

JURISDIÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mariana Montez Moreira¹ e Tatiana Lages Aliverti²

INTRODUÇÃO

Neste artigo, analisaremos o instituto da jurisdição como uma das faces do poder soberano, que é uno e indivisível.

Mostraremos, em primeiro lugar, a jurisdição como função estatal garantidora do acesso à justiça e da manutenção dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Em seguida, discorreremos sobre o conceito de jurisdição e sua natureza jurídica, bem como sobre suas principais características, espécies e elementos, a fim de lhe situar no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, para compreensão do exato espírito do instituto, comentaremos seus princípios norteadores e conseqüentes mitigações trazidas pela premente Reforma do Poder Judiciário (PEC nº 29/2000).

1. O Estado e suas funções

O Estado, para lograr os fins a que foi instituído, diversifica sua atividade em três funções: legislativa, jurisdicional e administrativa, exercidas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Tais funções, sendo manifestações do poder soberano, uno e indivisível, devem ser exercidas dentro dos princípios norteadores da organização estatal aplicada em cada país. Como vivemos em um Estado Democrático de Direito, segundo prescrição do art. 1º da Constituição Federal de 1988, as nossas funções estatais devem adotar um modelo de democracia participativa, refletindo seus objetivos fundamentais inseridos no art. 3º do texto constitucional.

A função legislativa traduz-se na feitura de leis (*jus dare*), que refletem a vontade popular e se resumem nas exigências do bem comum. Surge, assim, conforme observação de Vincenzo Manzini³, “uma relação de sujeição geral, pois

¹ Advogada da União. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP.

² Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais – São Paulo/SP.

todos quantos se encontrem no território do Estado estão obrigados à observância de suas leis”.

As normas jurídicas são elaboradas por uma sociedade a fim de fazer impear a força do direito sobre seus membros, impondo a eles obediência a seus preceitos e, em consequência, o equilíbrio social. Quando as normas abstratas de conduta são violadas, é necessário, para o restabelecimento de seus preceitos, que o Estado lance mão de um meio para restaurar a ordem jurídica.

Surge, assim, a função estatal jurisdicional, que consiste na aplicação da lei abstrata aos casos concretos (*jus dicere*). O Estado, por intermédio do Poder Judiciário e por meio do processo, investiga qual dos litigantes está com a razão, para, então, ditar sua decisão com força obrigatória e solucionar o conflito.

A função jurisdicional tem nos seus órgãos *a longa manus* da função legislativa, uma vez que, com o exercício daquela, a vontade do Estado impressa nos preceitos legais transfunde-se em decisão com caráter imperativo e inderrogável.

Não se deve confundir, porém, a função jurisdicional com as funções judiciárias. Todos os atos ou atividades que provêm de órgãos do Poder Judiciário são judiciais ou judiciários; todavia, nem todos têm o caráter de ato jurisdicional. Há, assim, função judiciária em sentido lato, que se divide em função jurisdicional e função judiciária em sentido estrito.

Os atos de caráter jurisdicional são aqueles em que se consubstanciam a função específica do Poder Judiciário: aplicação do direito objetivo em conexão a uma pretensão. Já os de caráter judiciário em sentido estrito são aqueles resultantes de interferência funcional, ou seja, a realização de funções não privativas do Poder Judiciário. Como exemplos práticos de atos judiciários em sentido estrito citamos os seguintes artigos da Constituição Federal: 93, *caput*, que concede ao Supremo Tribunal Federal iniciativa para criação de lei complementar dispendo sobre o Estatuto da Magistratura, e; 96, I, f, que dá competência privativa aos Tribunais para concessão de férias, licença e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

Por fim, a função administrativa consiste na prática de atos de chefia, de governo e de administração do Estado. Cabe ao Executivo governar, e governar, atualmente, não é só administrar, mas sim, enfrentar problemas políticos e sociais.

2. Conceito

A palavra “jurisdição”, etimologicamente, vem de *jurisdictio*, formada de *jus*, *juris* (direito) e de *dictio*, *dictionis* (ação de dizer, expressão), por isso, traduz-se em *ação de dizer o Direito*.

³ MANZINI *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

Dois principais doutrinadores - Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti - conceituam jurisdição sob ângulo diverso.

Giuseppe Chiovenda⁴ define jurisdição como sendo “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 da existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” Em outras palavras, entende o doutrinador que a jurisdição é a função estatal que declara direitos preexistentes, ou seja, é a atuação prática dos comandos legais.

Já Francesco Carnelutti⁵ defende ser a jurisdição a função que busca a “justa composição da lide”. Carnelutti constrói todo o seu conceito em torno da lide, que o mesmo define como sendo o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, sendo a pretensão a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio.

Os conceitos de Chiovenda e Carnelutti são considerados por alguns como antagônicos e, por outros, como complementares. Estes últimos, dentre os quais destacamos Vicente Greco Filho⁶, definem a jurisdição como sendo a atuação da vontade concreta da lei, pelos órgãos estatais competentes, com o fim de obter a justa composição da lide. Aqueles, considerados a maioria, entendem tais conceitos como conflitantes, criando, assim, duas possíveis naturezas jurídicas do instituto, que serão analisadas no próximo tópico.

Entre outros conceitos importantes, está o de João Mendes de Almeida Junior⁷, segundo o qual “Jurisdição é o poder de dizer o direito aplicável aos factos, considerado esse poder em sua origem, na natureza da sanção da lei aplicável, e em sua extensão”.

Destaca-se, também, a definição de Guilherme de Souza Nucci⁸, segundo o qual a jurisdição é “o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos.”

Cabe lembrar, porém, que, além da acepção estrita de jurisdição (poder das autoridades judiciárias, investidas desse poder por ato legítimo, para aplicar a lei ao caso concreto), a expressão pode ser tomada em sentido amplo. Conforme ensinamentos de Vicente de Azevedo⁹, a jurisdição consiste no “poder de conhecer

⁴ CHIOVENDA *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 60.

⁵ CARNELUTTI *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 60.

⁶ Para ele, “a jurisdição é poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide.” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 137.)

⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, 2V, p. 132.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

⁹ AZEVEDO, Vicente de *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 1ª edição. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 58.

e de decidir com autoridade, dos negócios e contendas que surgem dentro dos diversos círculos de relações da vida social.” Fala-se, nesse sentido, em jurisdição policial, administrativa, militar, etc.

3. Natureza Jurídica

As teorias que explicam a natureza jurídica da jurisdição baseiam-se nas conceituações do instituto dadas por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Segundo os defensores da teoria dualista, dentre eles Giuseppe Chiovenda, o Estado quando exerce a função jurisdicional não cria direitos subjetivos, uma vez que esta função limita-se a declarar direitos preexistentes. Assim, conforme os ensinamentos desta teoria, a jurisdição apenas declara a vontade da norma, subsumindo-a ao caso concreto.

Já para a teoria unitária do ordenamento jurídico, dentre os adeptos destacamos Francesco Carnelutti e Hans Kelsen¹⁰, as leis materiais (como, por exemplo, o Código Penal) não são capazes de por si só gerarem direitos subjetivos; criam, apenas, expectativas de direitos. Cabe ao Estado-juiz, por meio do exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente. A sentença, assim, tem a função de criar direitos substanciais, uma vez que a lide decorre da incerteza da existência de um direito subjetivo anterior à sentença. Logo, para esta teoria, a natureza jurídica da jurisdição é a criação do direito substancial com a conseqüente composição do litígio.

Parece-nos, porém, longe de solucionar a problemática que gira em torno da natureza jurídica da jurisdição, que a teoria carneluttiana, ao afirmar que a jurisdição é uma função de composição de lide, está equivocada.

Primeiro porque o Estado no exercício da função jurisdicional não extingue a lide, pois sendo esta fenômeno sociológico não desaparece necessariamente; apenas se torna juridicamente irrelevante com a prestação jurisdicional.

Segundo porque a lide é elemento acidental e não essencial ao exercício da jurisdição, ou seja, pode haver exercício da jurisdição mesmo que não haja nenhuma lide a ser composta. Como exemplo de jurisdição sem lide, citamos o processo penal em que o Ministério Público pede a absolvição do réu. Logo, seguindo os ensinamentos de Hélio Tornaghi¹¹, pode haver processo sem lide, o que não pode haver é processo sem pretensão, sem solicitação ou sem reivindicação.

Terceiro porque, em âmbito penal, acreditamos, assim como Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci¹², na inexistência da lide, uma vez que a preten-

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 62.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89.

¹² TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42-45.

são estatal não consiste apenas na busca da pena, mas sim na busca da justiça penal, que tanto pode ser a absolvição como a condenação do acusado. Ademais, o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, ratifica o acima prescrito, pois diferencia “litigantes”, como partes nos processos judicial e administrativo, e “acusados”, como partes no processo penal.

4. Características

Não mais existe a jurisdição privada, tanto que o art. 345 do Código Penal¹³ define como crime o exercício arbitrário das próprias razões, impedindo as pessoas envolvidas no litígio de fazer justiça com as próprias mãos, evitando os efeitos nefastos da autotutela. A jurisdição é uma **atividade pública**, uma das faces do poder estatal¹⁴, sendo monopólio do Poder Judiciário, excetuando-se os casos de atribuições anômalas de jurisdição conferidas a órgãos não-judiciários¹⁵.

Outra característica fundamental da atividade jurisdicional é a **substituição** ou **substitutividade**, que consiste na troca das partes envolvidas no litígio pelo órgão jurisdicional. Assim, o Estado-juiz substitui a atividade do particular pela sua própria, sendo distintos o órgão que dirime o litígio e as pessoas ou órgãos titulares do direito subjetivo. Ressalta-se, porém, que muitos conflitos não chegam às autoridades judiciárias em razão da resolução, por meio de critérios de razoabilidade, pelas partes.

É característica, também, da jurisdição a possibilidade de **imutabilidade** que pode adquirir o ato jurisdicional básico, que é a sentença, por meio da coisa julgada. Ao se encerrar o processo e diante da verificação da não interposição de recurso, a manifestação do juiz torna-se imutável, não sendo admitida sua revisão por outro poder, ao contrário do que ocorre com as decisões administrativas¹⁶.

Ademais, para que a jurisdição realize seu objetivo (aplicação do direito ao caso concreto) em consonância com o Estado Democrático de Direito, deve revestir-se de características formais, como: um **órgão adequado** (o juiz), distinto dos órgãos que exercem as demais funções estatais, e colocado em posição de independência e imparcialidade; um **contraditório regular**, que permita às partes se defenderem de forma igualitária, a fim de que a autoridade judiciária decida conforme o direito, e; um **procedimento preestabelecido**, com formas predeterminadas.

¹³ Art. 345 do CP: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.”

¹⁴ A jurisdição não pode ser vista como um poder estatal, mas sim como uma das faces deste, uma vez que o poder do Estado é uno.

¹⁵ Como exemplo de atribuição anômala de jurisdição citamos a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade (no caso dos Ministros de Estado e dos Comandantes, quando se tratar de crime conexo aos do Presidente da República ou do Vice-Presidente), conforme enunciado no art. 52, I e II, da CF/88.

¹⁶ As decisões administrativas são sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário quanto à sua legalidade.

5. Espécies

A jurisdição, como manifestação da soberania do Estado, é una e indivisível. Entretanto, para fins didáticos, realiza-se a separação da jurisdição em espécies.

Quanto à natureza da pretensão de direito material, a jurisdição divide-se em **penal, civil, eleitoral, militar e trabalhista**. Quanto às espécies de justiças fixadas na Constituição Federal, há a jurisdição exercida pelas **justiças especiais** e pelas **justiças comuns**. Quanto ao seu grau ou categoria, a jurisdição pode ser **inferior** ou **superior**. Por fim, quanto ao órgão que exerce a atividade jurisdicional, a jurisdição pode ser **ordinária** ou **extraordinária**, conforme seja o órgão pertencente ou não ao Poder Judiciário.

Segundo observa Antonio Scarance Fernandes¹⁷, interessa ao processo penal “a jurisdição penal ordinária exercida por órgãos inferiores e superiores de justiças especiais e comuns. Importa, ainda, a jurisdição penal extraordinária.”

Existe jurisdição penal ordinária quando a vontade da lei penal, por meio de órgãos do Poder Judiciário¹⁸, é atuada no julgamento de acusados por práticas de infrações penais e na efetivação do comando emergente das sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias¹⁹. São as Justiças Federal e Estadual que exercem a jurisdição comum no âmbito penal. A jurisdição especial na área penal é realizada pelas Justiças Eleitoral e Militar, sendo esta concretizada tanto na Federal como na Estadual.

6. Elementos

A jurisdição compõe-se de elementos, que, segundo Paulo Lúcio Nogueira²⁰, são “atos processuais que devem ser praticados para que se chegue à decisão ou sentença”. Logo, como bem observa José Frederico Marques²¹, “O poder jurisdicional não compreende apenas a decisão em que é declarada a vontade legal. (...), jurisdicionais são, outrossim, os demais atos que no processo foram praticados em preparação ao decisório.”

São cinco os elementos da jurisdição: **notio, vocatio, coertio, iudicium e executio**.

A **notio** ou **cognitio** (conhecimento) é o poder do juiz de conhecer uma

¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

¹⁸ Observa-se que tais órgãos podem ser de jurisdição inferior ou superior. A jurisdição penal inferior é realizada tanto por órgãos monocráticos (juízes), como por colegiados (tribunais de júri, auditorias). Já a jurisdição superior é exercida por tribunais superiores colegiados.

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

²⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 124.

²¹ MARQUES, José Frederico Marques. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 24.

causa. Esse elemento pressupõe uma provocação externa, pois, sem um pedido de prestação jurisdicional, não podem os juízes e os tribunais tomar conhecimento de qualquer questão ou causa.

A **vocatio** (chamamento) consiste no poder de fazer comparecer em juízo toda pessoa cuja presença se mostrar necessária ao esclarecimento do caso em exame e regular o andamento do processo.

A **coertio** (coerção) é o poder do juiz de aplicar medidas de coação processual, cautelares ou não, para que haja respeito à função jurisdicional e, conseqüentemente, garantia da aplicação da lei. Como exemplos, citamos: condução coercitiva de testemunhas, decretação de prisão preventiva, seqüestro dos bens adquiridos com o proveito do crime, etc.

O **judicium** (julgamento) é o poder do juiz para julgar e pronunciar o direito ao caso concreto. É, no entendimento de José Frederico Marques²², “a síntese final da jurisdição.” A obrigação de julgar é inerente à função judiciária, portanto, não pode o juiz deixar de decidir por obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, nem pelo fato de não ter formado plena convicção ao examinar as provas dos autos.

A **executio** (execução) consiste no cumprimento da sentença, ou seja, na execução da pena em concreto, que, no direito penal, é automática.

7. Princípios

Os princípios são o núcleo de um sistema, a base do mesmo, a composição do seu espírito e o critério para a sua exata compreensão. Atua o poder jurisdicional dentro de certos princípios que asseguram a regularidade processual, e, principalmente, amoldam a ampla defesa.

Ao elencar os princípios relativos à jurisdição, os autores utilizam-se de diversas classificações, que, em um primeiro momento, parecem divergentes, mas que logo percebemos serem, apenas, de caráter nominativo.

A função jurisdicional atua segundo alguns princípios primordiais, que são:

7.1. Princípio da Investidura

Preceitua esse princípio que uma pessoa somente pode exercer a função jurisdicional se estiver regularmente investida no cargo, ou seja, se estiver investida na autoridade de juiz.

A jurisdição é monopólio estatal. O Estado a exerce por meio de pessoas físicas, que são os seus agentes: juízes. Dessa forma, a Constituição Federal e a legislação ordinária relacionam taxativamente os órgãos e agentes que os representam.

²² MARQUES, José Frederico Marques. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 25.

A nossa Constituição Federal escolheu como forma de investidura inicial no cargo de magistrado, de acordo com o art.93, I, o concurso público de provas e títulos.

É importante frisar que esse princípio concede ao magistrado a plena liberdade e autonomia necessária para a decisão final, uma vez que sua única vinculação é com o Poder Judiciário. Daí as garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da vitaliciedade que goza o magistrado.

O princípio da investidura é o corolário do julgamento imparcial e independente, pois como bem explana Alexandre de Moraes²³, “Na proteção destas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental.”

Qualquer ato ou decisão proferidos por quem não esteja investido regularmente no cargo, são nulos de pleno direito, podendo configurar o crime de usurpação de função pública, previsto no art. 328 do Código Penal.

Ressalta-se, por fim, que no âmbito da Reforma do Poder Judiciário e na análise da PEC nº 29/2000, entendeu a Comissão de Constituição e Justiça - CCJ ser necessária alteração na composição do Supremo Tribunal Federal - STF, como manutenção das garantias da imparcialidade e independência decorrentes da investidura. Inclui a referida Comissão, na redação do art. 101 da Constituição Federal de 1988, como requisito necessário ao candidato, o não exercício, nos três anos anteriores à data de escolha, de mandato eletivo de Presidente ou Vice-Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Governador ou Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal, ou ocupação de cargo de Ministro de Estado, de Procurador-Geral da República, de Advogado-Geral da União ou de Presidente dos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, nem dos respectivos cônjuges, parentes consangüíneos ou afins até segundo grau.

7.2. Princípio da Indeclinabilidade ou Inafastabilidade ou do Controle Jurisdicional

Esse princípio é basilar para a existência do Estado Democrático de Direito, pois na pretensão da manutenção de um Estado autoritário, esta é a primeira garantia a ser retirada do cidadão, criando a lei ordinária situações em que o Poder Judiciário não poderá ser invocado para a solução da questão posta.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, é claro ao prescrever o brocardo que resume o princípio:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

²³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p.431.

direito.”

A primeira garantia revelada nesse princípio é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois a atual ordem constitucional sequer admite o contencioso administrativo, antes admitido em nossa ordem constitucional pela Emenda nº 7/77 à Constituição de 1967, mas que nunca foi implantado em nosso país. O mais próximo que se chegou ao contencioso administrativo foi a instância administrativa de curso forçado, por meio da qual se exigia do interessado, antes de invocar o Poder Judiciário, que, primeiramente, percorresse a instância administrativa; porém esta não obteve regulamentação.

A segunda garantia expressa no princípio em estudo é a de que sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pode-se invocar o Poder Judiciário, desde que preenchidos os requisitos processuais legais.

Evidente, também, que o juiz não pode declinar de sua função. Assim, deve apreciar o que lhe é pedido, senão estará declinando do seu dever de prestação jurisdicional. Nem mesmo quando houver obscuridade ou lacuna da lei pode o juiz abster-se de julgar (art. 126 do Código de Processo Civil)²⁴. Se tais garantias não existissem (não poder o juiz negar a prestação jurisdicional ou, se pudesse, excluir a garantia do processo), caberia somente à atividade privada a satisfação de pretensões, ou seja, a autotutela, comportamento considerado no ordenamento jurídico brasileiro ilícito, em razão do tipo descrito no art. 345 do Código Penal.

A aprovação da súmula vinculante presente na PEC nº 29/2000, que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, violará o princípio da indeclinabilidade. A suposta celeridade na prestação jurisdicional com a adoção da súmula vinculante decorrerá da inibição do controle jurisdicional, uma vez que as questões jurídicas serão solucionadas por meio de um entendimento pré-determinado. Excluir-se-á da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pois a parte que tiver direito subjetivo lesionado, com a súmula vinculante, não terá interesse de agir, uma das condições essenciais da ação. Nota-se, assim, que a mencionada súmula violará direito e garantia individual prescrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea e, portanto, não pode ser abolido nem mesmo por meio de emenda (art. 60, § 4º, IV, da Constituição).

7.3. Princípio da Indelegabilidade

Por interpretação sistemática dos princípios constitucionais, decorre a vedação de quaisquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição Federal é que fixa o conteúdo das atribuições de cada Poder, e dentre eles as do Poder Judiciário, não

²⁴ Art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

cabendo à lei, nem aos membros destes alterar a distribuição elaborada em plano positivo superior.

A jurisdição é indelegável, pois representa o exercício de uma função pública conferida pela soberania nacional. Cada magistrado, no exercício da mesma, não o faz em nome próprio e sim como agente do Estado, que o investiu, mediante critério de escolha, na função jurisdicional, agindo aquele em nome deste, de forma imparcial e independente. Nem mesmo os magistrados, por deliberação própria, podem delegar esta função.

Afirma João Mendes de Almeida Junior, citado por José Frederico Marques²⁵, que “não pode o juiz delegar a sua jurisdição, devendo exercê-la pessoalmente, por isso que a jurisdição, já por si, sendo uma delegação da nação, não pode ser subdelegada”.

Portanto, a função jurisdicional somente pode ser exercida, segundo regra constitucional, pelos órgãos do Poder Judiciário e por meio de seus membros legalmente investidos. Somente a própria Constituição Federal pode excepcionar tal princípio, e ela o faz no art. 52, I e II, que preceitua:

“Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

I – Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, praticados no exercício da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais. É um crime político, pois tem como especial pena a desinvestidura dos cargos, acompanhada ou não da proibição de vir a assumir novas funções públicas no futuro.

O papel do Senado, nestes casos, é eminentemente jurisdicional, comprovados os fatos e estando os mesmos colmatados com os descritos pela Constituição e pelas leis, a condenação deverá ocorrer. Salienta-se que mesmo que o acusado tenha sido sancionado pelo Senado, com a destituição do cargo, pode, ainda, vir a ser acusado em processo criminal.

Parte da doutrina entende que o instituto da carta de ordem e da precatória tem a natureza jurídica de ato de delegação. Em relação ao instituto da carta de ordem, tal assertiva parece-nos correta, pois, por exemplo, se o Tribunal de Justiça exerce seu poder jurisdicional em todo o Estado, tanto pode o Relator do processo ouvir a testemunha, ou determinar ao juiz da comarca da testemunha que a ouça.

²⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V, p. 177.

Este é caso de delegação interna permitida. Porém, em relação ao instituto da carta precatória, não nos parece correto afirmar ser o mesmo ato de delegação, pois o que há nesses casos é nítida confusão entre os institutos da jurisdição e da competência; jurisdição todo o juiz investido regularmente no cargo possui, entretanto, apesar de possuir jurisdição, pode não ter competência para a prática do ato. Não é ato delegatório, pois não se pode delegar algo que não se possui, o juiz depreca de uma comarca a outra, para, por exemplo, ser ouvida uma testemunha, porque não tem competência para praticar o ato.

Vicente Greco Filho²⁶, contudo, entende que os dois institutos não são casos de delegação, pois nas duas hipóteses a autoridade que depreca ou envia a carta de ordem não cria a competência do que executa, porque este já tem em sua competência genérica o poder de cumprir cartas precatórias ou de ordem.

Por derradeiro, podemos entender, ainda, que o princípio da indelegabilidade está compreendido no princípio do juiz natural, pois se a lei não pode criar juízes pós-fato ou “encomendados”, com maior razão o juiz não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois estaria, indiretamente, violando o princípio do juiz natural.

7.4. Princípio da Improrrogabilidade

Enuncia esse princípio que não é lícito, mesmo diante de acordo dos interessados, submeter a apreciação de uma causa à uma autoridade que não tenha, para aquela, jurisdição e competência próprias, já que é afastado em âmbito processual penal o juízo arbitral.

Assim, a jurisdição não se prorroga, só podendo o juiz exercer a sua função dentro dos limites ditados pela lei.

O nosso Código de Processo Penal, todavia, prevê exceções a essa improrrogabilidade, como nos casos de conexão ou de continência (arts.78 e 79). Isto ocorre como forma de se manter a unidade de julgamento e a reconstrução crítica unitária das provas, através de um quadro probatório mais amplo e completo, evitando-se a discrepância e as contradições entre os julgados.

No procedimento dos crimes da competência do Júri encontramos, também, uma exceção ao princípio da improrrogabilidade, inserida no art. 424 do Código de Processo Penal, que preceitua o desaforamento. Por meio desse instituto, desloca-se o julgamento do réu para fora do distrito da culpa no caso de o interesse da ordem pública o reclamar, ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 138.

7.5. Princípio da Iniciativa das Partes

Decorre esse princípio do sistema processual que adotamos: o sistema acusatório, que se fundamenta na acusação oficial, permitindo, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete²⁷, citando Fernando da Costa Tourinho Filho, as características do sistema acusatório são: “a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex-officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.”

A regra do *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, de que o juiz não pode agir de ofício, proclama que a acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, I, da CF/88), enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido (art. 100, § 2º, do CP), como regra de exceção. Dessa forma, a relação processual se inicia com a provocação do órgão acusador ou do ofendido, não havendo jurisdição sem ação.

Então, a regra prevista nos arts. 26 e 531 do Código de Processo Penal, anterior ao estabelecido no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, que conferia ao Juiz ou ao Delegado de Polícia poderes para praticarem o ato inicial nos processos contravencionais está revogada.

O art. 28 do Código de Processo Penal constitui grande expressão do princípio da iniciativa das partes, uma vez que obriga o juiz a atender a manifestação do Procurador-Geral do Ministério Público entendendo cabível o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, mesmo diante da sua discordância.

Ademais, em decorrência do princípio em estudo, o juiz está proibido de julgar além do pedido ou fora dele - *ne procedat iudex ultra petitum et extra petitum* -, já que a determinação da amplitude e do conteúdo da prestação jurisdicional é atribuição do acusador ou ofendido, que deduz a pretensão punitiva.

Esta proibição está consagrada no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determina a obrigação do juiz de noticiar a possibilidade de alteração *in pejus* do pedido constante da denúncia ou queixa à acusação. Sem o regular aditamento da peça acusatória, com a qual se instaura a ação penal, não

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1995, p.41.

pode ser ampliada a pretensão punitiva pelo órgão julgador. Porém, tal obrigação apenas alcança a esfera dos fatos em que se funda a acusação; a qualificação, que é a exata definição jurídica, cabe ao juiz. Esta assertiva é decorrente do exposto no art. 383 do Código de Processo Penal, que enuncia:

“Art. 383 – O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Logo, podemos afirmar que o princípio da iniciativa das partes é garantia advinda da imparcialidade, de forma que o juiz atue equidistante a atividade condizente às partes.

7.6. Princípio do Juiz Natural

Em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural está insculpido como garantia individual no art. 5º, XXXVI²⁸ e LIII²⁹, da Constituição Federal de 1988, que consagra a proibição dos Tribunais de exceção e a garantia do processo e julgamento por juiz competente, segundo regras anteriores ao fato.

Antonio Scarance Fernandes³⁰ entende que, apesar de expressa em duas cláusulas, na verdade a garantia desdobra-se em três regras de proteção: “1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

A garantia de julgamento por autoridade competente consagra a regra de que todos têm direito de serem julgados por um juiz constitucional. Somente é considerado juiz natural o órgão cujo poder jurisdicional provenha de fontes constitucionais. Assim, é que para alguns autores, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho³¹, não há como ser aplicada a regra do art. 567 do Código de Processo Penal³² nos casos de incompetência constitucional, pois não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios praticados por juiz não-constitucional.

Salienta-se que a proibição relativa aos Tribunais de exceção não significa impedimento à criação de vara ou justiça especializada, pois nesses casos não há criação de órgãos para julgar excepcionalmente, e sim, uma divisão de trabalho

²⁸ Art. 5º, XXXVI, da CF/88 – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

²⁹ Art. 5º, LIII, da CF/88 – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

³¹ GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

³² Art. 567 do CPP – “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.”

orgânica para um melhor funcionamento da justiça. Com a proibição dos Tribunais de exceção há a vedação da criação do foro privilegiado, pois estes são considerados juízos discriminatórios. Não se incluem nesta hipótese os foros por prerrogativa de função, que levam em conta a função exercida e não condições personalíssimas, como religião, riqueza, raça, etc.

Conclusão

A jurisdição penal é exercida pelos juízes criminais, que julgam e aplicam as normas penais. Porém, o órgão público que encarna a pretensão estatal de punir é o Ministério Público.

O objeto da jurisdição penal, segundo José Frederico Marques³³, são as causas penais, isto é, situações concretas reguladas pelo Direito Penal.

Em regra, o objeto da função jurisdicional é a *persecutio criminis* de que a ação penal é um dos momentos.

O Estado, diante da ocorrência de um ilícito penal, desenvolve sua atividade persecutória, de natureza administrativa, manifestando, por meio dela, ao Poder Judiciário sua exigência punitiva concretizada na ação penal.

Como bem ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida³⁴ a jurisdição é a atividade dos juízes e a ação é atividade das partes. Ambas cooperam na realização de seu fim comum, que, no processo penal, é de uma parte o direito de punir em concreto, com a aplicação da pena ou da medida de segurança, e, de outra parte, a observância, no caso concreto, dos direitos individuais protegidos pelas leis.

O objeto de apreciação da jurisdição penal, no entanto, não se reduz a *persecutio criminis*; o direito de liberdade é, também, seu objeto, visando a impedir ou fazendo cessar a *persecutio*. É, por exemplo, o que ocorre com a revisão criminal e com o *habeas corpus* para trancamento de ação penal.

Assim, na manutenção do direito de liberdade individual de cada cidadão e, também, na manutenção da paz e justiça social, é que a jurisdição penal deve atender aos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V, p. 183.

³⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 18.

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, 2V.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro*. 1ª edição. Goiânia: Sem Casa Publicadora, 1967. 1V.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 2V.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 1V.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo, 1992. 2V. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V.
- MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 1ª edição. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1964.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2ª edição. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917.

TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.