujeita a hábeas corpus, isto já é efeito da própria decisão.

O julgamento do juízo penal, ainda que absolutamente incompetente, sempre haverá de gerar efeitos. Seja ele absolutório ou condenatório. Sendo a sentença absolutória, uma vez passada em julgado, nenhum outro juízo poderá processar novamente o réu pelo mesmo fato³². Se condenatória, uma vez preclusa, a via recursal para o Ministério Público ou para o querelante em caso de ação penal privada, ainda que se diga que a sentença é nula e se determine a remessa ao juízo competente para proferir nova decisão, este não poderá impor condenação maior ao acusado, em respeito à proibição de recurso *in pejus*, ainda que indiretamente.³³

Sobre o assunto o artigo 563 do CPP, afirma que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação³⁴ ou para a defesa³⁵. Só por isso, já é possível entender-se que os atos do juízo incompetente não serão necessariamente nulos³⁶. Ainda que se pudesse falar em nulidade (o que não se

³¹ Sempre que a sentença do juízo absolutamente incompetente, absolver o réu ou de outra forma o beneficiá-lo, ao passar em julgado, ela não poderá ser alterada para prejudicá-lo. Caso o juízo absolutamente incompetente condene o réu a uma pena relativamente pequena, mas, se o acusador não recorrer, ainda que o Tribunal fale em nulidade e determine a remessa dos autos para outro juízo (o competente) para proferir outra, este fica subordinado à primeira sentença, não sendo possível impor pena maior ao réu em razão da inexistência de recurso *in pejus* (art. 617, do CPP).

³² “HÁBEAS CORPUS PROCESSUAL PENAL. Sentença absolutória proferida por juiz da infância e da juventude. Ocorrência de trânsito em julgado. Representado maior idade. Remessa à Justiça Comum. Constrangimento ilegal. Ordem Concedida. 1. A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos. 2. Incide, na espécie, o princípio do *ne bis in idem*, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante juízo absolutamente incompetente. 3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda. 4- Ordem concedida (STJ – 6º T. HC, nº 36.091-RJ. Rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa. J. 24-02-2005. VU). Bol. AASP. v. 2468, p. 3877 – Jurisprudência na íntegra.

³³ “Pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o juízo *ad quem* não pode, diretamente ou indiretamente, como diz GARRAUD, agravar a situação do réu apelante”. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*, v. IV, p. 260, nota 17. Campinas: Bookseller, 1997.

³⁴ Mesmo em caso de prejuízo para acusação, não se decreta nulidade de ofício em prejuízo do réu. “Em recurso da defesa não pode o tribunal reconhecer de ofício nulidade que tenha prejudicado a acusação”. MIRABETE, Julio Fabrin. *Código de Processo Penal – interpretado*, p. 1399. São Paulo: Atlas, 11ª ed. 2007.

³⁵ “Pode ser decretada de ofício, mas se não o for só se decreta se houver prejuízo”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, p. 274, Saraiva, 1991.

³⁶ “Tanto é assim que existem causas impeditivas de declaração de nulidade quando o ato não trouxe prejuízo ao acusado. E os atos mesmo com defeitos insanáveis, produzirão os efeitos como se válidos fossem”. ABRÃO, Guilherme Rodrigues e RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *Nulidades no processo penal brasileiro. Regras gerais do Código de Processo Penal e do projeto 156. A necessária leitura do sistema de invalidades à luz das categorias próprias do processo penal*. Revista Bonijuris, v. 556, p. 22. Curitiba, março, 2010.

dá), esta será sanada sempre que ocorrer o trânsito em julgado³⁷. Exige-se para a declaração ou decretação de nulidade a presença de prejuízo³⁸. Sem prejuízo não há nulidade.³⁹

A maioria da doutrina se limita a proclamar a nulidade⁴⁰ apenas dos atos decisórios do juízo incompetente⁴¹. Mas os apegos às formalidades são tantos, que outros pregam que até mesmo os atos não decisórios também haverão de ser anulados, o que não deixa de ser um extremado exagero.⁴²

Diferentemente, no juízo cível, ainda é possível propositura de ação rescisória (art. 485, do CPC) após o trânsito em julgada da sentença no período curto de dois anos (art. 495, do CPC). Após este prazo, a situação se consolida e, a sentença do juízo absolutamente incompetente torna-se inatacável. Já na esfera penal, tal não acontece, porque, inexistente ação rescisória para a acusação. Assim, a sentença do juízo absolutamente incompetente, uma vez passada em julgado, somente poderá ser revista a pedido do réu, porque inexistente revisão a favor da acusação⁴³. A sentença, uma vez passada em julgado torna-se imodificável para a acusação, o que demonstra não ser caso de nulidade, visto que o julgamento continua a produzir efeitos e após o passamento em julgado nada mais pode ser feito pela acusação.

³⁷ “A autoridade da coisa julgada sana todo o vício do procedimento, visto não ser facultada a revisão pela só razão de tais vícios, por graves que sejam”. FERNANDES, Paulo Sergio Leite. *Nulidades do processo penal*, p. 34. São Paulo: RT, 1976.

³⁸ “Mas negando o excesso de formalismo, com fundamento no princípio da instrumentalidade das normas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou arguição de nulidades. Sua regra básica é enunciada no art. 563. É o princípio *pás de nullité sans grief*, pela qual, não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo não há nulidade”. MIRABETE, Julio Fabrin. *Código de Processo Penal – interpretado*, p. 1387. São Paulo: Atlas, 11ª ed. 2007.

³⁹ “Em tema de nulidades processuais, predomina o princípio da finalidade e do prejuízo – princípio da instrumentalidade, ou seja, não se invalida ato que, realizado de forma diferente, tenha alcançado a sua finalidade”. TRF-3ª R, 7ª Turma. Ap. 0069288-94.1.997.4.03.9999/SP. Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis. Dje 06-07-2012, p. 2012. Sem prejuízo não há nulidade: RSTJ 140/576 – 17/182 e 17/383. RJTJERGS 199/144, 94/86, RT. 765/655, 660/270 – 644/375 – 605/423 – 531/364.

⁴⁰ “[...] todos os atos decisórios serão nulos pelo vício de incompetência, salvando-se os demais atos do processo, aproveitados pelo juiz competente (CPP, art. 567)”, GRINOVER, SCARENCE e GOMES FILHO. As nulidades no processo penal, p. 37. Malheiros, 1992.

⁴¹ “A nulidade decorrente da incompetência é insanável como se conclui, a *contrário sensu*, do art. 572”, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 2, p. 119. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1997.

⁴² “Mas se competência for delimitada pela constituição, não só os decisórios, mas também os probatórios serão fulminados pela nulidade, pois, o processo é como se não existisse”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 2, p. 603. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2005. Também: “Agora, em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural ou competência para processar e julgar (art. 5º 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 (hierarquia e recursal) ou de qualquer outra, estabelecida pela lei maior”. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarence e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no Processo Penal, p. 42, São Paulo: Malheiros, 1992. Mas, estes mesmos autores, permitem exceção ao dizerem: “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 aptidão para passar em julgado”, *idem*, p. 44.

⁴³ “Há, porém, outras impeditivas de declaração de nulidade. Não se declara nulidade, ainda que absoluta, diante da proibição da revisão *pro societate*, quando o réu foi absolvido por sentença transitada em julgado”. MIRABETE, p. 1387. No mesmo sentido: súmula 160 do STF.

10.1. Eficácia relativa da sentença condenatória

Não existe nulidade da sentença penal pelo simples fato de ser o juízo incompetente, como acima restou anotado. Equivocam-se aqueles que assim pensam. A sentença absolutória ou condenatória, não será nula em razão da incompetência do juízo. A questão se desloca do âmbito da nulidade para o da eficácia ou ineficácia, mas a sentença sempre haverá de ter validade. Na área cível, ainda é possível falar-se em nulidade da sentença, porque, uma vez proclamada a nulidade do julgamento, a causa é devolvida a novo julgamento e o juízo cível fica livre para proferir qualquer outra decisão sem as amarras do julgamento anterior. Já na esfera penal, isto não acontece, pois, uma vez preclusa a via recursal para o acusador, a situação do réu não poderá ser piorada, não podendo haver qualquer julgamento novo que venha arruinar a sua situação. Ainda que haja recurso do réu pedindo a nulidade, caso seja acolhido o reclamo deste, para que outra sentença seja proferida, esta não poderá impor condenação acima daquela imposta pelo juízo absolutamente incompetente. Isto quer dizer que aquela condenação do juízo incompetente, continua valendo e marcando limites para os casos de eventual novo julgamento.

Quando o caso é de nulidade da sentença, esta jamais poderá produzir efeitos nem limitar o novo julgamento. O que é nulo não produz efeitos. Mesmo quando se fala que a sentença penal foi anulada a pedido do réu, ela continua a produzir efeito, a ponto de o novo julgamento não poder aumentar a pena anteriormente imposta, em face do princípio da proibição de recurso *in pejus* (parte final, do art. 617, do CPP).

Resulta disso que a sentença penal mesmo quando proferida por juízo absolutamente incompetente não será nula. Poderá ser julgada ineficaz parcialmente, afastando a condenação imposta ao réu, retirando dele apenas a obrigação de cumprimento, mas, mantendo-a, como limite a uma nova decisão. Isto é, retira a eficácia da sentença condenatória no sentido de que o réu não está obrigado a cumpri-la, mas outra que vier a ser proferida não poderá ultrapassar os limites da primeira que se diz anulada. O caso não é mesmo de nulidade. É apenas de ineficácia parcial, pois outra será proferida, mas, há de respeitar os efeitos (quantidade e qualidade) da pena anteriormente imposta. Repita-se, fosse caso de nulidade, a condenação imposta pelo juízo absolutamente incompetente desapareceria por completo. Mas, isto não se dá. Não desaparece e continua a produzir efeitos limitativos, implicando em proibição de nova condenação com penalidade maior. Importante observação é feita por TOURINHO FILHO⁴⁴ para quem, não havendo alguém de forma legítima pedindo para aumentar a pena o tribunal não poderá fazê-lo.

⁴⁴ “Se não há alguém pedindo para aumentar a pena, o Tribunal não poderá fazê-lo”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 4, p. 233. Bauru: Jalovi, 1975.

Tornou-se comum dizer-se que a sentença neste caso é nula, mas, efetivamente não o é. A sentença continua válida e produzindo efeitos limitativos⁴⁵. Com ou sem o seu trânsito em julgado a sentença ganha eficácia definitiva e marca os limites máximos para o caso de eventual recurso do réu ou revisão criminal, de forma que, ainda que sobrevenha nova condenação, esta não poderá ser superior àquela imposta pelo juízo absolutamente incompetente⁴⁶. É fácil perceber-se que de nulidade não se trata, senão apenas de ineficácia relativa.

10.2. Eficácia plena da sentença absolutória

Quando se tem à sentença absolutória com o trânsito em julgado, a eficácia do julgamento do juízo incompetente é plena e mais transparente, visto que, uma vez transitada em julgado, torna-se definitiva⁴⁷ e o réu não poderá ser processado e nem julgado novamente pelo mesmo fato, no mesmo ou em outro juízo, ainda que tal competência seja determinada pela Constituição Federal⁴⁸, como é caso de competência da Justiça Militar e a causa é julgada pelo juízo comum ou vice e versa⁴⁹. Uma vez absolvido o réu e a sentença alcançada pelo trânsito em julgado, ainda que o juízo seja absolutamente incompetente, essa absolvição prevalece sobre e em frente a qualquer outro juízo que não poderá julgar novamente.

Ao contrário do que normalmente se prega, no processo penal as formalidades devem ser abrandadas sempre que possam beneficiar o réu⁵⁰. Não se

⁴⁵ “2. Sem recurso da acusação, a pena fixada na sentença é o novo patamar máximo possível de ser fixado em nova sentença condenatória, se for o caso”. TJRS. Ap. crim. 70030958680. 5ª Câmara. Rel. Des. Aramis Nassif, j. 13-04-2011, vu. Bol. AASP, nº 2781- ementário, p.12.

⁴⁶ “Aceitar-se admissibilidade da anulação do julgamento, sempre, então limitar-se o poder do juízo *aquo*, não lhe permitido que imponha pena ao réu que importe em agravação que recebeu na sentença condenatória anulada no juízo *ad quem*”. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*, v. IV, p. 261. Campinas: Bookseller, 1997.

⁴⁷ “O arquivamento requerido pelo Ministério Público e deferido pelo juízo, com fundamento na atipicidade do fato, impede a instauração de uma ação penal”. STF. HC. 66.625-6-SP, 1ª T. j. 25-09-88, DJU, 21-10-88, RT. 670, p. 357, de agosto de 1991. No mesmo sentido STJ: “Coisa julgada. Ocorrência. Inquérito policial. Juiz absolutamente incompetente que determina o arquivamento de procedimento, devido à atipicidade do fato e ao reconhecimento de excludente de ilicitude. Sentença favorável ao réu que impede nova manifestação do Estado pelo mesmo fato”. HC 173.397-RS, 6ª T. j. 17.03.2011. DJe 11.04.2011, RT. v. 908, p. 518.

⁴⁸ “Hábeas corpus. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de atipicidade do fato. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Persecução penal na Justiça Militar por fato analisado na justiça comum. Impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes. Hábeas corpus concedido”. STJ- HC 173.397-RS, 6ª T. j. 17.03.2011. DJe 11.04.2011, RT, v. 908, p. 521. “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”, *idem*, p. 527.

⁴⁹ “Julgado definitivamente perante a justiça militar não pode contra réu ser ajuizada ação penal, pelo mesmo fato, na justiça comum”. RT. 453/388.

⁵⁰ “Reconhecimento de causa excludente de ilicitude. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes. STJ-HC 90472-RS. 5ª T. j. 29-09-2009. DJe 03.11.2009. RT. v. 908, p. 529, junho de 2011.

pode aplicar a rigidez das formas em prejuízo do réu⁵¹. Se um juízo absolutamente incompetente já julgou e absolveu o réu, uma vez passada em julgado esta sentença, ela produzirá efeitos gerais, de forma tal, que nenhum outro juízo poderá voltar a julgar o réu pelo mesmo fato.⁵²

A coisa julgada funciona como sanatória geral, sanando todas e eventuais irregularidades, entre estas a questão da incompetência absoluta⁵³, garantindo a plena eficácia da sentença absolutória proferida pelo juízo absolutamente incompetente.

11. PREVALÊNCIA DO JUÍZO INCOMPETENTE SOBRE O COMPETENTE

Tornou-se corrente a afirmativa de que a sentença do juízo incompetente é sempre nula⁵⁴. Ela além de não ser nula, conserva validade e, ainda se sobrepõe, ao juízo competente⁵⁵. Isto pode acontecer tanto na esfera cível, como na criminal⁵⁶. Na esfera penal, é onde a sentença do juízo incompetente apresenta maior sobreposição sobre o juízo competente. A sentença penal, ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente, goza de maior estabilidade do que a sentença cível nas mesmas circunstâncias. A sentença cível ainda pode ser rescindida no prazo de dois anos, porquanto a sentença penal não.

O julgamento do juízo cível quando proferido pelo juízo incompetente, embora não seja caso de nulidade ou anulabilidade só por isso, sendo tão-somente rescindível, mas ao ser rescindido pode ser atingido pela sua totalidade, ou seja, pode ser apagado e, outro proferido, totalmente diferente do primeiro. Na esfera penal nem sempre isto será possível, como acima restou exposto. Tanto é válida a

⁵¹ “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”. GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARENCE, Antonio Fernandes e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, p. 43. Malheiros, 1992.

⁵² “Se a sentença foi absolutória, permanece com força de coisa julgada material perenemente, porque não existe instrumento para decretação da invalidade”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, p. 265.

⁵³ “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 (art.621, I). Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu”. GRINOVER, SCARENCE e GOMES FILHO. As nulidades no processo penal, p. 42.

⁵⁴ “1. A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos”. STJ –HC 36091/RJ, 6º T. j. 24.02.2005. DJ 14.03.2005, p. 426. RT. v. 908, p. 530.

⁵⁵ “2. Em sede penal, é da tradição jurisprudencial, consentânea com a proteção constitucional da liberdade da pessoa humana, atribuir-se plena eficácia à coisa julgada, ainda quando produzida em juízo incompetente, ou mesmo à que falte jurisdição. 3. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal”. STJ-HC 18078-RJ. 6º T. j. 18.04.2002, Dj. 24.06.2002. RT, v. 908, p. 530.

⁵⁶ “E a coisa julgada é exatamente isto: é um caso ou um fato que foi julgado, mas definitivamente julgado. Por isso, como já recebeu do Estado a norma singular e concreta que deu certeza sobre a relação jurídica, seja de caráter civil, seja de caráter penal, envolvida no caso, este não pode, por força de garantia constitucional, ser rejulgado”. STF-HC. 83. 346-2-SP, 1ª T. j. 17-05-2005, DJU 19.08.2005, RT, v. 841, p. 475.

sentença do juízo incompetente, de modo que enquanto ela não for rescindida, nem o mesmo ou outro juízo não poderá proferir nova sentença. É a força impeditiva (preclusiva) de novo julgamento sobre a mesma causa já julgada por sentença pelo juízo absolutamente incompetente.

A força preclusiva da sentença do juízo absolutamente incompetente é ainda mais imperiosa na esfera penal, que atinge até mesmo os casos de competência absoluta estabelecida na Constituição Federal⁵⁷. Não existe ação rescisória criminal e a chamada revisão criminal só pode ser proposta em benefício do réu. Quando o juiz penal absolutamente incompetente profere sentença condenatória e somente o réu recorre, mesmo se dizendo anulada a sentença, fica o novo juízo vinculado e subordinado a esta decisão, de forma que, não poderá aplicar na nova decisão pena maior ao réu. Se o caso for de absolvição pelo juízo absolutamente incompetente, e se não houver recurso do acusador, esta sentença passa em julgado e nenhum outro juízo poderá processar e julgar novamente o réu pelo mesmo fato⁵⁸, firmando assim a superioridade da sentença do juízo absolutamente incompetente, sobre o juízo competente..

Demonstrado está, que a sentença do juízo absolutamente incompetente, além de não ser nula, ela ainda prevalece em relação aos outros juízos, impedindo-os de aumentar a pena, ou mesmo de abrir novo processo contra o réu pelo mesmo fato. É a força da decisão do juízo incompetente, apesar de, em muitas vezes, receber a pecha de sentença nula. Mas de nulidade não se trata.

CONCLUSÕES

Pelas colocações acima, pode-se tirar algumas conclusões:

1ª. A competência nada mais é do que formalidade, que pode ser suprimida em alguns casos sem causar prejuízo para as partes, mantendo-se perfeitamente válidas as decisões do juízo absolutamente incompetente.

2ª. A competência não pode ser considerada pressuposto processual, porque nem matéria de processo é, quando muito, poder-se-á considerá-la como pressuposto procedimental, jamais pressuposto processual.

3ª. Por não ser matéria de processo não é pressuposto processual e, por ser matéria de procedimento, pode ser legislada (fixada) por norma Estadual e Distrital (arts. 22, XI e 125, § 1º da CF e arts. 91 e 93 do CPC).

4ª. As decisões do juízo absolutamente incompetente não são nulas, quando muito poderão ser ineficazes parcialmente, pois, sempre haverão de produzir algum

⁵⁷ “[...] do provimento do recurso exclusivo do réu contra a sua condenação por homicídio culposo – que declarou nulo o processo por suspeição do juiz -, não poderia resultar a instauração de novo processo e a pronúncia do acusado por crime mais grave, a qual o homicídio doloso”. STF. RHC 48998, j. 29.11.1971, RTJ 60/348 e RT. 841/472.

⁵⁸ “A coisa julgada produziria sanatória geral dos processos. Isso significa apenas que todos os vícios processuais, inclusive o de incompetência absoluta, que fere de nulidade o processo, se tornam irrelevantes depois do trânsito em julgado”. STF. 1ª T. HC. 83.346-SP, j. 17.05.2005, DJU 19.08.2005 e RT. 841/475.

efeito, seja no âmbito cível, seja na esfera penal.

5ª. As sentenças do juízo absolutamente incompetente nestes casos não serão nulas e nem de tudo ineficazes, porque sempre produzem efeitos preclusivos, para o juiz que não as podem modificar e nem efetuar novo julgamento, sem determinação superior.

6ª. A sentença nesta hipótese transita em julgado normalmente e a coisa julgada convalida todos e quaisquer vícios anteriormente existentes.

7ª. Uma vez ultrapassada a oportunidade recursal para o acusador ou transitada em julgado a sentença penal do juízo absolutamente incompetente, esta somente poderá ser revista a pedido do réu, permanecendo intacta em caso contrário, visto inexistir revisão para a acusação.

8ª. Enganam-se aqueles que pensam que é caso de nulidade, mas efetivamente não o é. Trata-se de caso de eficácia ou ineficácia, mas, jamais de nulidade, visto que esta sentença sempre produzirá efeitos a favor do réu e implica em impedimento (preclusão) para modificar, ou julgar novamente a mesma causa.

9ª O julgamento do juízo absolutamente incompetente sempre será válido e eficaz, capaz de produzir efeitos prevalentes do juízo absolutamente incompetente sobre o competente, impedindo que o mesmo juízo volte a julgar a causa em razão da preclusão *pro judicato* e, ainda que outro juízo, ainda que o seja absolutamente competente julgue a mesma causa, sem antes haver julgamento superior proclamando a ineficácia daquela proferida e que por engano se diz anulada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues e RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *Nulidades no processo penal brasileiro. Regras gerais do Código de Processo Penal e do projeto 156. A necessária leitura do sistema de invalidades à luz das categorias próprias do processo penal.* Revista Bonijuris, v. 556. Curitiba, março, 2010.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Volume, I. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARRUDA ALVIM, Manual de direito processual civil. v. 1. São Paulo: RT. 10ª ed. 2006.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di, *La Giurisdizione Esecutiva e Cautelare nei confronti degli Stati Stranieri*, Giufré Editore, Milão, Itália, 1992.

DALL'AGNOL, Jorge Luiz. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988.

FERNANDES, Paulo Sergio Leite. *Nulidades do processo penal*. São Paulo: RT, 1976.

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed. 2006.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Processual Penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Elementos de Direito penal*, v. III. Campinas: BOOKSELLER, 1997.

FROCHAM, Manuel Ibañez, *La Jurisdiccion*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.972;

GOMES, Magno Federici e CAETANO, Livia Regina Maciel. *Das decisões monocárnicas de mérito nos agravos de instrumento: Interpretação conformem a Constituição*. Revista Magister de Direito processual Civil, v. 46. Porto Alegre-RS: Magister, jan/fev, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarence e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUILLÉN, Victor Fairén, *Teoria General del Derecho Procesal*, Univ. Nacional Autónoma de México, México, 1.992;

LAMARCA, Antonio. *O livro da competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRABETE, Julio Fabrin. *Código de Processo Penal – interpretado*. São Paulo: Atlas, 11ª ed. 2007.

PAGÉS, Juan Luis Requejo, *Jurisdiccion e Independência Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Espanha, 1.989;

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT. 2003.

SAHIONE FADEL, Sérgio. *Comentários ao CPC*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, Rio, 1.974;

SCARENCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT. 3ª ed. 2003.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de processo civil*. Pres. Prudente: Datajuris, 1978.

_____. *Validade da decisão do juízo incompetente*. Revista Jurídica. V. 277, pp. 34-37. Porto Alegre: Novembro 2000.

_____. *Do Valor da Causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed, 2011.

_____. Prorrogação da competência absoluta. Revista Jurídica v. 292. Porto Alegre: Notadez. Fevereiro/2002. REPRO v. 110, p. 350:358. São Paulo: RT. Abril:junho, 2003.

_____. Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os decisórios. Revista Jurídica, v. 320. pp 22:36. Porto Alegre: Notadez, junho 2004. Revista de direito do trabalho, v. 139, pp. 16:32. Curitiba: Gênese, julho, 2004 e RNDJ, v. 60, pp 32- 46 dezembro 2004; Revista dos Tribunais, v. 833, p. 82-96. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

_____. Competência. *Natureza jurídica da norma*. Revista de Direito Civil e Processual Civil. v. 38, pp. 56:59 . Porto Alegre-RS. Síntese, novembro-dezembro, 2005.

_____. e SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. *Prevalência do juízo incompetente sobre o juízo competente*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 115, pp. 29:45. São Paulo: Dialética, outubro, 2.012.

_____. e _____, *Sentença – Em busca de uma nova definição*. Revista jurídica, v. 376, PP. 19:42. Porto Alegre: Notadez, fevereiro, 2009.

SPINNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

TALAMINI, Eduardo, *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 41ª ed. 2004.

_____ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. REPRO, v. 19, p. 34. São Paulo: RT. julho/setembro, 1980.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Volume 1. São Paulo: RT. 1998.

_____ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT. 2006.