

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

A COMPETÊNCIA NOS CRIMES PLURILOCAIS
E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Clara Maria Roman Borges

.

CURITIBA, 31 DE OUTUBRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

A COMPETÊNCIA NOS CRIMES PLURILOCAIS
E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Dissertação apresentada pela mestranda Clara Maria Roman Borges como requisito parcial à obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CURITIBA, 31 DE OUTUBRO DE 2001

A COMPETÊNCIA NOS CRIMES PLURILOCAIS E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

por

Clara Maria Roman Borges

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Curso de Mestrado, do Programa de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Membro da Banca Examinadora:



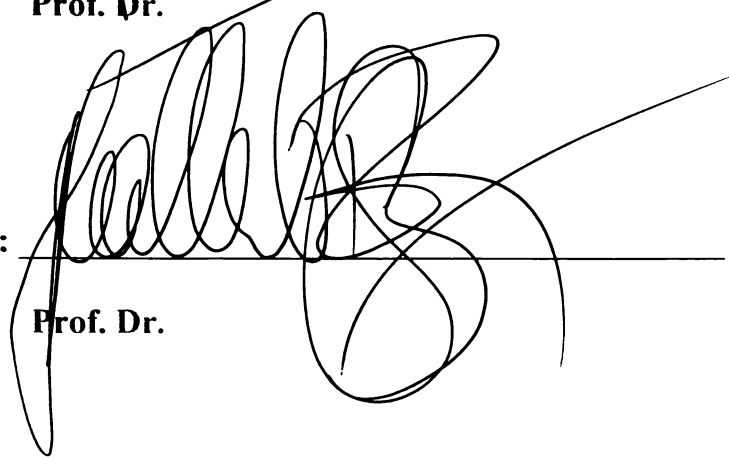
Professor Orientador
Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro da Banca Examinadora:



Prof. Dr.

Membro da Banca Examinadora:



Prof. Dr.

Curitiba, de de 2001

Ao Jacinto, por suas aulas surreais, que nas palavras de
Warat são parte da vida e não uma fuga dela.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
I. JURISDIÇÃO.....	04
II . PODER.....	36
III. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	55
IV. COMPETÊNCIA.....	92
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	151
ÍNDICE.....	161

RESUMO

A presente investigação se preocupa inicialmente em situar a jurisdição no contexto da Teoria Geral do Direito Processual Penal, fixando os pressupostos para sua definição, que tem na noção de poder seu elemento essencial. Num segundo momento, a jurisdição vem analisada como um poder que se exerce por meio das chamadas práticas judiciárias disciplinares, sempre dentro da microfísica foucaultiana. A partir daí, procura-se mapear os pontos de resistência capazes de limitar o exercício dessa jurisdição normalizadora, identificando-os com os direitos e as garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988. Dentre essas garantias, destaca-se aquela que assegura o princípio do juiz natural, uma vez que interessa de imediato ao estudo da competência nos crimes plurilocais. O princípio do juiz natural, que se esboça na Revolução Francesa, determina que o juiz terá sua competência definida de forma taxativa, em lei anterior ao fato. Conforme se observa, um dos postulados deste princípio é a exigência de determinação da competência, que por esse motivo também passa a ser vista como limite ao exercício do poder jurisdicional, operacionalizando-o e o fazendo funcionar de acordo com determinados critérios. Sobre esses critérios foram elaboradas várias teorias, contudo, opta-se no presente trabalho pela chiovendiana, porque mais compatível com o conceito de jurisdição adotado. Tomando-se, portanto, os critérios material, territorial e funcional, parte-se para a sua concreção no estudo dos crimes plurilocais, apontando nesse processo as violações que o princípio do juiz natural vem sofrendo.

ABSTRACT

This investigation takes charge, at first, to put the jurisdiction in its place in the General Theory of the Criminal Process, by attaching the presuppositions for have its definition which has in the notion of power its essential element. In a second moment, the jurisdiction is analyzed as a power which exercises itself through the disciplinaries judicials practices, always in the foucaultionisme microphysics. From it, one tries to make a card of the points of résistance capables to limiting the exercise of this normalising jurisdiction, in the same time as one identifies it with the fundamentals rights and guarantees expressed in the Constitution of 1988. Between these guarantees, it is possible detach that who assures the principle of the natural judge, when it interests in study of the competence in the crimes 'pluriloci'. The principle of the natural judge, who takes shape in the French Revolution, determines that the judge will have its competence defined by a way expressed in the law previous to the fate. According to one observes, one of the postulates of this principle is the requirement of determination of the competence, that because of this motive, cross even to be seen as limit to the jurisdictional exercise of power. It executes and makes it work according to definites criteria. About these criteria many theories were elaborated, on the other hand, in this essay one opts for the chiovendien, over all because it is more compative with the adopted concept of jurisdiction. Thus, one leaves, with the material, territorial and functional criteria, in their concretion in study of the crimes 'pluriloci', for aponter in this lawsuit all the violations which the principle of the natural judge suffers in the present time.

RESUMEN

Esta investigación se encarga, al principio, de poner la jurisdicción en su lugar en la Teoría General del Derecho Procesal Penal, fijando las presuposiciones para la misma definición, que tiene en la noción de poder su elemento esencial. En la continuación, la jurisdicción es analizada como un poder que se ejerce a través de las prácticas disciplinarias judiciales, siempre en la microfísica foucautiana. Desde ahí, se procura hacer una carta de los puntos de resistencias capaces de limitar el ejercicio de esta jurisdicción normalizadora, identificándoles con los derechos y las garantías fundamentales expresadas en la Constitución de 1988. Entre estas garantías, se destaca aquella que asegura el principio del juez natural, una vez que interesa inmediatamente en el estudio de la competencia en los crímenes 'plurilocales'. El principio del juez natural, que toma la forma en la Revolución Francesa, determina que el juez tendrá la competencia definida de un manera tajativa, en la ley anterior al fato. Según se observa, uno de los postulados de este principio es la exigencia de determinación de la competencia, que debido a este motivo, pasa también a ser vista como el límite al ejercicio del poder jurisdiccional, operacionándole y ejecutándole según criterios definidos. Sobre estos criterios han sido elaborados muchas teorías, por otra parte, con este trabajo se opta por la chiovendiana, sobretudo porque ella es más compativel con el concepto adoptado de jurisdicción. Así, llevando en cuenta los criterios material, territorial y funcional, se parte para su concreción en el estudio de los crímenes 'plurilocales', apuntando en este pleito las violaciones que el principio del juez natural sufre actualmente.

RÉSUMÉ

Cette investigation s'occupe, d'abord de mettre la juridiction dans sa place à la Théorie Générale du Droit Procesual Pénal, en attachant les présuppositions pour as même définition qui a son élément essentiel à la notion de pouvoir. En suite, la juridiction est analysée comme un pouvoir qui s'exerce à travers les pratiques judiciaires disciplinaires, toujours dans la microphysique foucaultienne. À partir de cela, on cherche faire une carte de les points de résistance capables de limiter l'exercice de cette normalisateuse juridiction-là, au même temps qu'on l'identifie avec les droits et les garanties fondamentaux exprimés dans la Constitution de 1988. Entre ces garanties, on relève celle qui assure le principe du juge naturel, une fois qu'elle intéresse immédiatement au étude de la compétence dans les crimes 'plurilieus'. Le principe du juge naturel, qui s'ébauche dans la Révolution Française, détermine que le juge aura as compétence définie d'une façon expressée dans la loi antérieure au fati. Selon on observe, un des postulats de ce principe est l'exigence de détermination de la compétence, que à cause de ce motif-là, passe même à être vue comme limite au exercice du pouvoir juridictionel. Elle l'exécute et le fait fonctionner conformément à des critères déterminés. À propos de ces critères ont été élaborées beaucoup de théories, par contre, dans ce travail on opte pour la chiovendienne, surtout parce qu'elle est plus compative avec le concept de juridiction adopté. Donc, on parte, avec les critères matériel, territorial et fonctionnel, à leur concrétion au étude des crimes 'plurilieus', pour aponter dans ce procès-là tuttels les violations que le principe du juge naturel souffre actuellement.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a concretização deste trabalho.

Em especial, à minha mãe Erna, que sempre tratou com carinho dos meus sonhos e jamais deixou de sorrir, mesmo nos momentos mais difíceis. Ao meu irmão Guilherme, por seu espírito inquieto que me desperta todos os dias com inesgotáveis questionamentos. Ao meu pai Realdo, por deixar seu olhar terno estampado naquele retrato esquecido sob a estante.

Aos meus tios Clara e Davi, pelo carinho incondicional e sincero.

Aos meus primos Mano e Flávia, pela amizade fraternal.

A Rose, pelos intermináveis cafezinhos.

A todos os meus amigos, de Curitiba e do Doutorado em Sevilha, por estarem ao meu lado durante a realização deste trabalho.

Aos professores do Programa Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por me permitirem desfrutar de um ensino público de qualidade.

À CAPES, pois sem a bolsa de estudos esta investigação seria ainda mais árdua.

Ao Jacinto, pela orientação não só deste, mas de todos os estudos até aqui desenvolvidos e daqueles que ainda estão no universo dos projetos. Obrigada mais uma vez, pela participação amiga e generosa que imprimem neste trabalho sua co-autoria silenciosa.

“Nossos inimigos dizem: A luta terminou.
Mas nós dizemos: Ela começou.
Nossos inimigos dizem: A verdade está
liquidada.
Mas nós dizemos: Nós a sabemos ainda.
Nossos inimigos dizem: Mesmo que ainda
se conheça a verdade
Ela não pode mais ser divulgada.
Mas nós a divulgamos.
É a véspera da batalha.
É a preparação de nossos quadros.
É o estudo do plano de luta.
É o dia antes da queda
De nossos inimigos.”

(Bertolt Brecht)

INTRODUÇÃO

Adentrar no estudo do tema relativo à competência criminal, implica necessariamente no percurso dos obliquos caminhos do casuismo e da assistemática, que têm guiado tanto os passos da doutrina quanto da jurisprudência brasileiras.

Por certo, o Código de Processo Penal não mostra outras veredas e o que se encontra nesta jornada é um emaranhado de decisões e opiniões que se debatem e cada vez mais se distanciam dos rumos da efetivação do princípio do juiz natural e da própria Constituição.

Nos casos que envolvem crimes plurilocais, o quadro se complica ainda mais e as polêmicas são infundáveis quando se trata de definir a competência territorial com base no lugar da consumação, pois nesta situação se exige do operador jurídico um conhecimento da estrutura do crime que lhe possibilite delimitar de forma precisa do dito momento consumativo.

Quando se fala em conhecimento jurídico, logo vêm à mente as deficiências do ensino nas Faculdades de Direito espalhadas pelo Brasil e se revelam imediatamente os motivos da inabilidade não só na fixação da competência nos crimes plurilocais, mas no tratamento dos assuntos que de alguma forma podem produzir violações ao texto da Constituição de 1988.

Não por outro motivo, tomando por base a doutrina italiana e as aulas ministradas pelo Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, o presente trabalho

intenta, por assim dizer, colocar as coisas nos seus devidos lugares, isto é, contribuir com a construção de um rumo sem armadilhas ou curvas cegas para a discussão das questões relativas à competência no Direito Processual Penal.

Evidentemente, a análise proposta demanda que se revise previamente temas necessários à fundação de bases sólidas para o seu desenvolvimento, tais como: (i) o lugar da jurisdição no contexto da Teoria Geral do Direito Processual Penal; (ii) os debates acerca do seu conceito; (iii) a definição chivendiana, que tem como elemento essencial a noção de poder; (iv) o poder jurisdicional que se exerce enquanto prática disciplinar; (v) o princípio do juiz natural, que surge como ponto de resistência a essa jurisdição normalizadora e tem como postulado a exigência de uma ordem taxativa de competência; dentre outros.

Somente após um sobrevôo sobre esses assuntos é possível prosseguir e enfrentar o estudo da competência criminal, que deve ter no princípio do juiz natural a costura capaz não apenas de dar-lhe sistematicidade, mas também de fechar os rasgos abertos no texto Constitucional nesses últimos 14 anos, mormente no que tange aos direitos fundamentais.

Certamente, tem-se consciência de que a tarefa projetada é árdua, pois está o homem apenas engatinhando no que diz com a proteção dos direitos fundamentais. Como afirma Norberto Bobbio, “a quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das

antecipações iluministas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.”¹

Contudo, é o mesmo Bobbio que assevera: “Diante da ambigüidade da história, também eu creio que um dos poucos, talvez o único, sinal de um confiável movimento histórico para o melhor seja o crescente interesse dos eruditos e das próprias instâncias internacionais por um reconhecimento cada vez maior, e por uma garantia cada vez mais segura, dos direitos do homem. // Um sinal premonitório não é ainda uma prova. É apenas um motivo para que não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem ‘o mundo vai ser sempre como foi até hoje’; estes últimos – e torno a repetir Kant – ‘contribuem para fazer com que sua previsão se realize’, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. Que não triunfem os inertes!”².

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad. Carlos Nelson Coutinho), 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45-46.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad. Carlos Nelson Coutinho), 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 139-140.

I. JURISDIÇÃO

I.1 Enquanto elemento da Teoria Geral do Direito Processual Penal

Antes de definir o que vem a ser a jurisdição, é preciso situá-la no contexto da Teoria Geral do Direito Processual Penal, determinando de que forma ela será concebida e tratada no presente trabalho.

Até porque ir diretamente ao conceito de jurisdição como algo certo, pronto e acabado por um autor qualquer, sem antes passar pelo processo de sua concepção no contexto da Teoria Geral do Direito Processual Penal, implicaria numa tentativa de imunização do discurso proposto, o que de forma alguma se pretende. Como bem lembra Warat, “poder reconhecer-se o direito de pensar implica renunciar a encontrar na cena da realidade uma voz que garantisse o verdadeiro, pressupõe a luta pelas certezas perdidas.”³

Neste passo, entende-se que a jurisdição é um dos elementos da trilogia fundamental (ação, jurisdição e processo), a qual estrutura toda a Teoria Geral do Direito Processual Penal.

Aqui é essencial ter claro que os elementos fundamentais que estruturam a Teoria Geral do Direito Processual Penal diferenciam-se, em sua essência, daqueles que estruturam a Teoria Geral do Direito Processual Civil.

Isso ocorre, antes de tudo, porque os sistemas processuais, que

³ WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 57.

regem tais Teorias, são diversos.

Como se sabe, é possível falar na existência de dois sistemas processuais: um inquisitório e outro acusatório. Faz-se a diferenciação destes dois sistemas por meio de seus princípios unificadores, que são determinados, segundo Franco Cordero⁴, pelo critério da gestão da prova. Assim, aquele que detém, substancial (e não secundariamente) a gestão da prova, ou seja, aquele que deve carregá-la ao processo é que identifica o princípio unificador e, conseqüentemente, o sistema processual.

Portanto, tem-se que o sistema inquisitório é regido pelo princípio inquisitivo e sua característica fundamental está na “gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação –, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.’”⁵ Como refere Foucault, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado.’⁶ O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu enalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.”⁷ Neste momento, está-se diante do que Cordero chamou de quadro mental paranóico ou

⁴ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 32 e ss..

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 247.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 24.

primado das hipóteses sobre os fatos⁸: a lógica deformada do sistema, que privilegia o mecanismo de pensamento da civilização ocidental, mais precisamente o raciocínio dedutivo, “deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão pela qual *pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente a prova necessária para justificar a decisão.*”⁹

Por outro lado, o sistema acusatório é regido pelo princípio dispositivo e particulariza-se pelo fato da gestão da prova, essencialmente, encontrar-se nas mãos das partes, cabendo ao juiz, com base quase que exclusivamente nas provas recolhidas pelas partes, apenas declarar o direito a ser aplicado no caso concreto. Segundo Barreiros¹⁰, as principais características desse sistema são: (i) o órgão julgador, em geral, é uma assembleia ou um grupo de jurados, (ii) a relação entre os sujeitos processuais é calcada na igualdade das partes, ou seja, no contraditório pleno, (iii) o juiz funciona apenas como árbitro, já que não tem poderes para iniciar a investigação, (iv) a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, (v) o processo é eminentemente oral, público, e a prova é avaliada dentro da livre convicção, (vi) a sentença passa em julgado, tornando-se definitiva, e (vii) a liberdade do acusado é regra.

Por óbvio, devido às contingências históricas, esses sistemas não se apresentam mais em sua forma pura, “razão pela qual tem-se, todos, como

⁸ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25.

¹⁰ BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12.

sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio unificador misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados a outro.”¹¹

Seguindo esse raciocínio, verifica-se que a Teoria Geral do Direito Processual Civil tem seus elementos estruturados a partir de um sistema essencialmente acusatório, enquanto a Teoria Geral do Direito Processual Penal tem seus elementos calcados num sistema essencialmente inquisitório.

Em âmbito intraprocessual, lugar por excelência da função cognitiva do fato a ser julgado, isso se confirma porque no processo civil de regra cabe às partes produzir o material probatório capaz de sustentar os fatos por elas alegados, sendo que ao juiz se atribui apenas a tarefa de controlar a licitude

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 167, 1998. Há aqueles que falam num terceiro sistema, chamado de misto ou reformado, reputando sua origem ao Código Napoleônico. Contudo, em se observando a referida legislação é possível constatar que não engendrou um sistema processual novo, ao contrário, promoveu um retorno à estrutura do ancien régime, de evidente essência inquisitória. Como ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Ainda que se possa verificar novas fórmulas, não há um sistema processual novo, a não ser no aspecto formal. Para ser mais preciso, como já sustentei em minha tese defendida em Roma, da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver ‘não só porque a contaminatio é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero’: ‘Tale il prezzo richiesto dal tentativo di un’impossibile conciliazione degli opposti: l’idea del processo a due tempi – inquisitorio il primo e accusatorio il secondo – ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione’. Ademais, talvez fosse o caso de, singelamente, recordar que a ‘mistura’ há de ser vista com cautela em qualquer ramo do direito processual, a começar pelo direito processual civil, como anotou Liebman.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal (org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 39).

dessas provas que servirão de fundamento para a sua decisão¹². Em outras palavras, o processo é, “antes de tudo, discussão sobre a existência ou inexistência de uma pretensão feita valer judicialmente pelo autor; e com essa actividade contrasta a passividade do juiz, a quem cabe apenas zelar pela observância das normas que a pugna tem de respeitar e proclamar o resultado desta.”¹³

Já no processo penal a produção probatória cabe em último termo ao juiz, que deverá “*investigar e esclarecer oficiosamente* – independentemente das contribuições das partes – *o facto submetido a julgamento*. (...) Dado o dever de investigação judicial autônoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ônus de afirmar contradizer e impugnar; como, igualmente, que se não atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos não contraditados; como, finalmente, que o tribunal não tenha de limitar a sua convicção por sobre os meios de prova apresentados pelos interessados.”¹⁴

Torna-se ainda mais claro tal propósito quando se observa que o

¹² “Ser um processo presidido pelo princípio de contradição ou de discussão significa estarmos em um domínio onde valem ainda basicamente as concepções privatísticas (contratualistas ou quase-contratualistas) do processo, segundo as quais este se desenha, na raiz, como duelo das partes na presença e sob a arbitragem do juiz. (...) É às partes – e só a elas – que compete a adução do material de facto que há-de servir de base à decisão. O autor e o réu proporcionarão ao juiz, mediante as suas afirmações de facto e as provas que carrearem, a base factual da sua decisão, sem que àquele seja permitido indagar de modo autónomo sobre a veracidade do facto trazido a julgamento. Por isso, na sua decisão, o juiz só poderá ter em conta os factos alegados pelas partes e as provas por elas produzidas; tudo quanto esteja para além disto pode quando muito servir para esclarecimento de um facto alegado ou para avaliação da consistência de uma prova produzida, mas em caso algum pode surgir como fundamento autónomo da decisão.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 188 e ss.).

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 188.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 192 e 193.

Código de Processo Penal Brasileiro deixa livre o juiz para que produza as provas que reputar relevantes, conforme estabelece em seu art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer: mas **o juiz poderá no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício as diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante**”.

Apesar da relevância desta explicação técnica acerca da diferenciação entre os sistemas que regem o processo civil e o processo penal, a questão mais importante a respeito dessa distinção recai exatamente sobre o seu fundamento, ou mais especificamente, o motivo que levou o legislador a estruturar um arcabouço legal que atribui essencialmente às partes o ônus de carrear as provas ao processo ou libera o juiz para produzir o material probatório que entender necessário à fundamentação de seu julgamento.

Segundo se convencionou argumentar¹⁵, tal diferenciação se daria porque o processo civil, em servindo de instrumento para composição de interesses eminentemente privados, tem por escopo uma decisão fundada numa verdade processual (ou corroborada pelas alegações e provas apresentadas pelas

¹⁵ Aqui se incluem principalmente os autores que têm na existência ou não de partes o critério distintivo dos sistemas processuais acusatório e inquisitório. Neste sentido se posiciona Frederico Marques, “enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, - no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dêle disse ALCALÁ-ZAMORA, não ser processo genuíno, e sim, uma forma autodefensiva de administração da justiça. É que, no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nêle se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. Rio-São Paulo: Forense, v. I, 1961, p. 62-63). Note-se que, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, este critério para diferenciação dos sistemas não é o mais acertado, porque fundado numa caracterização secundária. Com base no pensamento de Franco Cordero, atesta que a *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, na França, apesar de comportar um processo de partes, pode ser considerada o maior monumento inquisitório laico, pois concentrava grandes poderes nas mãos do juiz, inclusive a gestão da prova. (COUTINHO, Jacinto Nelson de

partes), enquanto o processo penal, em tratando de interesses de ordem pública, tem por finalidade a descoberta da verdade material do caso penal a ser julgado¹⁶, em última instância, da verdade absoluta dos fatos.

O grande equívoco deste posicionamento se evidencia de pronto quando sustenta a crença de que é possível falar de uma verdade formal, ou ainda, que se pode atingir a verdade dos fatos por meio do processo ou de qualquer mecanismo racional.

Como já esclareceu Carnelutti, em 1965:

“A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de *parte*, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o “*Sein und Zeit*”, onde fala da *Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con universalità della cosa*. Justamente

Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 167, 1998).

¹⁶ Veja-se por todos Frederico Marques: “Necessita ter o juiz um conhecimento bem exato do litígio que vai decidir, a fim de apurar a verdade dos fatos ocorridos, e aplicar a lei com estrita justiça. (...) A descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional

porque a coisa é uma parte; ela *é* e *não é*; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós.”¹⁷

Ademais, tal crença na possibilidade de descoberta da verdade por meio do processo acaba escamoteando que a opção por estruturar um sistema processual acusatório ou inquisitório é antes de tudo de ordem política. Isso implica em dizer que a adoção de um sistema essencialmente inquisitório pelo Código de Processo Penal Brasileiro não se justifica pela fidelidade incontestável

da lei penal.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio-São Paulo: Forense, v. I, 1961, p. 62-63).

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. (trad. Eduardo Cambi) Folha Acadêmica, n. 116, a. LIX, p. 05, 1997. (originalmente publicado sob o título **Verità, dubbio e certezza**, Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9). Não se poderia deixar de traduzir poeticamente o pensamento de Carnelutti nas palavras do brasileiro Carlos Drummond de Andrade: “A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metades diferentes uma

do legislador de 1941 à “verdade” - e suposta segurança que ela proporcionaria -, mas por uma opção política e previsível de um governo ditatorial para quem o acusado deveria ser apenas um objeto de investigação e sua defesa em nada importava¹⁸.

Como se pode perceber, esta escolha teve - e tem - um preço alto pagar, que se traduz principalmente numa jurisdição exercida sem qualquer limitação – nem mesmo das garantias constitucionais – e sob o efeito de quadros mentais paranóicos.

Deste modo, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o exercício jurisdicional se encontra limitado pela atuação das partes, no processo penal ela é exercida por um juiz que concentra em suas mãos grande poder e prescinde quase totalmente da participação das partes.

Não por outro motivo, as Teorias Gerais do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal definem a jurisdição de forma diferenciada, o que evidentemente justifica a cautela antes de se adentrar na sua conceituação propriamente dita.

da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

¹⁸ “*Instrução e reconhecimento*, por outro lado, cumprem, além da função jurídica, outra de natureza política e vital, ou seja, de permitir que tudo seja feito conforme o devido processo legal (CF, art. 5º, LV), fator imprescindível à democratização. Instruir, então, pelo conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais), mas que há de ser pago a qualquer custo, sob pena de continuarmos, em alguns pontos, sob a égide da barbárie, em verdadeiro estado de natureza. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. (trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva), 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 78 e ss., coleção *Os Pensadores*). E aqui, como parece óbvio, o *garante* pode ser qualquer operador jurídico, mas ao juiz, em particular, está reservado um papel de destaque, de suma importância. Afinal, a *instrução* é basicamente para ele; e dele deve partir o *limite* que a sociedade estabeleceu à *busca do conhecimento do fato*, embora – há de se reconhecer – tal mister não é mesmo nada fácil; basta, cada um, pensar-se naquele lugar.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e**

1.2 As discussões acerca de sua definição

As discussões a respeito do que vem a ser a jurisdição ganharam força com a autonomia alcançada pelo Direito Processual, após a polêmica travada entre Windscheid e Muther, nos meados do século passado.

Todavia, a raiz etimológica da palavra jurisdição se encontra no verbete latino *iuris dictio*, dicção do direito, que deriva da locução *dicere ius*, dizer o direito.

Aliás, foi nesta acepção latina que Carnelutti, o mais conhecido dos subjetivistas, fundou o seu conceito de jurisdição.¹⁹

Segundo o autor, no processo de conhecimento, em que o juiz exerce função essencialmente cognoscitiva, finalidade é a “formação de um comando complementar e autônomo, para a composição de uma lide. (...)” Por isso o poder que corresponde a esta função se chama jurisdição, de fato o juiz, quando acerta a norma jurídica ou quando pronuncia a sentença dispositiva, ius

Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito, Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, Curitiba, Juruá, 2001, p. 101).

¹⁹ “La jurisdicción es concepto opuesto y complementario a la acción: ser recuerdan aquí las observaciones hechas al principio de este libro: la acción es una actividad que se desarrolla de la periferia al centro: la jurisdicción, del centro a la periferia; la acción va de las parte o, más ampliamente, de los ciudadanos hacia el juez; la jurisdicción, del juez hacia la parte o, más ampliamente, hacia los ciudadanos. El juez *ius dicit* porque el ciudadano *ius poscit*; éste pregunta, aquél responde. El cual responder es naturalmente un *dicere ius* y así una *iuris dictio*: lo que el juez dice es el derecho en el sentido de que el *ius iungit*, esto es, el derecho vincula mediante las relaciones jurídicas, esto es, establece poderes y deberes (...)” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. (trad. Santiago Sentis Melendo) Buenos Aires: Bosh, v. II, 1950, p. 145 – tradução do original **Lezione sul processo penale**. Roma: Atenco, v. III, 1947).

dicit.”²⁰

Complementa, ainda, que “a função essencial do juiz é aquela de decidir uma lide. Para mim esta é a função do juiz civil como do juiz penal”²¹.

Como se vê, por volta de 1920, Carnelutti definiu a jurisdição – assim como fez com todos os elementos de sua “Teoria Geral do Processo” – a partir do conceito de lide, vista neste contexto como um conflito de interesses regulado e composto pelo direito²².

A tese subjetivista carneluttiana sofreu inúmeras críticas, principalmente dos objetivistas²³ que questionaram de alguma forma o conceito de lide e, portanto, a possibilidade de se construir com base nele uma Teoria Geral do Processo.

²⁰ [trad. da autora] “I diversi scopi del processo, che furono fin qui considerati, si riassumano nella formazione di un comando, complementare o autonomo (supra n 47); per la composizione di una lite. Per la formazione di questo comando l’organo del processo spiega una attività essenzialmente conoscitiva, conosce la legge e la lite. Perciò queste varie specie di processo si ricomprendono in un genere che si chiama processo di cognizione. Perciò la funzione processuale rispetto a queste forme si chiama giudizio e giudice l’organo che la compie. Perciò il potere, che corrisponde a questa funzione, si chiama giurisdizione: in fatti il giudice, quando accerta la norma giuridica o quando pronuncia la sentenza dispositiva, ius dicit.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione**. Padova: Litotipo, 1920, v. II, p. 74 e 75).

²¹ [trad. da autora] CARNELUTTI, Francesco. **Sobre la “reformatio in peius”**. Estudios de derecho procesal, (trad. Santiago Sentís Melendo) Europa-América: Buenos Aires, v. II, 1952, p. 414-415. [Trad. do original: **Sulla la reformatio in pejus**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, v. II, p. 183-184, 1927].

²² Note-se que composição da lide figurava para Carnelutti como a eliminação da atitude que deflagra o exercício da pretensão ou daquela que se estabelece como resistência em relação a esta pretensão. Aqui é preciso distinguir os processos de conhecimento cuja lide têm origem na falta de uma ordem dirigida a resolver o conflito de interesses, daqueles em que a lide se fundava na incerteza de uma ordem já existente. Nos primeiros a composição se daria mediante a informação da ordem que faltava, ou seja, mediante a sentença dispositiva, porém, nos segundos tal composição deveria ser obtida mediante a integração de uma ordem (abstrata) já existente numa ordem concreta, ou melhor por meio de uma sentença de declaração de certeza. (CARNELUTTI, Francesco. **Función del proceso del trabajo**. Estudios de derecho procesal, (trad. Santiago Sentís Melendo) Buenos Aires: Europa-América, v. I, 1952, p. 222-223).

²³ “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que ‘prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes’.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 77.)

Chiovenda, na esteira de Wach, Büllow e Langheineken, foi um dos primeiros objetivistas que não acolheu a tese de que a lide estabelece a função jurisdicional. Segundo ele “em essência a concepção subjetiva do escopo processual confunde a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual com aquela remota vinculada ao possível resultado. Como que dissesse que a atividade que desempenha um pintor para compor um afresco tem para ele o escopo de adornar o templo”²⁴. Assim, estabeleceu que o critério distintivo da jurisdição em relação às outras atividades estatais é a coisa julgada, determinada pela vinculação e cogência provocadas pela atuação do órgão jurisdicional.²⁵

Aliás, já manifestava tal posicionamento em 1922, quando assinalava que “a decisão jurisdicional afirma a preexistente vontade da lei de que a prestação se realize e o direito à prestação se constitua, produz coisa julgada, é irrevogável, frente às partes e ao juiz”²⁶. Portanto, pode-se concluir que para o autor, jurisdição é o *poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma*

²⁴ [trad. da autora] CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 34.

²⁵ “Entre as três funções da soberania obrigamos uma separação conceitual, mais ou menos nítida, mas por vêzes difícil de determinar. Se é bem simples a contraposição entre função legislativa e judicial, porque àquela pertence *ditar* as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos (nº 1), e a esta *atuá-las* (nº 11), menos fácil se torna firmar um critério diferencial entre administração e jurisdição, tal que valha para todos os casos: porquanto a administração também se pode contrapor à legislação *como atuação de lei*. (...) A importância prática dessa diferenciação está em que a atividade administrativa e a atividade jurisdicional têm efeitos diversos (haja vista a coisa julgada, que é efeito característico e exclusivo da decisão judicial) (...)” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. (trad. J. Guimarães Menegale) São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II, p. 6-9).

²⁶ [trad. da autora: “...la decisión jurisdiccional afirma la preexistente voluntad de la ley de que la prestación se realice o el derecho a la prestación se constituya, produce la cosa juzgada, es irrevocable, frente a las partes y al juez.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. (trad. José Casáis y Santaló) Madrid: Reus, 1922, p. 348)]

*vinculante e cogente.*²⁷

No mesmo sentido se posicionou seu discípulo Calamandrei, objetivista que no final da década de 20 se dedicava ao estudo do processo civil inquisitório e que consigo levou grande parte dos penalistas, dentre eles Giulio Paoli que complementaria sua crítica questionando mais especificamente acerca da existência ou não da lide no processo penal²⁸.

Para Calamandrei, o pensamento de Carnelutti reduzia a jurisdição à decisão da lide, estabelecendo um retorno à doutrina e à prática do processo italiano medieval, que não via função jurisdicional para além das definições de controvérsias e que conseqüentemente elegia a contenciosidade como critério distintivo da jurisdição vera e própria.

Apesar de reconhecer a habilidade de Carnelutti para fazer a velha concepção medieval de jurisdição parecer uma teoria inteiramente nova, Calamandrei alertava que os critérios por ele utilizados para definir a função jurisdicional já se encontravam superados pela doutrina moderna.²⁹ Até porque a

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. (trad. J. Guimarães Menegale) São Paulo: Saraiva, 1965, vol. II, p. 11 e ss..

²⁸ PAOLI, Giulio. *La nozione di lite nel processo penale*. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 67 e 69, 1930

²⁹ “Da quanto ho detto finora, industriandomi di riassumere fedelmente nei suoi elementi più caratteristici il pensiero del C., appare come egli, riducendo la giurisdizione a pura decisione di liti, sia tornato alla vecchia concezione della dottrina e pratica del processo italiano medievale, che non vedeva funzione giurisdizionale se non là dove fosse definizione di controversie, e che coerentemente poneva nella contenziosità il criterio distintivo tra la giurisdizione vera e propria e la cosiddetta *iurisdictio* voluntaria. Tale concezione pareva superata dalla dottrina moderna; ma il Carnelutti nel riportarla in onore, ha saputo darle una così suggestiva inquadratura sistematica, da farla apparire come una teoria interamente nuova, degna di esser ripresa in attento esame.” (CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 06, 1928). [trad. da autora: “De tudo o que disse até agora, trabalhando-me para resumir fielmente nos seus elementos mais característicos o pensamento de C., tal como ele, reduzindo a jurisdição à pura decisão de lides, tenha retornado à velha concepção da doutrina e da prática do processo italiano medieval, que não via função jurisdicional se não lá onde fosse definição de controvérsia, e que coerentemente, colocava na

administração da justiça no moderno Estado de Direito reivindicava para a atividade jurisdicional um conteúdo mais amplo, capaz de expressar a sua vertente garantidora e controladora da aplicação da lei³⁰.

Calamandrei ressaltava, ainda, que no direito italiano existia um grande número de processos que não tinham como pressuposto necessário a existência de uma controvérsia e, portanto, não serviam à composição desta. Dentre os chamados processos sem lide, atentava especialmente para o processo civil inquisitório, que tinha por escopo a obtenção de uma sentença constitutiva cujo efeito jurídico não se poderia conseguir fora do processo, ainda que entre as partes não houvesse qualquer controvérsia ou conflito de interesse³¹.

contenciosidade o critério distintivo entre a jurisdição vera e própria e a dita *iurisdictio* voluntária. Tal concepção parecia superada pela doutrina moderna; mas Carnelutti ao colocá-la em destaque, soube dar-lhe, assim, uma sugestiva moldura sistemática, fazendo-a aparecer como uma teoria inteiramente nova, digna de ser retomada num cuidadoso exame.”].

³⁰ “Considerare oggi la giurisdizione come semplice definizione di controversie mi pare che sia rimpicciolirne la finalità. Non si nega che agli albori storici della civiltà possa rintracciarsi nell’arbitrato la prima origine della funzione giurisdizionale, inizialmente contenuta nei limiti di una interposizione di un terzo tra contendenti, al solo scopo di dirimire il conflitto individuale e di mantenere, col divieto dell’ autodifesa, la pace sociale: ma in luogo di questo intento della pacificazione sociale, che in origine basta a giustificare l’intervento della consociazione nelle liti dei consociati, lo Stato moderno ha posto, da quando al giudice è stato riservato l’ufficio di applicare a casi concreti norme giuridiche generale già formulate in astratto dal legislatore, un intento più alto, che é quello di garantire e controllare *a posteriori* nei casi concreti la osservanza della volontà dello Stato, già manifestata *a priori* nella legge. (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 07, 1928). [trad. da autora: “Considerar hoje a jurisdição como simples definição de controvérsias me parece que seja reduzir-lhe novamente a finalidade. Não se nega que aos alvares históricos da civilização se possa seguir no encalço da arbitragem como primeira origem da função jurisdicional, inicialmente contida nos limites de uma interposição de um terceiro entre os contendentes, ao único escopo de dirimir o conflito individual e de manter, com a proibição da auto-defesa, a paz social: mas no lugar desta tentativa de pacificação social, que na origem basta para justificar a intervenção reservada da co-associação na lide dos co-associados, o Estado moderno colocou, desde quando ao juiz se reservou o ofício de aplicar aos casos concretos normas jurídicas gerais já formuladas em abstrato pelo legislador, um intento mais alto, que é aquele de garantir e controlar *a posteriori* nos casos concretos a observância da vontade do Estado, já manifestada *a priori* na lei.”].

³¹ “Si può dunque parlare in questi casi di sentenza costitutiva *necessaria*, in quanto le parti non possono liberamente accordarsi per raggiungere contrattualmente quello stesso scopo che, se sussistono le condizioni stabilite dalla legge, possono conseguire attraverso la sentenza. In questi processi, come altrove ho cercato di chiarire il disaccordo tra le parti non è, come nel

Ou seja, o autor advertia que a concepção carneluttiana de jurisdição não dava conta da atividade jurisdicional exercida nos processos de ordem inquisitória e, conseqüentemente, não poderia servir como pilar de sustentação à astuciosamente arquitetada Teoria Geral do Direito Processual. Não por outro motivo, asseverou o perspicaz polemista: “Tenho novamente para mim que a teoria modernamente prevalente, de Wach a Chiovenda, que coloca na atuação do direito objetivo o escopo característico da função jurisdicional, seja idônea, melhor do que aquela que Carnelutti quis ressuscitar, colocando em evidência a natureza essencialmente publicística do processo nos ordenamentos jurídicos modernos, como instrumento para realizar em concreto a abstrata vontade do Estado.”³²

Todavia, Calamandrei não limitou a sua análise ao processo civil inquisitório e ousou estender ao processo penal a teoria chiovendiana,

processo a tipo dispositivo, il presupposto indispensabile della sentenza: può darsi che, anche qui, questo disaccordo ci sia fatto, nel senso che il convenuto abbia interesse contrario al conseguimento dell'effetto giuridico desiderato dall'attore; ma l'esserci o meno questo disaccordo di fatto non ha rilevanza giuridica in relazione alla funzione del giudice, giacchè la pronunzia di questo è ugualmente necessaria e si svolge con le stesse regole processuali anche quando le parti siano pienamente d'accordo sull'effetto da conseguire.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 13, 1928). [trad. da autora: “Pode-se, então, falar nestes casos de sentença constitutiva necessária, ao passo que as partes não podem livremente acordar para alcançar contratualmente aquele mesmo escopo que, se subsistentes as condições estabelecidas pela lei, podem conseguir por meio da sentença. Nesses processos, como outrora procurei esclarecer o desacordo entre as partes não é, como no processo de tipo dispositivo, o pressuposto indispensável da sentença: pode dar-se que, também aqui, o desacordo ocorra no sentido do réu ter interesse contrário à obtenção do efeito jurídico desejado pelo autor, mas a existência deste desacordo de fato não tem relevância jurídica em relação à função do juiz, já que a pronúncia deste é igualmente necessária e se desenvolve de acordo com as mesmas regras processuais de quando as partes concordam plenamente em relação ao efeito que se pretende.”]

³² [trad. da autora] “Ritengo perciò che la teoria modernamente prevalente, dal Wach al Chiovenda, che pone nell'attuazione del diritto obiettivo lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale, sia idonea, meglio di quella che il Carnelutti vorrebbe resuscitare, a mettere in evidenza la natura essenzialmente publicistica del processo nei moderni ordinamenti giuridici, come strumento per realizzare in concreto la astratta volontà dello Stato.”(CALAMANDREI,

ênfatizando que todas as observações sobre o exercício da jurisdição no processo civil inquisitório poderiam ser repetidas para o processo penal, até porque neste a inquisitorialidade é regra e não exceção.

Neste sentido, argumentou que “o processo penal, na realidade, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do crime e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes.”³³ Além disso, deixou claro que no “processo penal em espécie, como no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão que os interesses, ao regulamento dos quais é preordenado a necessária intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como parte no processo.”³⁴

Em suma, Calamandrei acreditava que mesmo nos casos em que não houvesse um conflito de interesses qualificado pelo direito, em que o fim principal não fosse a composição da lide, haveria o exercício da jurisdição e não mera atividade administrativa.

Carnelutti buscou de imediato se defender dos ataques de Calamandrei, abrindo uma longa e inesgotável polêmica com a publicação do texto *Lite e Funzione Processuale*³⁵.

Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 09, 1928).

³³ [trad. da autora] CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 16, 1928.

³⁴ [trad. da autora] CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 17, 1928.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lite e funzione processuale**. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, p. 21-37, 1928.

Inicialmente, o hábil processualista alegou que a definição de função jurisdicional adotada por Calamandrei não era capaz de diferenciá-la das demais funções estatais. Justificou que a atuação do direito no caso concreto não configurava o escopo da jurisdição, até porque ocorreria também no exercício das atividades legislativas e administrativas.

Afirmou, portanto, que “atuação do direito compreende precisamente aquele complexo de atividades que são necessárias, após a formação da norma jurídica, para exaurir a função de comando. Emissão de comando, logo; e também execução dos atos materiais. Os primeiros são aqueles que eu chamo de comandos complementares, os quais tendem, como disse no ponto precedente, a fazer funcionar a norma relativa a um único conflito de interesses. Os segundos são os atos necessários a realização do escopo da norma, independente da obediência. Atua, assim, o direito o juiz, que pronuncia a sentença, como o oficial judiciário que retira a coisa devida do devedor relutante. Mas o atua, do mesmo modo, o prefeito que concede o porte de arma ao oficial sanitário que isola um doente contagioso.”³⁶

³⁶ “Attuazione del diritto comprende appunto quel complesso di attività che sono necessarie, dopo la formazione della norma giuridica, per esaurirne la funzione di comando. Emissione di comandi, dunque; e anche compimento di atti materiali. I primi sono quelli che io chiamo i comandi complementari, i quali tendono, come ho detto al punto precedente, a far funzionare la norma rispetto a un singolo conflitto di interessi. I secondi sono gli atti necessari a realizzare lo scopo della norma, indipendentemente dall’obbedienza. Attua, così, diritto il giudice, che pronunzia la sentenza, come l’uffiziale giudiziario che toglie la cosa dovuta al debitore riluttante. Ma lo attua, nello stesso modo, il prefetto che concede il porto d’armi o l’uffiziale sanitario che segrega un malato contagioso. (CARNELUTTI Francesco. **Lite e funzione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 26-27, 1928). [trad. da autora: “Atuação do direito compreende exatamente aquele complexo de atividades que são necessárias após a formação da norma jurídica, para exaurir-lhe a função de comando. Emissões de comando, portanto; e também cumprimento dos atos materiais. Os primeiros são aqueles que eu chamo de comandos complementares, os quais tendem, como disse no ponto precedente, a fazer funcionar a norma referente a um único conflito de interesses. Os segundos são os atos necessários a realizar o escopo da norma, independentemente da obediência. Atua, assim, o

Num segundo momento, contra-atacou dizendo que uma definição mais precisa do conteúdo da atividade jurisdicional só seria obtida se respondida a questão: por que se atua o direito? Por certo, a resposta estruturada por Carnelutti procurava por um ponto final aos questionamentos de seu opositor e nada mais astuto do que tangenciar os problemas propostos pela crítica calamandriana reafirmando que a função processual ou jurisdicional atuava o direito para realizar a justa composição da lide. Ou seja, só evitando o enfrentamento das indagações relativas aos processos inquisitórios em que a função jurisdicional existiria independentemente de uma lide, Carnelutti conseguiu manter a salvo o arcabouço de sua Teoria Geral do Processo.

No rastro da crítica de Calamandrei, vieram os questionamentos de Giulio Paoli, registrados no texto *La nozione de lite nel processo penale*, publicado em 1930, na *Rivista di Diritto Processuale Civile*.

Giulio Paoli negava que a lide configurasse elemento caracterizador da função jurisdicional no processo penal, uma vez que se não poderia falar na existência certa de um conflito de interesses entre Ministério Público e imputado ou até entre imputado e parte lesada, como queria Carnelutti. Isto porque o Estado não tinha interesse na punição do imputado, mas do culpado, o que implicaria na possibilidade do Ministério Público pleitear a absolvição do imputado caso o considerasse inocente³⁷. Ademais, também não se poderia

direito o juiz, que pronuncia a sentença, bem como o oficial de justiça que devolve a coisa devida ao devedor relutante. Mas o atua, do mesmo modo, o prefeito que concede porte de arma ou o oficial sanitário que isola um doente contagioso.”]

³⁷ “L’interesse di una parte, nel processo civile, non si può mai identificare con l’interesse della parte in conflitto: e poichè, dunque, i due interessi rimangono sempre contrastanti è esatto dire che uno dei due dovrà dalla sentenza venir sacrificato. Ma nel processo penale non è così, perchè il p. m. ha bensì interesse alla condanna del colpevole, ma non alla condanna

garantir que o imputado e a parte lesada teriam sempre interesses contrastantes, pois a parte lesada poderia ter consentido com a conduta criminosa, como nos casos de mutilação voluntária ou, ainda, o imputado poderia desejar uma condenação “purificadora” e até ser perdoado pelo ofendido “caridoso”.

Aliás, levando em consideração tais situações em que o processo penal seria desenvolvido sem a existência de uma lide, Paoli estabeleceu que o escopo da atividade jurisdicional nada mais era do que “a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, declarada pelo juiz, tantas quantas vezes não seja a ele consentido perseguir outro escopo senão aquele de aplicar o direito ao fato, nem

dell'imputato: anzi, se l'imputato sia innocente, il p. m. ha interesse al suo proscioglimento; e in questa ipotesi quando il giudice proscioglie non sacrifica niente affatto l'interesse del p. m., e cioè dello Stato accusatore, ma lo adempie: inquantochè dei fronte all'imputato innocente lo Stato accusatore identifica il proprio interesse com l'interesse di costui. (...) Dimostrato pertanto come non possa esservi lite nel senso carneluttiano fra p. m. e imputato vediamo se possa esservi tra imputato e parte lesa. Qui il Carnelutti fa una scelta di esempi, che chiamerei volentieri una scelta ammaestrata; certo una scelta abilmente polemica. Egli parli, invero, di ladro e di derubato (Lite pag. 31). Dico subito che lite non v'è neppure col derubato: perchè egli non è soggetto nè del rapporto punitivo, nè dell'azione penale; perchè può essere stato immediatamente risarcito; perchè può avere completamente perdonato; perchè, insomma, il processo penale sussiste indipendentemente da ogni più ampia eliminazione di contrasto fra derubato e ladro; perchè, infine, l'imputato può non essere il ladro (e quindi non v'è lesione di interesse da lui compiuta) e il derubato può riconoscere che l'imputato non è il ladro (e quindi non v'è contestazione di sorta).” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 67 e 69, 1930). [trad. da autora: “O interesse de uma parte, no processo civil, não pode nunca se identificar com o interesse da parte em conflito: e uma vez, pois, que os interesses permanecem sempre contrastantes é correto dizer que um dos dois deverá ser sacrificado na sentença. Mas no processo penal não é assim, porque o MP tem, ao contrário, interesse na condenação do culpado, mas não na condenação do imputado: ao invés disso, se o imputado for inocente, o MP tem interesse em sua absolvição; e nessas hipóteses quando o juiz absolve não sacrifica em nada o interesse do MP, isto é, do Estado acusador, mas o realiza: enquanto que frente ao imputado inocente o Estado acusador identifica o seu próprio interesse com o interesse do imputado. (...) Demonstrado portanto como não pode haver lide no sentido carneluttiano entre MP e imputado vejamos se pode haver entre imputado e parte lesada. Aqui Carnelutti faz uma escolha por exemplos, que chamarei com boa vontade de uma escolha doutrinada; certamente uma escolha polêmica. Ele fala, na verdade, de ladrão e de roubado (Lite pag. 31). Digo subitamente que a lide não existe aqui nem com o roubado: porque ele não é sujeito nem da relação punitiva, nem da ação penal; porque pode ser imediatamente ressarcido; porque pode ser completamente perdoado; porque, em suma, o processo penal subsiste independentemente da eliminação do contraste entre roubado e ladrão; porque, enfim, o imputado pode não ser o ladrão (e conseqüentemente não há lesão por ele realizada) e o roubado pode reconhecer que o imputado não é o ladrão (e conseqüentemente não há a típica contestação).”]

de usar outro meio senão aquele do silogismo judiciário.”³⁸

Como se vê, Paoli adotava uma definição chiovendiana de jurisdição, porém refutava os critérios da secundariedade e da substituição elencados pelo mestre objetivista. Isto porque, segundo ele, não seria coerente afirmar que no processo penal o Estado substituirá o ofendido na aplicação da pena, pois função de aplicar a pena é originariamente de caráter estatal e tem seu exercício vedado de forma absoluta ao particular. Além disso, acreditava que a jurisdição deveria atuar o direito objetivo como um fim em si mesma, ou seja, o juiz deveria exercer a função jurisdicional não simplesmente de modo a declarar a vontade do legislador, mas de volitivamente praticar atos dentro dos limites estabelecidos pelo direito.

A resposta de Carnelutti às novas indagações também se restringiu a abordagens superficiais que buscavam atribuir a Paoli a confusão entre os sujeitos da relação material e da relação processual, distanciando-se assim da questão de fundo sobre a inexistência de um conflito de interesses no processo penal.

Alegou, portanto, que a jurisdição atuaria no processo penal para compor a lide existente entre imputado e parte lesada, sendo que ao Ministério Público caberia apenas a titularidade da ação. Esclareceu, ainda, que mesmo nos casos de mutilação, em que houvesse o consentimento da parte, não deixaria de ocorrer a lesão de um interesse protegido e conseqüentemente se estabeleceria a

³⁸ [trad. da autora] “(..) *giurisdizione è l'applicazione della norma astratta al caso concreto, dichiarata dal giudice, le quante volte non sia a lui consentito di perseguire altro scopo e non quello di applicare il diritto al fatto, nè di usare altro mezzo se non quello del sillogismo*”

lide entre imputado e parte lesada.

Em verdade, a admirável destreza de Carnelutti que lhe permitiu desviar a atenção de todos para longe das incoerências de sua Teoria Geral do Processo só viria sofrer seu grande golpe com a crítica de Francesco Invrea.

Invrea iniciava sua avaliação dizendo que a jurisdição no processo penal certamente não atuava para compor uma lide entre imputado e parte lesada, como queria Carnelutti³⁹, ou entre imputado e Ministério Público. Asseverava que a lide carneluttiana nada mais era do que um conflito de pretensões (vistas aqui como expressão da vontade de que o direito seja reconhecido pelo adversário⁴⁰) que não tinha lugar no processo penal, uma vez que se não poderia

giudiziario.” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 74, 1930)

³⁹ “Innanzi tutte se, come il Carnelutti sostiene, la lite nel processo penale esiste tra l'imputato e la parte lesa, e se la lite (che per il Carnelutti preesiste al processo) in tutte le definizioni di quel acutissimo scrittore implica necessariamente una pretesa (contrastata o non adempiuta), è chiaro che perchè la tesi del Carnelutti si regga nel processo penale, occorre che la parte lesa abbia avanzato (prima del processo) una pretesa contro l'imputato: altrimenti la lite tra la parte lesa e l'imputato non sussiste. Orbene questa pretesa può benissimo mancare, anzi di fatti manca in molti processi penali: quindi di questi processi non è presupposto la lite e la sentenza non compone lite alcuna tra l'imputato e la parte lesa.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 226, 1930). [trad. da autora: “Antes de mais nada, como Carnelutti sustenta, a lide no processo penal existe entre imputado e parte lesada, e se a lide (que para Carnelutti preexiste ao processo) em todas as definições daquele perspicaz escritor implica necessariamente uma pretensão (contrastada ou não satisfeita), fica claro porque a tese de Carnelutti se mantém no processo penal, ocorre que a parte lesada fez avançar (antes do processo) uma pretensão contra o imputado: de outro modo a lide entre parte lesada e imputado não subsiste. Ora, esta pretensão pode muito bem não existir, antes de faltar em muitos processos penais: portanto destes processos não é pressuposto a lide e a sentença não compõe lide alguma entre imputado e parte lesada.”]

⁴⁰ “In proposito non si deve dimenticare che pretesa è (come dice bene il Carnelutti sulle sue Lezioni, e come egli conferma implicitamente anche nella sua risposta al Paoli) l'affermazione del próprio diritto che una parte fa contro un'altra (quindi contro una persona determinata), bene inteso non como affermazione teorica, ma como espressione della volontà <<che il diritto sia riconosciuto dall'avversario>>.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 226, 1930). [trad. da autora: “A propósito não se deve esquecer que a pretensão é (como bem disse Carnelutti nas suas Lezioni, e como confirma implicitamente também na sua resposta a Paoli) a afirmação do próprio direito que uma parte faz contra uma outra (conseqüentemente contra uma pessoa determinada) tomada não como afirmação teórica, mas como expressão da vontade <<que o direito seja reconhecido pelo adversário>>.”]

identificar a existência de uma pretensão da parte lesada em relação ao imputado, ou vice-versa. Ademais, elucidava que a atuação jurisdicional no processo penal tinha por escopo acertar se o imputado deveria submeter-se a uma pena, sendo que esta pena teria um caráter essencialmente público dentro da perspectiva do direito moderno e não poderia ser objeto de pretensão do particular⁴¹. Inclusive, descartava definitivamente a existência de uma pretensão da parte lesada, quando afirmava que a única participação possível do particular no processo penal era como parte civil, ou seja, com uma pretensão de caráter civil e não penal.

Na seqüência de tal raciocínio, Invrea demarcava que a jurisdição tinha como elemento distintivo a coisa julgada e não a formação de um comando capaz de compor uma lide. Até porque a sentença de mérito não formava verdadeiramente um comando antes de transitada em julgada e, logicamente, não poderia se impor de forma a submeter as partes aos seus efeitos⁴². Assim,

⁴¹ “In secondo luogo non si deve dimenticare che il processo penale ha esclusivamente lo scopo di accertare se l'imputato debba sottostare alla pena; ora, dato il carattere pubblico della pena nel nostro diritto, è chiaro che la pena non può formare oggetto della pretesa del privato: il privato secondo la nostra legge può soltanto entrare nel processo penale come parte civile, ossia come parte del processo civile innestato al penale. E perciò nel processo penale come tale la parte lesa, anche quando chiede la condanna, non può efficacemente chiederla che con effetti civili, e quindi non può mai avanzare una pretesa di carattere penale. (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 227, 1930). [trad. da autora: “Em segundo lugar não se deve esquecer que o processo penal tem exclusivamente o escopo de acertar se o imputado deve submeter-se à pena; ora, dado o caráter público da pena no nosso direito, é claro que a pena não pode ser objeto de uma pretensão do particular: o particular segundo nossa lei pode somente entrar no processo penal como parte civil, ou seja como parte do processo civil inerente ao penal. E por essa razão no processo penal a parte lesada como tal, também quando pede a condenação, não pode efetivamente pedir senão no que se refere aos seus efeitos civis, e conseqüentemente jamais pode fazer avançar uma pretensão de caráter penal.”]

⁴² “La decisione giudiziale è pertanto imposizione di servitù, e come imposizione essa è atto di volontà da parte del giudice, volontà che è conseguenza del sillogismo giuridico, sillogismo che terminando con una conclusione imposta a una parte nettamente si distingue dal parere, in cui il sillogismo termina con una conclusione che non è imposta.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 232, 1930). [trad. da autora: “A decisão judicial é por esta razão a imposição da servidão, e como imposição é ato de vontade do juiz, vontade que é conseqüência do silogismo jurídico, silogismo que terminando

concluía magistralmente que o fim imediato do processo não era a composição ou acerto de um conflito, mas a decisão de mérito passada em julgado ou não mais sujeita aos remédios impugnativos e apta a impor às partes as obrigações dela decorrentes.

Carnelutti sentiu a agudeza da crítica de seu polemista e não deixou de observar: “Non voglio negare che il nuovo colpo, dall’Invrea, sia vibrato con molta accortezza. Egli ha compreso che elemento essenziale della lite è la pretesa...”⁴³

Apesar disso, continuou sustentando que no processo penal a jurisdição atuava para compor a lide existente entre o imputado e a parte lesada, mas acrescentou a ressalva de que na relação processual esta seria representada pelo Ministério Público, encarregado de deduzir a pretensão contra o imputado.

Sua resposta, evidentemente, não foi suficiente para satisfazer o aguçado espírito de Invrea, que se utilizou de uma tréplica para afirmar que seria bastante perigoso estabelecer uma relação de dependência entre o interesse da parte lesada e a atuação do Ministério Público, uma vez que no sistema processual italiano existiam os processos instaurados *ex-officio*, nos quais o Ministério Público só poderia comparecer para pedir a absolvição o que, supostamente, iria de encontro aos interesses da parte lesada.

Inobstante a precisão e eficácia da crítica de Invrea, o prestigioso

com uma conclusão imposta a uma parte claramente se distingue da opinião, na qual o silogismo termina com uma conclusão que não é imposta.”]

⁴³ [trad. da autora: “Não posso negar que o novo golpe, de Invrea, tenha vibrado com muita perspicácia. Ele compreendeu que o elemento essencial da lide é a pretensão...”] . CARNELUTTI, Francesco. *Ancora sulla lite nel processo penale*. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 245, 1930.

Carnelutti conseguiu por mais alguns anos manter protegida a sua Teoria Geral do Processo.

Só mais tarde esses ataques objetivistas seriam realmente decisivos para que Carnelutti reconhecesse o erro de suas primeiras posturas e admitisse que a lide não se tratava de um conceito capaz de fundar uma Teoria Geral do Processo, já que a sua aplicação não poderia ser irrestrita, principalmente no que tange ao processo penal⁴⁴. Foi então que refutou a contenciosidade como critério distintivo e passou a definir a jurisdição penal como a jurisdição que se manifesta no processo penal mediante a comprovação do delito e a aplicação da pena⁴⁵.

Entretanto, isso não bastou para que o conceito de lide fosse abandonado e muitos ainda continuaram e continuam sustentando-o enquanto elemento distintivo da atividade jurisdicional.

No que se refere à doutrina do processo penal, pode-se dizer que

⁴⁴ “Dessa forma, sem lide, o processo penal passa a ter por conteúdo um *affare* que, ‘no sentido puro da palavra, é qualquer coisa que se deve fazer (é *da fare* ou *a fare*) para a satisfação de um interesse: (...) e portanto também aquele do Ministério Público, que deve prover a punição dos culpados...” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 103). Nas palavras de Carnelutti, “o conteúdo do processo penal é antes um *affare* do que uma lide, não existindo razão para limitar o conteúdo de *affare*, na sua pureza, somente ao campo dos interesses econômicos; de resto a semelhança entre o processo penal e o processo de estado, em particular o processo de interdição e inabilitação, se vê a olho nu. Distingue-o do processo civil, também voluntário, a sua verdadeira função, que não é tão ligada a um conflito de interesses atual (lide) de reprimir ou de prevenir, quanto a uma possibilidade do homem modificar sua pena; aqui ao lado da analogia aflora a diferença entre o processo penal e o processo civil de interdição ou de inabilitação, uma vez que este último, como já se observou, visa verificar a incapacidade de um homem ao passo que o processo penal, verificada com o delito uma anomalia na estrutura moral de quem o cometeu, tende a eliminá-la.” (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 26).

⁴⁵ “...por tanto, la jurisdicción penal es la jurisdicción que se manifiesta en el proceso penal mediante la comprobación del delito y la aplicación de la pena... Lo que yo he llamado aquí hasta ahora poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar. Esta fórmula no es inexacta en su segundo miembro, esto es, en el atributo; cuando el *dicere ius* se refiere a la materia penal, naturalmente se resuelve en establecer la declaración de certeza del delito y en aplicar la pena...” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**.

“embora em boa parte sustentasse um conteúdo subjetivo para caracterizar a jurisdição (cuja função primeira era compor o conflito entre direitos subjetivos), nunca viu com bons olhos a posição de CARNELUTTI. (...) Desse modo, embora tenha mantido a terminologia e parte da estrutura carneluttiana, a doutrina do processo penal trata de enveredar por outros fundamentos. Já não é mais a lide no processo penal, mas a lide penal, isto é, um conflito imanente entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do imputado.”⁴⁶

Leone foi o grande articulador do conceito de lide penal, definindo-a como uma “uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente.(...) Lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja qualificado por uma pretensão e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente.”⁴⁷ Para o autor, “em consequência a jurisdição penal deve ser considerada o poder de resolver com decisão fundamentada o conflito entre o direito punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado em conformidade com a norma penal”⁴⁸. Esta noção de lide penal vai aportar no Brasil pelas mãos dos discípulos de Liebman,

(trad. Santiago Sentis Melendo) Buenos Aires: Bosh, v. II. 1950, p. 145 e 149) – tradução do original **Lezione sul processo penale**. Roma: Atenco, v. III. 1947).

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. XIV e XVI.

⁴⁷ [trad. da autora] LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 33-34.

⁴⁸ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Jovene, 1988, p. 135.

estendendo-se à maioria de nossos doutrinadores⁴⁹.

Todavia, é inegável que a noção de lide penal não supera as críticas feitas à lide carneluttiana, uma vez que presume um conflito de interesses que nem sempre está presente no processo penal, como por exemplo quando o acusado arrependido do cometimento do crime tem interesse em sua punição. Além disso, num sistema processual como o brasileiro, em que o conteúdo do processo pode ser disponível em alguns casos (naqueles cuja ação é de iniciativa privada) a lide penal cai por terra.

Apesar de tais argumentos, a noção de lide penal é ainda adotada nos dias de hoje. Entretanto, não se pode deixar de observar que as dúvidas a respeito da possibilidade de sua aplicação irrestrita a todos os casos condicionaram o pensamento dos atuais subjetivistas a ponto de determinar uma mudança de postura em relação ao conceito de jurisdição.

Pisapia é um exemplo deste condicionamento, uma vez aceita a lide penal, mas nega que seja elemento distintivo da atividade jurisdicional. Assim, afirma que “foram propostas inúmeras definições de jurisdição: mas a mais simples e expressiva é ainda aquela que atingindo a etimologia do termo (*jus dicere*), fã-la consistir no poder de declarar, com força vinculante, qual seja a vontade da lei em um determinado caso concreto, em que a lei tenha sido, ou

⁴⁹ Veja-se, por todos, MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 1, p. 11-13; LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n. 355, maio, p. 13, 1975; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1957, II, p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 11-12, e outros.

considere-se que tenha sido, violada”.⁵⁰

Outro posicionamento interessante é o de Galeno Lacerda, que busca uma solução de consenso, afirmando que a jurisdição “é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide; declarando e/ou realizando o direito no caso concreto.”⁵¹ Contudo, parece evidente que essa definição não põe fim às discussões, já que parte do conceito de lide que, como se demonstrou, é imprestável para ao processo penal.

Em verdade, a discussão entre objetivistas e subjetivistas ainda não chegou ao fim e os argumentos dessa luta hoje sofrem da falta de criatividade, já que não buscam propor novos conceitos.

Verifica-se, então, a necessidade de superação desse debate com a tomada de novas posições que mudem, em essência, a forma de se conceber o conteúdo do processo penal, assim como a jurisdição. Como bem lembra Bachelard, “antes de mais, é preciso tomar consciência do fato de que a experiência nova diz não a experiência antiga; se isso não acontecer, não se trata, evidentemente, de uma experiência nova. Mas este não nunca é definitivo para um espírito que sabe dialectizar os seus princípios, constituir em si novas espécies, enriquecer o seu corpo de explicação sem dar nenhum privilégio àquilo que seria um corpo de explicação natural preparado para explicar tudo.”⁵²

Franco Cordero é um dos juristas italianos que aponta nesta direção.

⁵⁰ [trad. da autora] PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1985, p. 3.

⁵¹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VIII, t. I, p. 12 e ss..

⁵² BACHELARD, Gaston. **A filosofia do não: filosofia do novo espírito científico**. (trad. Joaquim José Moura Ramos) 3. ed. Lisboa: Presença, 1984, p. 13.

Segundo o autor, “o processo penal serve a verificar se uma pessoa deve ser punida.”⁵³ Neste sentido, “a jurisdição é o veículo necessário para punir e, como detém o poder com exclusividade, não faz outro que constituir, quando condena, determinados deveres a serem cumpridos pelos órgãos aos quais toca a execução.”⁵⁴ Além disso, acrescenta que a atividade jurisdicional se diferencia da administrativa porque o seu ato final passa em julgado, tornando-se imutável.

No Brasil, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que se trata, “entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento. //Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.”⁵⁵

Como se vê, ambos conceituam de forma objetiva a jurisdição penal, sendo que as subjetividades ficam adstritas ao âmbito da colheita da prova, uma vez que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório.

Então, na direção dessa nova tendência da doutrina processual

⁵³ [trad. da autora] CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1985, p. 8

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 107.

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135. No mesmo sentido, ver ainda: GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.22 e ss.

penal, pode-se concluir que a conceituação mais adequada à jurisdição é aquela de ordem essencialmente objetiva, que dispensa o conceito de lide, incompatível com nosso processo penal de ordem inquisitória.

Em razão disto, adota-se o conceito chiovendiano de jurisdição, o qual é de ordem objetiva e estabelece a coisa julgada como critério distintivo da atividade jurisdicional.

1.3 A definição chiovendiana

Verificou-se que para Chiovenda a jurisdição é *o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente*.

É inegável que em tal conceito é de suma importância a noção de que jurisdição é, antes de tudo, poder.

Todavia, a maioria dos processualistas, inclusive dos professores de direito processual⁵⁶, ao analisar a jurisdição, pressupõe o que vem a ser esse

⁵⁶ Isto faz recordar uma célebre passagem da conferência proferida por Roberto Lyra Filho na UDF, em que assevera que os docentes conservadores dividem-se em três grupos: “os ceguinhos, que servem à dominação por burrice e ignorância; os catedr’áulicos, que a ela servem por safadeza; e os nefelibatas, que acabam fazendo a mesma coisa por viverem nas nuvens. Vocês os conhecem. O ceguinho é aquele que adota um compêndio do tipo Maluf, para ser decorado pelos alunos, e, nas aulas, disfarça a pobreza de espírito, repetindo um outro livro, não citado, que é a cola do mestre. Descubram este último, e ele está no papo. (...) Os catedr’áulicos me recordam aquele outro professor da época, que considerava comunista o Primeiro Ministro da Inglaterra e berrava, agitando os óculos no ar, como o Deputado Amaral Neto agita o revólver quando fala nas eleições diretas: ‘comigo é na lei, estão ouvindo? É no Código! E quem critica a lei, a ORDEM é CO-MU-NIS-TA!’ Ele tinha tanto medo de comunista que, à noite, mandava a esposa verificar o que estava debaixo da cama, com receio de que lá se ocultasse o sr. Luis Carlos Prestes, junto do penico. Mas há os nefelibatas, aqueles que conhecem mil leis, mil doutrinas, mas nem suspeitam o que elas representam, como projeção de circunstâncias, classes, grupos, povos em lutas, no mundo real e material.” (LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?*. Brasília: Nair, 1984, p. 23-24).

poder, ignorando o que está na essência da atividade jurisdicional.

Aliás, é inevitável observar que essa postura, de acordo com o pensamento de Plauto Faraco de Azevedo, é fruto da “cisão artificialmente operada no discurso jurídico, em nome da ‘ciência jurídica’, de onde derivam profundas conseqüências para a concepção do direito (...). Consiste ela em compartimentar o conhecimento do direito, dividindo-o em duas partes estanques, uma lógica, ocupando-se da ‘ciência das normas’, e, outra, axiológica, a que incumbiria o trato dos valores tanto subjacentes quanto buscados pela ordem jurídica. (...) Destas duas partes, em que assim se fraciona o direito, ressalta, ademais, a importância primordial da primeira, figurando a segunda como seu ornamento, a ser especulado por quem tiver o lazer para cultivar os ‘jogos do espírito’.”⁵⁷

Entretanto, estuda-se com Plauto que “a cisão do discurso jurídico é em verdade efeito de uma concepção do direito, de seu ensino e de sua investigação, que, em nome da ‘neutralidade científica’ - diga-se da acomodação ao poder dominante, seja ele qual for -, vira as costas para a história e para os interesses e valores que reclamam tomadas de posição, opções, engajamentos e não uma neutralidade que não existe e nem é desse mundo.”⁵⁸

Por este motivo é preciso superar essa cisão do discurso jurídico e compreender a jurisdição enquanto um poder.

Franco Cordero é um dos processualistas contemporâneos que

⁵⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 17-18.

⁵⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 21-22.

aponta nesta tendência, estabelecendo que todo poder jurídico pode ser definido enquanto uma potência jurídica. Neste sentido, a jurisdição pode ser conceituada como potência jurídica de praticar-se atos processuais que, em sendo sentenças e esgotadas as vias impugnativas, ganham estabilidade pela imutabilidade que os atinge, como qualidade de seus efeitos, ou seja, fazem coisa julgada⁵⁹.

Apesar da clareza deste conceito, parece quase inevitável questionar qual a origem e a natureza desse poder jurídico, dessa potência jurídica.

Chiovenda esclarece que “a soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas êsse poder único insere três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental* (ou administrativa) e a *jurisdicional*.// Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.”⁶⁰

Como se vê, Chiovenda estabelece que a jurisdição é uma das faces do *ius imperii* estatal.

De acordo com a tese contratualista, esse *ius imperii* nada mais é do que a soberania do Estado, que surge, segundo Hobbes, com a passagem do

⁵⁹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 16 e 17.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. (J. Guimarães Menegale) São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II, p. 5.

estado de natureza à sociedade civil, a qual “se dá por meio de um contrato social, pelo qual os indivíduos renunciam à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas e concordam em transferir a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis, tornando-se autoridade política.”⁶¹ Sendo que o “fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza...”⁶²

Esta é a visão tradicional do poder, é o discurso do contrato, que estabelece um poder único global que se manifesta através de uma relação binária entre soberano e súditos, dominantes e dominados.

A par da importância histórica do discurso da soberania, não se pode ignorar que se tornou inábil para dar conta do fenômeno do poder, principalmente em razão da crise que maltrata o Estado Moderno e suas instituições. Portanto, é preciso lançar mão de novas teses para estudar o fenômeno do poder, o que por certo só será possível a partir de um estudo transdisciplinar.

⁶¹ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 400.

⁶² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Abril, 1983, p. 103.

II. PODER

II.1 A microfísica de Michel Foucault

Para que se possa ter uma correta compreensão do que vem a ser o poder e de que maneira ele é exercido na sociedade, é imprescindível o estudo da teoria foucaultiana acerca da microfísica do poder.

Ao contrário das teorias macroscópicas⁶³, como o marxismo⁶⁴ e o liberalismo, que consideram o poder como situado e exercido no lugar específico

⁶³ “Não vejo quem - na direita ou na esquerda - poderia ter colocado este problema do poder. Pela direita, estava somente colocado em termos de constituição, de soberania, etc..., portanto em termos jurídicos; e, pelo marxismo em termos de aparelho do Estado. Ninguém se preocupava com a forma como ele se exercia concretamente e em detalhe, com sua especificidade, suas técnicas suas táticas. Contentava-se em denunciá-lo no ‘outro’, no adversário, de uma maneira ao mesmo tempo polêmica e global: o poder do socialismo soviético era chamado por seus adversários de totalitarismo; no capitalismo ocidental, era denunciado pelos marxistas como dominação de classe; mas a mecânica do poder nunca era analisada.” (FOUCAULT, Michel. **Verdade e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 6).

⁶⁴ “<<Le relations de pouvoir ne sont pas en position d’exteriorité à l’égard d’autres types de rapports... [elles] ne sont pas en position de superstructure... elles ont là où elles jouent un rôle directement producteur>>. A ce qu’il y a encore de pyramidal dans l’image marxiste, la micro-analyse fonctionnelle substitue une stricte immanence où les foyers de pouvoir et les techniques disciplinaires forment autant de segments qui s’articulent les uns aux autres, et par lesquels les individus d’une masse passent ou demeurent, corps et âmes (famille, école, caserne, usine, au besoin prison). <Le> pouvoir a pour caractères l’immanence de son champ, sans unification transcendante, la continuité de sa ligne, sans centralization globale, la contiguïté de ses segments sans totalisation distincte: espace sériel.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique. Paris: Minuit, 1986, p. 36-37). [trad. br: “<<As relações de poder não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outros tipos de relações... a posição (delas) não é a de superestrutura... elas possuem, onde agem, um papel diretamente produtor>>. O que ainda há de piramidal na imagem marxista é substituído na microanálise funcional por uma estreita imanência na qual os focos de poder e as técnicas disciplinares formam um número equivalente de segmentos que se articulam uns sobre os outros e através dos quais os indivíduos de uma massa passam ou permanecem, corpos e almas (família, escola, quartel, fábrica e, se necessário prisão). ‘O’ poder tem como características a imanência de seu campo, sem unificação transcendente, a continuidade de sua linha, sem uma centralização global, a continuidade de seus segmentos sem totalização distinta: espaço serial.” **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 36]

do Estado, a microfísica realiza uma análise do poder que se distribui nas profusas relações de força existentes na sociedade, as quais perpassam inclusive os aparelhos estatais⁶⁵.

Ademais, trata-se também de um estudo que procura escapar dos desgastados procedimentos do pensamento político, em que o poder é pensado juridicamente, tomado como um direito do qual se é possuidor e que, conseqüentemente, pode ser transferido ou alienado mediante um ato jurídico⁶⁶.

Em verdade, a microfísica tem por objetivo libertar a análise do poder do elemento da soberania, da unidade, ressaltando a importância das relações e dos operadores de dominação. Assim, ao invés de fazer derivar em soberania os poderes⁶⁷, utiliza o método inverso, ou seja, busca apreender, histórica e empiricamente, das relações de poder, os mecanismos que operam a

⁶⁵ “Bref, au fonctionnalisme de Foucault répond une topologie moderne qui n’assigne plus un lieu privilégié comme source du pouvoir, et ne peut plus accepter de localisation ponctuelle (il y a là une conception de l’espace social aussi nouvelle que celle des espaces physiques et mathématiques actuels, comme pour la continuité tout à l’heure). On remarquera que <<local>> a deux sens très différents: le pouvoir est local parce qu’il n’est jamais global, mais il n’est pas local ou localisable parce qu’il est diffus.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 34). [trad. br: “Em suma, o funcionalismo de Foucault corresponde a uma topologia moderna que não assinala mais um lugar privilegiado como fonte de poder não pode mais acertar a localização pontual (existe aí uma concepção de espaço social tão nova quanto a dos espaços físicos e matemáticos atuais, como, recentemente, em relação à continuidade). Notar-se-á que ‘local’ tem dois sentidos bem diferentes: o poder é local porque nunca é global, mas ele não é local nem localizável porque é difuso.” **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 36].

⁶⁶ “Nesta comunicação procuramos escapar a certos procedimentos do pensamento político, onde o poder é pensado a partir de parâmetros jurídicos, isto é, como um direito do qual se é possuidor – como se fosse um bem – e que em consequência poderia ser transferido ou alienado total ou parcialmente mediante um ato jurídico ou fundador, que seria da ordem da coesão ou do contrato.” (ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. **Genealogia e política**. Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault, (org. Renato Janine Ribeiro) São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 210).

⁶⁷ Vistos pela teoria da soberania como capacidades, potências e possibilidades.

dominação⁶⁸.

Por evidente, isso não significa que “não há, ou que não se pode atingir nem descrever os grandes aparelhos do poder. Mas eu creio que estes funcionam sempre sobre a base desses dispositivos de dominação.”⁶⁹

Então, nesta perspectiva, pode-se dizer que o poder “não tem lugar próprio, não tem fundamento natural ou ético, não é potência de classes, não é privilégio de elites; ele se pratica de muitas maneiras, está disseminado, está em todos os lugares ou pontos das lutas incessantes que se dão nos universos sócio históricos: daí a razão de ser do termo ‘microfísica do poder’.”⁷⁰

Em face disso e de acordo com os fundamentos da microfísica, o poder não pode ser definido ou determinado, uma vez que se não trata de algo que pode ser apropriado, adquirido, subtraído ou dividido, não se trata de algo que se possa guardar ou ainda deixar escapar. Como bem ressalta Roberto Machado, no início da tradução brasileira da obra *Microfísica do Poder*, “o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado, ou exclusivo, mas que se dissemina por toda estrutura social.”⁷¹

Assim, o poder não pode ser considerado uma estrutura, uma

⁶⁸ “Portanto, não perguntar aos sujeitos como, por quê, em nome de que direito eles podem aceitar deixar-se sujeitar, mas mostrar como são as relações de sujeição efetivas que fabricam os sujeitos.” (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 51)

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 51.

⁷⁰ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 28.

⁷¹ MACHADO, Roberto. **Introdução: por uma genealogia do poder**. Microfísica do poder, (org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. XIV.

instituição ou uma capacidade, sua forma não é a da lei, da regra, mas a do jogo⁷². Portanto, deve ser compreendido enquanto *uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada*⁷³.

Como se vê, a microfísica se preocupa com o poder que se manifesta nas várias e heterogêneas práticas e estratégias sociais, um poder pensado no plural, enquanto verdadeiros jogos.

Então, segundo Foucault, todos se encontram, de alguma forma, situados nesses jogos existentes nos corpos sociais. Portanto, torna-se “impossível, nesta concepção, pensar um lado de dentro e um lado de fora do poder. Todos os jogos estão, diferencialmente, é claro, comprometidos nas regras e estratégias em ação na configuração social da qual fazem parte.”⁷⁴

Não por outro motivo, é possível pensar o poder enquanto imanência, metaforicamente, enquanto uma rede de jogos ou relações que se tece na sua própria textura, de forma indefinida.

Tal metáfora particularmente expressa que o poder se constitui nas práticas sociais e, ao mesmo tempo, constitui as individualidades⁷⁵ envolvidas em

⁷² “Isso significa que o poder não tem identidade. Não poderíamos localizar sua figura em instituições, em ‘aparelhos’, que sujeitariam os cidadãos a um Estado. Ele não é uno, sempre idêntico a si mesmo, mas efeito de uma multiplicidade de correlações de forças imanentes ao campo em que se exercem, e constitutivas desse campo. Por outro lado, ele não é uma estrutura, isto é, sua forma não é a da lei, da regra, mas a do jogo: através de lutas, afrontamentos, tenho transformação, inversão ou reforço da correlação de forças.” (ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. **Genealogia e política**. Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault, (org. Renato Janine Ribeiro) São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 210).

⁷³ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 89 e ss..

⁷⁴ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 29.

⁷⁵ Foucault é contra a idéia de unidade do sujeito. Os sujeitos, “devem ser considerados como fazendo parte de séries descontínuas, jamais como individualidades puras. Estas séries descontínuas tornam o sujeito mesmo uma pluralidade, e o dispersam ‘em uma pluralidade de

tais práticas. Ou seja, o poder constrói as individualidades, objetivando funções e finalidades para os homens situados estrategicamente na sua rede.

É preciso ressaltar, ainda, que o poder mantém estrita relação com o saber, o que, por certo, está no cerne da teoria foucaultiana.

Esta relação não é simples ou externa, o saber e o poder se encontram auto-implicados, uma vez que no interior da própria formação e organização discursiva do saber se encontra a dimensão da prática caracterizadora do poder. Desta forma, pode-se dizer que não há relação de poder sem constituição de um campo de saber e que todo saber constitui novas relações de poder.

Sintetizando, tem-se que os “saberes não são elaborações intelectuais relativamente independentes das práticas materiais; são, isto sim, acontecimentos, e, enquanto tais, da ordem da materialidade. (...) Os discursos, na analítica do poder, só podem ser admitidos enquanto uma pluralidade correlata de jogos de poder: a multiplicidade de posições na trama dos poderes implica em formações discursivas correspondentes.”⁷⁶

Os arranjos estratégicos na trama das relações de poder, através de múltiplas coerções, determinam a organização discursiva dos saberes através de técnicas, estilos e modalidades de ordenação, nas diversas configurações sociais e em todos os momentos históricos.

posições e funções’.” (BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 32).

⁷⁶ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 33.

Tal organização é que imprimirá ao discurso efeitos de verdade⁷⁷, isto é, que tornará o discurso verdadeiro. Deve-se ter em mente que cada sociedade tem o seu “regime de verdade”, ou seja, os mecanismos, os procedimentos e o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funcionará ou qual o discurso que funcionará como verdadeiro.

Assim, os discursos se sucedem e se alternam como discursos verdadeiros, já que a temporariedade dos arranjos estratégicos das relações de poder determina a provisoriedade dos procedimentos que gravam o discurso com os efeitos de verdade. Há, portanto, uma constante luta das práticas discursivas pela verdade, pela hegemonia de um determinado discurso.

Em nossas sociedades, por exemplo, “a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas

⁷⁷ A verdade deve ser compreendida enquanto o “conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso, e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder.” (FOUCAULT, Michel. **Verdade e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 13).

ideológicas).”⁷⁸⁷⁹

Assim, é possível concluir que o poder, em princípio, não limita, mas produz, impele a produzir verdade. Ao contrário do que se afirma desde Maquiavel, o poder não é só força e dominação. É preciso admitir que essa é uma “visão negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo e, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.”⁸⁰

A idéia do poder enquanto limitador, disciplinador surge somente num segundo momento, quando se tem o jogo das violências sociais e históricas, quando a partir das emergências sociais constitui-se um determinado arranjo

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Verdade e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 13.

⁷⁹ “El origen de la reflexión proviene, dice Foucault, de su duda en relación a los saltos que han dado las ciencias empíricas y que no correspondían a los esquemas continuistas que se habían manejado anteriormente. Nombra, por ejemplo, el caso de la medicina en la que observa que no es sólo un cambio en los descubrimientos hechos sino en la forma de hablar o de ver la realidad. Es un nuevo ‘discurso’ del saber. Y se pregunta por qué en ciertos momentos existen estos ‘despegues’. La respuesta es que hay una modificación en las reglas de formación de los enunciados, es decir, existe un cambio en la mentalidad de los mismos científicos que consideran ahora verdadero lo que anteriormente no parecía tal. Lo que interesa no es tanto si se alcanza o no objetivamente la verdad, sino las reglas que rigen la elaboración de las proposiciones. El problema es político y se refiere a la política de los enunciados científicos. Tocamos así el meollo de la cuestión: existe un régimen interior del poder y en ciertos momentos este régimen cambia.” (PARENT, Juan. **El poder en Michel Foucault**. Revista de Filosofía, México, a. XVIII, n. 52, jan.-abr., p. 102-103, 1985.)

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Verdade e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 8.

estratégico temporário do jogo de força capaz de instituir a diferenciação entre dominados e dominadores.

Só neste momento é que se pode pensar em descrever as técnicas e estratégias que fazem com que certas práticas, instituições ou grupos exerçam, em certos momentos, hegemonia e poder sobre os outros.

Aliás, na presente investigação ganha importância a descrição das técnicas e estratégias que fazem com que certas práticas jurídicas, tal como a jurisdição, exerçam sua hegemonia em determinados momentos históricos.

II.2 As práticas judiciárias

Segundo Foucault, “as práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira que se impõe a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares [*dentre elas destaca-se a jurisdição que é objeto deste trabalho*], é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser

estudadas.”⁸¹

A partir de uma análise histórica das referidas práticas judiciárias, pode-se dizer que, na Idade Média, o pensamento jurídico se elaborou em torno do poder régio. Foi para o rei que o edifício jurídico de nossa sociedade foi elaborado. Sejam os juristas servidores do rei ou seus adversários, é sempre do poder régio que trata o saber jurídico. A jurisdição, portanto, não passava de uma das faces do poder régio (ou do poder estatal, no período pré-revolucionário).

Neste sentido, o direito, e conseqüentemente a jurisdição, serviam para legitimar o poder, mostrando ora que o poder real era exercido de acordo com os seus ditames, ora que devia ter seu exercício limitado.

As penas, segundo Foucault, eram aplicadas para “expor, marcar, ferir, amputar, fazer uma cicatriz, aplicar um sinal sobre o rosto ou sobre o ombro, impor uma diminuição artificial e visível, supliciar, em suma apropriar-se do corpo e nele inscrever as marcas do poder [régio].”⁸²

Isso implica em dizer que toda a teoria do direito se organizava em torno da soberania, eliminando qualquer abordagem a respeito da dominação e de suas conseqüências.

Esta teoria da soberania, em verdade, desempenhou quatro papéis: (i) referiu-se a um mecanismo de poder efetivo que era a monarquia feudal, (ii) foi instrumento para a constituição das grandes monarquias administrativas,

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as forma jurídicas**. (trad. J. W. Prado Jr) Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 11.

⁸² FOUCAULT, Michel. **A Sociedade punitiva**. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982), (trad. Andréa Daher e Roberto Machado) Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 27. [trad. do original: **La société punitive**. Dits et Écrits, (org. Daniel Defert et François Ewald) Paris: Gallimard, v. 2, 1994, p. 456].

justificando-as, (iii) no momento das guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, serviu tanto para limitar quanto para fortalecer o poder real, (iv) no século XVIII, no período pré-revolucionário, é essencial a construção de um modelo parlamentar contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas.

Todavia, nos séculos XVII e XVIII surge uma nova mecânica de poder, incompatível com as relações de soberania e que incide primeiro sobre os corpos e sobre o que eles fazem.

De acordo com esta nova mecânica, o poder não mais se concentra na figura de um soberano, mas pressupõe uma trama de coerções materiais e contínua vigilância.

Trata-se de um poder disciplinar, que estabelece uma nova economia de poder, fundada no princípio de que se deve ao mesmo tempo fazer com que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita. Caracteriza-se, principalmente, “como um modo de organizar o espaço, de controlar o tempo, de vigiar e registrar continuamente o indivíduo e sua conduta, a sociedade disciplinar deu lugar ao nascimento de determinados saberes (os das chamadas ciências humanas), onde o modelo prioritário de estabelecimento da verdade é o ‘exame’; pelo ‘exame’, instaura-se, igualmente, um modo de poder onde a sujeição não se faz apenas na forma negativa da repressão, mas sobretudo, ao modo mais sutil do adestramento, da produção positiva de comportamentos que definem o ‘indivíduo’ ou o que deve dele ser segundo o padrão da normalidade.”⁸³

⁸³ MUCHAIL, Salma Tannus. **O lugar das instituições na sociedade disciplinar**. Recordar Foucault, (org. Renato Ribeiro) São Paulo, Brasiliense, p. 198-199, 1986.

Ou seja, surge aquilo que Foucault chamou de sociedade panóptica⁸⁴, em que o poder opera um enquadramento de todo o campo social, como um diagrama, e se exerce sobre os corpos, controlando-os, vigiando-os, impondo-lhes condutas.

Indispensável para a implantação do capitalismo industrial, o poder disciplinar não afastou ou destruiu por completo a teoria da soberania. Ao contrário disso, o poder disciplinar, ou mais especificamente, as coerções disciplinares apropriaram-se de tal teoria para exercer dominação, sob a máscara de exercício efetivo e legítimo do poder.

A teoria da soberania, portanto, continuou a organizar os códigos jurídicos que a Europa elaborou ao longo do século XIX, com base nos códigos napoleônicos. Em resumo, “os sistemas jurídicos, sejam teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação de um

⁸⁴ “Em seguida, estudando os problemas da penalidade, me dei conta de que todos os grandes projetos de reorganização das prisões (que, além disso, datam de um pouco mais tarde, da primeira metade do século XIX) retomavam o mesmo tema, mas já foi sob a influência, quase sempre explicitada, de Bentham. Eram poucos os textos, os projetos referentes às prisões em que o ‘troço’ de Bentham não se encontrasse. Ou seja, o ‘panopticon’. O princípio é: na periferia, uma construção em anel; no centro uma torre: esta possui grandes janelas que se abrem para a parte interior do anel. A construção periférica é dividida em celas, cada uma ocupando toda a largura da construção. Estas celas têm duas janelas: uma abrindo-se para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra dando para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de um lado a outro. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancafiar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um estudante. Devido ao efeito de contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se na luminosidade, as pequenas silhuetas prisioneiras nas celas da periferia. Em suma, inverte-se o princípio da masmorra; a luz e o olhar de um vigia captam melhor que o escuro que, no fundo, protegia. (...) E, na verdade, é aquilo que os médicos, os penalistas, os industriais, os educadores procuravam que Bentham lhes propõe: ele descobriu uma tecnologia de poder própria para resolver os problemas de vigilância. Algo importante a ser assinalado: Bentham pensou e disse que seu sistema ótico era a grande inovação que permitia exercer bem e facilmente o poder. Na verdade, ela foi amplamente utilizada depois do final do século XVIII. Mas os procedimentos de poder colocados em prática nas sociedades modernas são bem mais numerosos, diversos e ricos. Seria falso dizer que o princípio da visibilidade comanda toda a tecnologia do poder desde o século XIX.” (FOUCAULT, Michel. **O olho do poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 210-211).

direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos de coerção disciplinar.”⁸⁵

Assim, construiu-se o modelo que se tem nas sociedades a partir do século XIX até os nossos dias: de um lado a legislação, o discurso e a organização do direito público fundada no princípio da soberania do corpo social e da delegação da soberania de cada indivíduo ao Estado⁸⁶, de outro lado uma trama de múltiplas coerções disciplinares que garante a coesão desse mesmo corpo social⁸⁷

Então, é entre esses dois limites, direito da soberania e mecânica da disciplina, que se exerce o poder, inclusive o poder jurisdicional.

Como exemplo dessa tensão entre soberania e disciplina no exercício do poder, mais especificamente, no exercício da jurisdição, podem ser

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

⁸⁶ “Mais ce qui est commun aux republics e aux monarchies occidentales, c’est d’avoir érigé l’entité de la Loi en principe supposé du pouvoir, pour se donner une représentation juridique homogène: le <<modèle juridique>> est venu recouvrir la carte stratégique. La carte des illégalismes, pourtant, continue à travailler sous le modèle de légalité. Et Foucault montre que la loi n’est pas plus un état de apix que le résultat d’une guerre gagnée: elle est la guerre elle-même, et la stratégie de certte guerre en acte, exactement comme le pouvoir n’est pas une propriété acquise de la classe dominante, mais un exercice actuel de sa stratégie.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 37-38). [trad. br: “Mas o que é comum às repúblicas e às monarquias ocidentais é terem erigido a entidade da Lei como suposto princípio do poder, para obterem uma representação jurídica homogênea: o ‘modelo jurídico’ veio recobrir o mapa estratégico. O mapa dos ilegalismos, entretanto, continua a trabalhar sob o modelo da legalidade. E Foucault mostra que a lei não é nem um estado de paz nem o resultado de uma guerra ganha: ela é a própria guerra e a estratégia dessa guerra em ato, exatamente como o poder não é uma propriedade adquirida pela classe dominante, mas um exercício atual de sua estratégia.” **Foucault**. Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 40].

⁸⁷ “As disciplinas operacionalizam, já dissemos, uma tecnologia de poder do detalhe, presente tanto nas relações de produção como no Estado, e a lei, enquanto encarnação da vontade geral (expressão da soberania do povo-nação), cimenta a nação ao mesmo tempo em que oculta o seu fracionamento, favorecendo as bases jurídicas necessárias para que esta atomização possa acontecer.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 206).

citadas as novas penas alternativas. Tem-se, atualmente, no processo penal, que o juiz, ao exercer o seu poder jurisdicional, pode condenar o acusado a prestar serviços alternativos, a realizar determinado trabalho, impondo-lhe também um comparecimento periódico perante a sua pessoa. Ora, parece evidente que o magistrado, apesar de atuar de acordo com os ditames do Código de Processo Penal, ainda centrado na soberania, não deixa de exercer uma coerção disciplinar sobre o acusado, apropriando-se do seu trabalho, vigiando-o continuamente.

Blanchot descreve perfeitamente esta situação quando menciona que “o século XVIII parece dar-nos o gosto de novas liberdades – e isso é excelente. Todavia, o fundamento dessas liberdades, o seu <<subsolo>> (diz Foucault), não muda, pois continua a residir numa sociedade disciplinar cujos poderes de controle se dissimulam ao mesmo tempo em que se multiplicam. Somos cada vez mais subjugados. Dessa *sujeição*, agora, em vez de grosseira, delicada, extraímos a conseqüência gloriosa de sermos *sujeitos* e sujeitos livres, capazes de transformar em saberes os modos mais variados de um poder mentiroso, na medida em que devemos esquecer doravante a sua transcendência, substituindo à lei de origem divina as regras diversas e os procedimentos razoáveis que, quando nos tivermos cansado deles, nos hão-de-parecer resultados de uma burocracia, sem dúvida humana, mas monstruosa (não esqueçamos que Kafka, que parece descrever as formas mais cruéis de burocracia, se inclina também diante dela vendo-a com a estranheza de uma força mística, só que um tanto abastardada).”⁸⁸

⁸⁸ BLANCHOT, Maurice. **Foucault como o imaginário**. (trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria) Lisboa: Relógio d'Água, s/d, p. 46. Além disso, o controle disciplinar se avoluma

Em princípio tudo isso parece tão perverso e inevitável, que a primeira reação é a tentativa de um retorno à teoria do direito fundada na soberania para lutar contra este poder disciplinar. Entretanto, Foucault alerta que “para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir, seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania.”⁸⁹

Para isso, antes de mais nada, é preciso construir uma nova teoria do direito que desça às ínfimas e capilares relações de poder que funcionam no corpo social (entre os súditos), analisando a dominação, as múltiplas sujeições exercidas pelo discurso jurídico, através das práticas judiciárias. Nas palavras de Foucault, “em vez de tentar saber onde e como o direito de punir se fundamenta na soberania tal como esta é apresentada pela teoria do direito monárquico ou do direito democrático, procurei examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trate do suplício, do encarceramento, no âmbito ao mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição.”⁹⁰

quando se trata de conter as classes oprimidas. Como ressalta Luiz Alberto Machado, “forçoso é reconhecer que quanto mais se desce na escala da sociedade, mais as redes da malha fina da tipificação penal apertam-se, afinam-se, de forma a impedir que os ‘desviantes’ da outra sociedade, da classe baixa e da classe marginal, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles do colarinho branco (ou da gravata preta), isto é, das classes alta e média.” (MACHADO, Luiz Alberto. **A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre: Síntese, v.b333, 2000, p. 87)

⁸⁹FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47.

⁹⁰FOUCAULT, Michel. **Genealogia e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 182.

Somente traçando os mapas do diagrama do poder será possível identificar os pontos relativamente livres ou desligados, os pontos de criatividade, de mutação, de resistência⁹¹ para compreender o conjunto e poder modificar os arranjos do jogo estratégico (redimensionar). De acordo com Foucault, “é certamente a codificação estratégica desses pontos de resistência que torna possível uma revolução...”⁹²

Como ressalta Deleuze, ao realizar seu estudo sobre o pensamento foucaultiano, é “a partir das ‘lutas’ de cada época, do estilo das lutas, que se pode compreender a sucessão de diagramas ou seu re-encadeamento como se curva a linha do lado de fora de que falava Melville, sem começo nem fim, linha

⁹¹ Segundo Michel Foucault, “lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder. Deve-se afirmar que estamos necessariamente “no” poder, que dele não se “escapa”, que não existe, relativamente a ele, exterior absoluto, por estarmos inelutavelmente submetidos à lei? Ou que, sendo a história ardil da razão, o poder seria o ardil da história – aquele que sempre ganha? Isso equivaleria a desconhecer o caráter estritamente relacional das correlações de poder. Elas não podem existir senão em função de uma multiplicidade de pontos de resistência que representam, nas relações de poder, o papel de adversário, de alvo, de apoio, de saliência que permite a apreensão. Esses pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder. Portanto, não existe, com respeito ao poder, um lugar da grade Recusa – alma da revolta, foco de todas as rebeliões, lei pura do revolucionário. Mas sim resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder. Mas isso não quer dizer que sejam apenas subproduto das mesmas, sua marca em negativo, formando, por oposição à dominação essencial, um reverso inteiramente passivo, fadado à infinita derrota. As resistências não se reduzem a uns poucos princípios heterogêneos; mas não é por isso que sejam ilusão, ou promessa necessariamente desrespeitada. Elas são outro termo nas relações de poder; inscrevem-se nestas relações como interlocutor irredutível. Também são, portanto, distribuídas de modo irregular: os pontos, os nós, os focos de resistência disseminam-se com mais ou menos densidade no tempo e no espaço, às vezes provocando o levante de grupos ou indivíduos de maneira definitiva, inflamando certos pontos do corpo, certos momentos da vida, certos tipos de comportamento. Grandes rupturas radicais, divisões binárias e maciças? Às vezes. É mais, comum, entretanto, serem pontos de resistência móveis e transitórios, que introduzem na sociedade clivagens que se deslocam, rompem unidades e suscitam reagrupamentos, percorrem os próprios indivíduos, recortando-os e os remodelando, trançando neles, em seus corpos e almas, regiões irredutíveis.” (FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 91 e 92)

oceânica que passa por todos os pontos de resistência e que faz rodar, entrechoca os diagramas, sempre em função do mais recente. Quer curiosa torção da linha foi 1968, linha de mil aberrações! Daí a tripla definição de escrever: escrever é lutar, resistir; escrever é vir-a-ser; escrever é cartografar, ‘eu sou um cartógrafo’...”⁹³.

Não por outro motivo, pode-se concluir que a jurisdição não deve ser concebida como uma das faces do poder estatal, o que significaria um retorno à teoria da soberania, nem como um poder disciplinador, que incide sobre os corpos e o trabalho dos indivíduos, ocultando o exercício da dominação, mas como algo que possa ser antidisciplinar.

O escopo da presente investigação, por razões óbvias, não é construir uma nova teoria do direito ou uma nova forma de se conceber a jurisdição, mas dar um pequeno passo nesta direção.

Destarte, o que se propõe é a realização de um mapeamento do poder jurisdicional no contexto das microrelações a fim de identificar alguns pontos de resistência que permitam libertá-lo do regime da disciplina.

Já ressaltava Deleuze que “quando o diagrama do poder abandona o modelo de soberania para fornecer um modelo disciplinar ele se torna ‘biopoder’.

⁹² FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhaon Albuquerque) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 92.

⁹³ [trad. br. DELEUZE, Gilles. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 53] “C’est à partir des <<lutes>> de chaque époque, du style des luttes, qu’on peu comprendre la succession des diagrammes, ou leur ré-enchaînement par-dessus les discontinuités. Car chacun témoigne de la façon dont se tord la ligne du dehors dont parlait Melville, sans début ni fin, ligne océanique qui passe par tous les points de résistance, et qui roule, entrechoue les diagrammes, toujours en fonction du plus récent. Quelle curieuse torsion de la ligne fut 1968, la ligne aux mille aberrations! D’où la triple définition d’écrire: écrire, c’est lutter, résister; écrire, c’est devenir; écrire, c’est cartographier, << je suis un cartographe...>>.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 51).

‘biopolítica’ das populações, responsabilidade e gestão da vida, é a vida que surge como novo objeto do poder. Então, o direito renuncia cada vez mais ao que constituía como privilégio do soberano, ao direito de causar a morte (pena de morte), mas paralelamente permite mais e mais hecatombes e genocídios: não retomando o velho direito de matar, mas, ao contrário, em nome da raça, do espaço vital, das condições de vida e de sobrevivência de uma população que se julga melhor, e que trata de seu inimigo não mais como o inimigo jurídico do antigo soberano, mas como um agente tóxico ou infeccioso, uma espécie de ‘perigo biológico’. Assim, ‘é pelas mesmas razões’ que a pena de morte tende a ser abolida e que os holocaustos aumentam, demonstrando ainda mais fortemente a morte do homem. Só que, quando o poder toma desta maneira a vida como objeto ou objetivo, a resistência ao poder passa a fazer-se em nome da vida, e a vota contra o poder. (...) O que a resistência extrai do velho homem são as forças, como dizia Nietzsche, de uma vida mais ampla, mais ativa, mais afirmativa, mais rica em possibilidades.”⁹⁴

Dentro desta perspectiva de que a resistência em relação ao poder normalizador deve ser feita em nome da vida, percebe-se que no universo

⁹⁴ [trad. br. DELEUZE, Gilles. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 99] “Quand le diagramme de pouvoir abandonne le modèle de souveraineté pour fournir un modèle disciplinaire, quand il devient <<bio-pouvoir>>, <<bio-politique>> des populations, prise en charge et gestion de la vie, c’est bien la vie que surgit comme nouvel objet du pouvoir. Alors, le droit renonce de plus en plus à ce qui constituait le privilège du souverain, le droit de faire mourir (peine de mort), mais il laisse faire d’autant plus d’hecatombes et des génocides: non pas par un retour au vieux droit de tuer, mais au contraire au nom de la population que se juge meilleure, et qui traite son ennemi non plus comme l’ennemi juridique de l’ancien souverain, mais comme un agent toxique ou infectieux, une sorte de <<danger biologique>>. Dès lors, <<c’est pour les mêmes raisons>> que la peine de mort tend à s’abolir, et que les holocaustes croissent, témoignant d’autant mieux de la mort de l’homme. Seulement, quand le pouvoir prend ainsi la vie pour objet ou objectif, la résistance au pouvoir se réclame déjà de la vie, et la retourne contre le pouvoir. (...) Ce que la résistance extrait du vieil homme,

político-jurídico brasileiro os pontos de resistência encontrados pelo exercício de uma jurisdição disciplinadora são os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição⁹⁵, tomados aqui como a versão positivada dos direitos humanos⁹⁶. Neste sentido, se posiciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, quando trata da importância dos direitos humanos frente à globalização neoliberal e atesta que “precisamos resistir, para continuarmos a luta pela vida, com abundância, para todos”⁹⁷.

Ademais, bem ressalta Clémerson Merlin Clève: “Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle da função jurisdicional. Dois são basicamente os tipos de controle reclamados. O

ce sont les forces, comme disait Nietzsche, d’une vie plus large, plus active, plus affirmative, plus riche en possibilités.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 98).

⁹⁵ “O que nos resta, por enquanto, é resistir, tentando escapar da melhor maneira possível, para continuar a luta por uma democracia material. Ela, por evidente, é o resultado, entre outras coisas, da efetividade de uma Constituição que, no Brasil, agora passando para o décimo ano de vigência, não consegue impor-se. Triste país que luta contra a miséria, contra a fome, contra os desmandos de dirigentes que não querem saber de dar efetividade à Constituição, ainda que tenha sido – e seja – muito reclamada (por todos. v. CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**, Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, Curitiba, Juruá, 2001, p. 121).

⁹⁶ “Por tanto, si queremos definir los derechos humanos, o lo que es lo mismo, delimitarlos de los intereses de los poderosos y acercarlos a las reivindicaciones, anhelos y valores de los individuos, grupos y culturas subordinadas, debemos entenderlos dentro de esa concepción contextualizada que pugnan por ver reconocidas sus propuestas partiendo de diferentes posiciones de poder. Desde aquí los derechos humanos deben ser definidos como eso, como *sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistemas de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana*. Es decir, marcos de relación que posibilitan alternativas y tienden a garantizar posibilidades de acción amplias en el tiempo en el espacio en aras de la consecución de los valores de la vida, de la libertad y de la igualdad.” (HERRERA FLORES, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos**. El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee, 2000, p. 52 e 53). Ver, ainda, sobre o assunto: SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofia, derecho y liberación en América Latina**. Bilbao: Desclee, 1999.

⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Globalização e Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre: Síntese, v. 33, p. 52, 2000.

primeiro (I) é o *controle da atividade jurisdicional propriamente dita*. O segundo (ii) é o *controle da legitimidade dessa atuação*. // O primeiro tipo de controle é encontrável sem maiores dificuldades no sistema constitucional brasileiro. Em alguns casos, pode ser deduzido de princípios e preceitos constitucionais. (...) A legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores de sua decisão. A decisão judicial deve, ademais, ser justa. O padrão de justiça por evidente não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas sim na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição democrática como a brasileira. Os valores consagrados na Constituição, inclusive os Princípios Fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito.”⁹⁸

Dentre essas garantias constitucionais, que figuram como significativos pontos de resistência ao exercício de um poder jurisdicional normalizador, encontra-se o princípio do juiz natural, que interessa significativamente para o estudo relativo à competência.

⁹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 40-41 e 44.

III. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

III.1 Antes de tudo um princípio

Não raro, quando se realiza o estudo de um determinado princípio jurídico, tal como o do juiz natural, ignora-se que antes de tudo se trata de um princípio e que isso inegavelmente influenciará a leitura jurídica que se fará dele.

Tal ocorre porque se não consegue escapar da velha armadilha positivista, que toma os institutos jurídicos como algo dado⁹⁹, sem questionar os seus fundamentos que estão para além da exegese da lei.

Portanto, buscando escapar deste ardil que se torna “um obstáculo, que tolhe e complica a evolução e superação do direito”¹⁰⁰, opta-se por indagar antes de tudo o que vem a ser um princípio, delimitando desta forma quais serão os efeitos de tal conceituação na definição do princípio do juiz natural.

Embora o conceito de princípio adquira várias nuances, não se pode negar que nenhuma das concepções escapa da idéia de ponto de partida, que se traduz no mais das vezes como causa inicial ou proposição geral, a partir da qual se pode conhecer certo objeto.

⁹⁹ “Falar do Direito! Eis algo que não pode ser feito com aquela pureza e objetividade com que tanto sonham os positivistas. O Direito não é algo já dado, um objeto transparente que contenha em si mesmo a sua verdade e a chave de sua inteligibilidade, à espera de um sujeito neutro, não implicado nos pressupostos e nos resultados de seu trabalho de investigação, o qual pudesse, mediante o emprego rigoroso de método correto, apreendê-lo em sua essência e traduzi-lo tal qual é numa linguagem pura e sem distorções denominada ciência do Direito, a qual, por ser capaz de expressar a verdade de seu objeto em sua totalidade, ocuparia um lugar privilegiado entre as várias modalidades do ato de conhecer.” (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A importância do direito no Brasil de hoje*. São Luís: EDUFMA, 1993, p. 7).

se pode conhecer certo objeto.

Não poderia ser diferente no Direito: quando se fala em princípios se faz presente a noção de origem, gênese, ponto de partida, que para a maioria dos autores se identifica, num primeiro momento, com a idéia de motivo(s) conceitual(is) sobre o(s) qual(is) se funda uma teoria jurídica.

Neste sentido, ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que:

“A par de se poder pensar em *princípio* (do latim, *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não. Por evidente, falar de *motivo conceitual*, na aparência, é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser. Ledo engano!; embora não seja, definitivamente, o caso de desistir-se de seguir lutando para tentar dar conta, o que, se não servisse para nada, serviria para justificar o motivo de seguir vivendo, o que não é pouco, diga-se *en passant*. De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer *motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza

desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como a *palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos.”

Esta visão de que no lugar do princípio se encontra o mito dá a dimensão de que o princípio, seja ele de qualquer ordem (científica, moral, jurídica), alberga algo de desconhecido, que não pode ser definido pela linguagem. Aliás, assevera Warat que o direito também é o espelho da irracionalidade humana e a justiça também é o teatro do absurdo¹⁰¹.

Só por aí já se pode concluir que ao se falar dos princípios não se pode tomá-los como algo absoluto, até porque em se tratando de um discurso que se faz do que se tem na origem¹⁰², está sujeito aos jogos de poder.

¹⁰¹ WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISCs, 1985, p. 49.

¹⁰² Como se sabe, o mito se define como relato de “um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do ‘princípio’. Em outros termos, o mito narra como, graças às façanhas dos Entes sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o Cosmo, ou apenas um fragmento: uma ilha, uma espécie vegetal, um comportamento humano, uma instituição. É sempre, portanto, a narrativa de uma ‘criação’: ele relata de que modo algo foi produzido e começou a ser. (...) Os mitos, efetivamente, narram não apenas a origem do Mundo, dos animais, das plantas e do homem, mas também de todos os acontecimentos primordiais em consequência dos quais homem se converteu no que é hoje – um ser mortal, sexuado, organizado em sociedade, obrigado a trabalhar para viver, e trabalhando de acordo com determinadas regras.” (ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. (trad. Pola Civelli) 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 12).

Isto implica em dizer que as significações dos princípios jurídicos são construídas ao longo da história pelos discursos hegemônicos, e, em se tendo consciência disso, só nos resta resistir aos discursos normalizadores e lutar para que o poder se exerça nos discursos democráticos.

Para tanto, o próprio Warat afirma que “a ciência deve ser questionada em atos de ‘vadinhagem’ que nos provoquem orgasmos mágicos com o real. Estou, assim, tentando um desvio da visão monogâmica (devida) do mundo que a ciência nos dá. Sinto este livro como um campo de batalha entre os orixás da verdade e da objetividade e o Exú do aliciamento fantástico. Ganhando Exú as pessoas queimarão o templo da mentira. Da cosmovisão nobre e sensata do mundo, ficarão só os restos que poderão ser de imediato arquivados no museu das ilusões respeitadas. Os mitos, as incoerências, as perversões das hierarquias explodirão nos terreiros, deixando de ser os fantasmas do objetivamente demonstrável.”¹⁰³

III.2 Dados cronológicos-legislativos sobre sua origem e aplicação

A origem do princípio do juiz natural¹⁰⁴, nos moldes em que se

¹⁰³ WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISCS, 1985, p. 22.

¹⁰⁴ Sobre a origem da nomenclatura princípio do juiz natural, v. SOMMA, Emanuele. **“Naturalità” e “precostituzione” del giudice nell’evoluzione del concetto di legge**. Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale, Milano, Giuffrè, a. 06, fasc. 3, jul.-set., p. 798 e ss., 1963: “La storia dell’idea di ‘giudice naturale’ (le cui vicende iniziano ben prima della Rivoluzione francese) offre, del resto, esempi tipici del condizionamento in parola e, quindi, della relatività della idea stessa. Basti pensare- partendo dal secolo XIII, in Italia come in Francia ed in

conhece atualmente dentro do sistema jurídico europeu-continental, remonta à Revolução Francesa¹⁰⁵.

Como se tem notícia, a Revolução Francesa ocorreu em meio a uma crise da velha monarquia, a qual “em 1788, levou os Estados-Gerais – a assembléia que representava os três estados do reino, o clero, a nobreza e o resto, o ‘Terceiro Estado’ – a serem convocados pela primeira vez desde 1614. Desde que foram estabelecidos pela primeira vez, os marcos políticos principais

Germania – alla lotta sostenuta dai fautori del criterio del *iudex loci commissi delicti* per affermarlo come giudice ‘naturale’ in confronto al *iudex domicilii*, anch’esso aspirante alla medesima qualifica: ebbene, tale lotta non è che un episodio nel quadro del complesso conflitto fra principio feudale (a cui fa capo il *iudex domicilii*) e forse antagoniste (a cui è legato il *iudex loci*). Anzi, al fuori di questo quadro, la stessa lotta apprirebbe scarsamente comprensibile. (...) La concezione patrimoniale della giurisdizione – quella dapprima spettante al *seigneur* (cioè feudale) e poi al titolare dell’office (cioè propria della monarchia assoluta) – portava a costruire la giurisdizione stessa come un diritto del giudice su un certo territorio, e quindi rispetto a tutti coloro che sono, in una forma o in un’altra, legati al territorio medesimo: da qui l’idea di naturalità della competenza generale spettante al giudice ordinario. Di questa idea, e della conseguente identificazione tra giudice naturale e giudice ordinario, è agevole trovare nitide formulazioni: ‘juge ordinaire’ troviamo, ad. es., scritto nell’ ‘Encyclopédie’ – est celui qui est le juge naturel du lieu, et qui a le plein exercice de la jurisdiction sauf ce qui peut en être distrait par d’attribution ou de privilège, et des commissaires établis pour juger certaine contestations, lesquels son juges extraordinaires.” [trad. da autora: “A história da idéia de ‘juiz natural’ (a qual imbuía bem antes da Revolução Francesa) apresenta, de resto, exemplos típicos do condicionamento da palavra e, conseqüentemente, da relatividade da própria idéia. Basta pensar – partindo do século XIII, na Itália como na França e na Alemanha – o combate sustentado pelos defensores do critério do *iudex loci commissi delicti* para afirmá-lo como juiz ‘natural’ em confronto ao *iudex domicilii*, também aspirante da mesma qualificação: então, tal luta não é nada mais do que um episódio no quadro do complexo conflito entre o princípio feudal (o qual rege o *iudex domicilii*) e as forças antagonistas (às quais esta ligado *iudex loci*). Ao invés disso, fora deste quadro, esta mesma luta se tornaria dificilmente compreensível. (...) A concessão patrimonial da jurisdição – aquela inicialmente atribuída ao senhor (isto é feudal) e depois ao titular do cargo (isto é própria da monarquia absoluta) – encarregava-se de construir a jurisdição como um direito do juiz sobre certo território, e conseqüentemente, reconhecido por todos aqueles que são, de uma forma ou de outra, ligados a este território: daqui a idéia de naturalidade da competência geral atribuída ao juiz ordinário. Desta idéia, e da conseqüente identificação entre juiz natural e juiz ordinário, é fácil encontrar nítidas formulações: ‘juiz ordinário’ encontramos, p. ex., escrito na “Encyclopédie” – é aquele que é o juiz natural do lugar, e que tem o pleno exercício da jurisdição salvo aquele que pode ser subtraído por atribuição ou privilégio, e os delegados estabelecidos para julgar certos litígios, os quais são juizes extraordinários.”].

¹⁰⁵ “La formulación más madura del principio se debe, sin embargo, al pensamiento ilustrado francés del siglo XVIII y, después, a las declaraciones revolucionarias de derechos.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** (trad. Andrés Ibáñez e outros) 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 591)

continuaram inalterados: a transformação dos Estados-Gerais, ou preferencialmente do Terceiro Estado, na Assembléia Nacional; os atos que visivelmente terminaram o Antigo Regime – a Tomada da Bastilha, a prisão real, no dia 14 de julho; a desistência, pela nobreza, de seus direitos feudais em 4 de agosto de 1789; a *Declaração dos Direitos*; a transformação da Assembléia Nacional em uma Assembléia Constituinte que, entre 1789 e 1791, revolucionou a estrutura administrativa e a organização do país (aliás, introduzindo o sistema métrico no mundo) e que esboçou a primeira das quase vinte constituições da França moderna, uma monarquia liberal constitucional”.¹⁰⁶

Sem querer discutir aqui detalhes do processo político revolucionário, até porque este é talvez um dos temas mais polêmicos entre os cientistas políticos e que levou o historiador Eric Hobsbawm escrever *Echoes of de Marseillaise* para refutar as teses revisionistas e atestar que se tratou, afinal, de uma revolução burguesa, pretende-se trabalhar apenas a questão da legislação com inserções secundárias no universo político e até filosófico. O objetivo não é realizar uma historiografia¹⁰⁷ do princípio do juiz natural, pois não há espaço

¹⁰⁶ HOBBSBAWM, Eric. **Ecoss da Marselhesa: dois séculos revêm a Revolução Francesa**. (trad. Maria Celia Paoli) São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 18.

¹⁰⁷ Entende-se aqui, por historiografia um método capaz de traçar efetivamente as diversas dimensões e vicissitudes de um objeto ao longo de seu espaço, de seu tempo e de seu contexto. Nesse sentido, e permeado pela visão foucaultiana já *supra* mencionada, historiografar, longe de um modelo positivista, linear, infértil e anacrônico, não se resume simplesmente em legitimar o presente pela crônica do passado, ou, celebrar datas, precursores, grandes acontecimentos, fantásticas descobertas, mas, sobretudo, historiografar é, numa análise descontinuísta e conceitual, reconstituir seu objeto, datá-lo no tempo, vê-lo sob um olhar perspectivo, um olhar estritamente de onde se olha. É, pois, nesse imperioso método, nas raias da arqueologia foucaultiana, que se deveria fazer uma historiografia do princípio do juiz natural, entretanto, não há tempo neste ensaio, nem tampouco se põe como objetivo precípua, haja vista tratar-se de tema complexo, e enveredar por tal caminho significaria tangenciar de longe seu objeto, abster-se de uma análise mais profunda, chegando-se, inevitavelmente, a uma das inúmeráveis encruzilhadas com as quais a história se depara, da qual, sem dúvida alguma, poucas chances se teriam para fugir, vez que o conhecimento historiográfico se ausentaria (v. FOUCAULT,

para isso nesta investigação, mas também não se pode deixar de fornecer dados cronológicos-legislativos acerca de sua origem e dos quais certamente não pode prescindir a análise da questão relativa à competência.

Conforme se mencionou, o mês de agosto de 1789 foi marcado pela cassação dos direitos da nobreza francesa, na ata da memorável sessão da Assembléia Nacional, realizada na noite do dia quatro, lia-se:

“Abandono da qualidade de serviço e da mão de obra-morta, qualquer que seja a denominação sob a qual exista; faculdade de reembolsar os direitos senhoriais; abolição das jurisdições senhoriais; supressão do direito exclusivo da caça, dos pombais, da pesca; resgate possível de todos os dízimos, seja qual for sua espécie; abolição de quaisquer privilégios e imunidades pecuniárias; igualdade de impostos de qualquer espécie; admissão de todos os cidadãos aos empregos civis e militares; declaração da implantação próxima de uma justiça gratuita e da supressão da venalidade dos cargos; abandono do privilégio particular das províncias e das cidades; abandono dos privilégios de diversas cidades como Paris, Lyon, Bordeaux etc.; supressão do direito de recusa e vacância das anatas, da pluralidade dos benefícios; revogação das pensões obtidas sem justificativa; reforma dos sistema de ofícios reservados às corporações.”¹⁰⁸

Michel. **Nietzsche, a genealogia, a história**. Microfísica do poder. (trad. e org. Roberto Machado) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 15 e ss.). Tais são as palavras de Roberto Machado “... a história habitualmente praticada por historiadores ou cientistas: descritiva, que apenas expõe resultados, celebra datas, traça biografias ...” (MACHADO, Roberto. **Ciência e saber: a trajetória da arqueologia de Foucault**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981. p. 19).

¹⁰⁸ TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 66-67.

Contudo, foi o decreto de 11 de agosto que consagrou a abolição dos resquícios feudais¹⁰⁹, dentre eles o direito dos nobres de serem julgados pelas justiças senhoriais. Extinguia-se, assim, o chamado foro privilegiado, submetendo todos ao julgamento pelos mesmos juízes¹¹⁰. Impedia-se, portanto, a criação de tribunais extraordinários para favorecer os nobres no julgamento de suas causas e se dava o primeiro passo na direção do estabelecimento do princípio do juiz natural e da reforma do sistema judiciário.

Fruto de pensamento iluminista, a nova legislação francesa começou a operar uma verdadeira revolução na administração da justiça. Sob o controle da língua ferina de Jean-Paul Marat¹¹¹, as novas leis procuravam estruturar um sistema jurídico que rompesse com o Ancien Régime.

¹⁰⁹ “O jogo, na verdade, não estava definitivamente decidido. Era preciso dar formas às decisões votadas. Esfriado o entusiasmo, surgiram os desacordos. O marquês de Ferrières não ocultava sua hostilidade, e o barão de Guitherny gritava, para quem quisesse ouvir, que ‘nenhum dos que fizeram sacrifícios naquela noite memorável tinham o direito de fazê-los’. Montlosier seria mais brutal: ‘A obra dos bandidos foi sancionada por outro ato de banditismo chamado noite de ‘4 de agosto’.’ As decisões, contudo, permaneceram. Apenas foram limitadas as conseqüências de uma noite um pouco louca. Foram declarados abolidos sem indenização a servidão, o direito de caça e a justiça senhorial que, no entanto, continuou provisoriamente em atividade. Todos os outros direitos foram declarados resgatáveis e continuariam a ser pagos até sua quitação. Foi o dízimo que suscitou, em 10 de agosto, as mais acirradas discussões. Mirabeau afirmava que ele era ‘um tributo opressivo que se queria cobrir com o belo nome de propriedade’. Lanjuinais e Sieyès defendiam, ao contrário, a idéia do resgate. O clero acabou cedendo ao argumento dos oradores do Terceiro Estado de que o resgate sobrecarregaria os devedores. Assim, o decreto de 11 de agosto consagrou a abolição dos resquícios feudais: proclamou a igualdade civil e fiscal, a abolição dos privilégios e da venalidade dos cargos.” (TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 68).

¹¹⁰ “A Revolução Francesa trouxe, assim, para o primeiro plano, as questões mais directamente políticas do processo penal, tendo sido ensaiadas na sua sequência, algumas modificações do sistema anterior e introduzidos institutos característicos do processo penal inglês. (...) A mudança de orientação assinalou-a relativamente ao figurino inquisitório, desde logo a *Lei de 11 de Agosto de 1789*, que suprimiu as justiças senhoriais.” (BARREIROS, José António. **Processo Penal** – 1. Coimbra: Almedina, 1981, p. 36).

¹¹¹ “A política de Marat se fundamenta, portanto, numa abordagem do despotismo ancorado primeiro nas leituras de um homem das Luzes e, em seguida, na prática da Revolução. Ela associa, partindo da análise do despotismo apresentada anteriormente, a teoria e a prática. Na teoria, a rejeição ao despotismo é uma evidência filosófica. Com efeito, o honesto cidadão que a sociedade abandona à miséria e ao despeito volta ao estado primitivo e tem o direito de reivindicar, com armas, as vantagens que ele só perdeu por querer ampliá-las: toda autoridade

Marat realmente não dava sossego aos integrantes da Assembléia Nacional, acompanhando de perto os trabalhos da Comissão de Constituição. Em seus escritos panfletários denunciava todos aqueles considerados traidores da Revolução e pregava que era preciso proteger o movimento, demonstrando sua obsessão pela luta. Acreditava que “a marcha à servidão é a ‘inclinação natural dos povos’. Uma vez radicalmente eliminado o tirano, é preciso estabelecer os fundamentos de uma Constituição ‘justa, sábia e livre’, com base nas leis fundamentais cuja urgência é absoluta; em 1789 e 1790.”¹¹² Nenhum dos projetos da “Declaração dos Direitos do Homem” agradava o revolucionário, que chegou inclusive a apresentar ao público, em 23 de agosto, seu próprio projeto, seguido de um plano de Constituição¹¹³.

que se opõe a isso é tirânica, e o juiz que o condena à morte não passa de um covarde assassino. A lei natural leva o homem a recusar toda autoridade despótica. Marat reúne aqui, de uma só vez, Montesquieu, Rousseau, Jaucourt, o qual redigiu para a *Enciclopédia* o verbete ‘poder’, no qual afirma: ‘Seja quão ilimitado for o poder de que os soberanos gozam, ele não lhes permite jamais violar as leis, oprimir os povos, tratar com o maior desprezo a razão e a equidade’. Ao mesmo tempo, a concepção de direito natural proposta por Marat é profundamente influenciada por Hobbes e Rousseau. Para preservar esse direito, a justiça legal é impotente. O *Plan de législation criminelle* denuncia a afetação dos textos e procedimentos; a jurisprudência é, de fato, uma arma nas mãos dos déspotas. Só a criação de ‘leis fundamentais’ – um termo emprestado de Montesquieu – permitiria vencer a impotência da justiça legal. Afastar-se dos quadros da lei constitui uma necessidade para poder conservar a plenitude de seus direitos.” (COQUARD, Olivier. *Marat*. (trad. C. H. Silva) São Paulo: Scritta, 1996, p. 311).

¹¹² COQUARD, Olivier. *Marat*. (trad. C. H. Silva) São Paulo: Scritta, 1996, p. 313.

¹¹³ “Prosseguindo em seus trabalhos para conseguir a publicação do seu jornal, Marat não olvida o que julga seu dever cívico por excelência. Continua as tentativas para se fazer notado nos meios políticos. Dirige cartas pessoais a certos deputados notáveis, que considera como inteiramente dedicados à causa da liberdade: Barnave, Chapelier e Mirabeau, entre outros. Uns vinte ao todo. Nenhum deles se dá ao trabalho de responder. O silêncio não o desanimou. Acompanha de perto os trabalhos da Assembléia Nacional, porém mais especialmente os da Comissão de Constituição. Nenhum, dos projetos da ‘Declaração dos Direitos do Homem’ lhe agrada. O de Trajet é ‘um tecido de apofemas de moral e jurisprudência’; o de Mounier não vale mais do que êsse. Marat é um pouco mais indulgente para com o padre Sieyès; porém, de modo geral, afirma, ‘todos demonstraram esforços importantes’. Diante da carência parlamentar e já que parecem desdenhar ostensivamente seus conselhos, julga necessário apresentar ao público um projeto-módulo, que porá em franca evidência os defeitos e lacunas dos projetos oficiais. Seu ‘Projeto de Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, seguido dum plano de Constituição justa, sábia e livre apareceu a 23 de agosto (...).’ (WALTER, Gérard. *Marat, o amigo do povo*. (trad. Gustavo Barroso) 2. ed. Rio de Janeiro: Vecchi, 1968, p.57).

Apesar de seu projeto passar despercebido na Constituinte, seria leviano dizer que as críticas contundentes de Marat não tiveram influência no processo legislativo pós-revolucionário. Os discursos e as vaías do Amigo do Povo na tribuna da Assembléia Nacional inegavelmente irritaram alguns, mas inspiraram muitos. E foi, sob os gritos desse homem inquieto e rebelde, que a Constituinte seguiu com seus trabalhos e “tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo.”¹¹⁴

Jean-Louis Halpérin assegura que “os membros da Assembléia Constituinte pretendiam prioritariamente redefinir o ‘poder judiciário’ e reorganizar a ‘ordem judiciária’.”¹¹⁵ Defendiam que uma boa administração da justiça tinha como pressuposto tribunais compostos por poucos magistrados e nomeados na medida da exigência real dos serviços judiciários, que deveriam agir para garantir os direitos naturais e civis do cidadão e solucionar os conflitos com a aplicação da lei¹¹⁶.

¹¹⁴ HOBBSAWM, Eric. J. **A era das revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 82.

¹¹⁵ HALPÉRIN, Jean Louis. **Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire**. Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes: études d'histoire comparée. Paris: L.G.D.J., p. 233, 1996.

¹¹⁶ “Les Constituants n’ont pas cessé de répéter qu’une bonne administration de la justice supposait que les tribunaux soient rapprochés de justiciable, composés de peu de magistrats et pas plus nombreux que ne l’exigeait la ‘nécessité réelle du service’. Ils envisageaient, en effet, la justice comme un ‘service’, une ‘institution sociale’ établie pour ‘l’avantage commun des membres de la société’. Alors que sous l’ Ancien Régime, l’office du juge était décrit et exalté comme l’exercice d’un attribut éminent de la souveraineté et comme un ‘ministère’ ayant mission de maintenir un ordre voulu par Dieu, la fonction judiciaire, désormais laïcisée et socialisée, était conçue de manière beaucoup plus modeste par le révolutionnaires. Pour eux, les juges devait agir dans l’intérêt des justiciables: il était chargé de garantir les droits naturels et civils des citoyens et d’arbitrer des conflits dont la solution se trouvait dans la Loi.” (HALPÉRIN, Jean Louis. **Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire**. Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes: études d'histoire comparée. Paris: L.G.D.J., p. 234, 1996) [trad. da autora: “Os Constituintes não pararam de repetir que uma boa administração da justiça supunha que os tribunais estivessem o mais próximo possível dos jurisdicionados, compostos por poucos magistrados e não mais numerosos do que exigisse a ‘necessidade real de serviço’. Eles encaravam, com efeito, a justiça como um ‘serviço’, uma

Cordero completa que alguns integrantes dos Estados Gerais invocavam um processo inovador, o mais próximo possível do estilo inglês, enquanto a grande maioria acreditava que não era hora de experimentos radicais. Entretanto, toda esta cautela não passou de aparência, uma vez que a nova legislação acabaria por esculpir diferentes contornos no edifício da *Ordonnance Criminelle*, de Louis XIV¹¹⁷.

A velha estrutura daquele que foi o maior monumento inquisitório laico, como ressaltou o próprio Cordero, sofreria transformações profundas que deixariam em pé apenas a sua fachada.

As primeiras grandes mudanças vieram com a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, cujo texto final foi votado no dia 26 de agosto e trazia 17 artigos que asseguravam os direitos naturais e imprescritíveis do homem e a separação dos poderes do Estado. Tais transformações eram

instituição social’ estabelecida para ‘fruição comum dos membros da sociedade’. Ao passo que sob o Antigo Regime, o trabalho do juiz era descrito e exaltado como o exercício de um atributo eminente da soberania e como um ‘ministerio’ com a missão ‘de manter a ordem desejada por Deus, a função judiciária, desde logo laicizada e socializada, era concebida de maneira muito mais modesta pelos revolucionários. Para eles, os juizes deviam agir dentro do interesse dos jurisdicionados: era encarregado de garantir os direitos naturais e civis dos cidadãos e de arbitrar os conflitos cuja solução se encontrava na lei”].

¹¹⁷ “Alcuni cahiers de doléances agli Stati generali invocavano processi in stile inglese. I costituenti votano un testo moderato (l’hanno composto in pochi giorni i sette d’una commissione istituita a richiesta del Comune): non sono tempi da esperimenti radicali: l’ordonnance 1670, nonché <<les édits, déclarations et réglemens>> penali varranno <<en tout ce qui n’est pas contraire au présent décret, jusqu’à ce qu’il en ait été autrement ordonné>>. Esordio cauto ma, sotto apparenze dimesse, le nuove norme incidono a fondo nelle vecchie strutture, nominalmente conservate (...).” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p 60-61). [trad. da autora: “Alguns itens da pauta das lamentações dos Estados gerais invocavam processos no estilo inglês. Os constituintes votam um texto moderado (compuseram em poucos dias os sete de uma comissão instituída a pedido da Comuna): não são tempos de experimentos radicais; as ordenações 1670, apesar dos <<editos, declarações e regulamentos>> penais se aplicam <<em tudo que não é contrário ao presente decreto, até que haja sido de outra forma ordenado>>. Início cauteloso mas, só aparentemente descuidado, a nova norma incide profundamente na velha estrutura, nominalmente conservada.”]

imprescindíveis para que a Revolução não entrasse num processo de refluxo e o poder não se concentrasse novamente nas mãos do rei.

Logo após veio a Lei de 1º de outubro de 1789, que colocou um ponto final na chamada *justice retenue* ou na possibilidade de intervenção do rei no julgamento dos casos e certificou que a justiça passaria a ser administrada por tribunais estabelecidos pela lei¹¹⁸, como reza o princípio do juiz natural. Dias depois, o decreto 8-9 de outubro/3 de novembro 1789, que buscava reformar alguns pontos da justiça criminal, confirmaria tais modificações e aproximaria o processo penal francês de uma tendência acusatória.

Todavia, foi uma Lei revolucionária de 16-24 de agosto de 1790 que, em seus artigos 16 e 17, veio garantir de forma efetiva o direito do cidadão francês a ser julgado pelo juiz natural: “todos os privilégios em matéria de jurisdição estão abolidos, todos os cidadãos, sem distinção, defender-se-ão da mesma forma e perante os mesmos juízes, nos mesmos casos¹¹⁹” e, ainda, “a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser alterada, nem os jurisdicionados afastados de seu juiz natural por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações diversas daquelas que estão determinadas na

¹¹⁸ “Cadono con la Bastiglia (dov'erano reclusi senza processo i colpiti da lettres de cachet) i residui della justice retenue, sotto l'art. 19 l. 1 ottobre 1789: <<le pouvoir judiciaire ne pourra, en aucun cas, être exercé par le roi>>, e nemmeno <<par le corps législatif>>, essendo separato da entrambi; <<la justice sera administrée au nom du roi, par les tribunaux établis par la loi, suivant les principes de la constitution et selon les formes déterminées par la loi>>: è dunque invalida ogni regola non legislativa sulla competenza”. (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1985, p 113). [trad. da autora: Caem com a Bastilha (onde estavam reclusos sem processo os atingidos pelas lettres de cachet) os resíduos da *justice retenue*, sob regência do art. 19 l. 1 outubro 1789: <<o poder judiciário não poderá, em nenhum caso, ser exercido pelo rei>>, nem mesmo <<pelo corpo legislativo>>, sendo separado de ambos; <<a justiça será administrada em nome do rei, pelos tribunais estabelecidos na lei>>: é portanto inválida cada regra não legislativa sobre competência.”].

¹¹⁹ [trad. da autora: “tout privilège en matière de jurisdiction est aboli, tous le citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devan les mêmes juges, dans les mêmes cas.”]

lei”¹²⁰. Veja-se que aqui o juiz natural era aquele diverso do extraordinário (daí porque até hoje alguns países utilizam a nomenclatura princípio do juiz ordinário), ou seja, deveria ser constituído por lei.

Note-se que o princípio em sua origem possuía uma fórmula um pouco distinta da atual ou daquela consagrada na Constituição francesa de 1830¹²¹, pois abria espaço para o afastamento do juiz natural nos casos em que a lei estabelecesse, até porque para os legisladores franceses tudo poderia ser alterado caso a vontade geral, o povo, assim o desejasse.

Esta idéia viria ainda mais claramente expressa no projeto elaborado pelo Comitê Constitucional para a organização do Poder Judiciário e que mais tarde se transformaria na Constituição, de 3 de setembro de 1791, com a previsão de que apesar da nação francesa ter o direito de determinar a constituição dos tribunais, nenhuma mudança poderia ser realizada na organização do Poder Judiciário sem que houvesse consentido por meio de seus representantes, e mais, de que nenhum cidadão poderia ser afastado do juiz que lhe era garantido por lei¹²².

¹²⁰ [trad. da autora: “l’ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni des justiciables distraits de leur juges naturels par aucune commission, ni par d’autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi.”]

¹²¹ “Nelle formule derivata “naturel” appare meglio specificato dal riferimento negativo a ‘extraordinaire’: ad esempio, sono tale le ‘juridictions prévôtales’, ricostituite nell’anno IX e passate al code d’instruction criminelle (in entrambi i casi l’atto istitutivo è ‘une loi’), ma che la Charte 1814 contempla una deroga, ammettendole <<si leur rétablissement est jugé nécessaire>>; saranno definitivamente escluse dall’art. 54 della Charte 1830.” (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 1991, p.113). [trad. autora: “Nas fórmulas derivadas “natural” aparece melhor especificado pelo referimento negativo ‘extraordinário’: por exemplo, são as tais ‘jurisdiction prévôtales’, reconstituídas no ano IX e passadas ao código de instrução criminal (em ambos os casos o ato institutivo é uma lei), mas a Constituição de 1814 contempla uma modificação, admitindo <<se seu restabelecimento se julgou necessário>>. serão definitivamente excluídas pelo art. 54 da Constituição 1830.”]

¹²² “Se dispone, por tanto, que solamente la ley, como expresión de la soberanía nacional, podría disciplinar la materia del ordenamiento judicial y lo relativo a sua organización, empleando

Concluída a Constituição, a Assembléia Constituinte foi dissolvida para dar lugar à Assembléia Legislativa, cujos membros foram eleitos por voto censitário e, conseqüentemente, integravam em sua maioria a classe burguesa.

Sob a pressão da comuna insurreccional¹²³, os novos legisladores, ainda inseguros e inexperientes, deram continuidade aos trabalhos iniciados pelos antecessores constituintes e trataram de operacionalizar as garantias estabelecidas na recém aprovada Constituição. No que se refere mais especificamente ao processo penal, a legislação responsável por este processo regulamentador foi o decreto 16-29 de setembro de 1791, que importava técnicas inglesas para o processo francês. Neste ponto, Cordero reconhece que não sobreviveu quase nada da velha máquina¹²⁴.

aquella de 1790 el término <<Juiz natural>>, sustituyéndolo la de 1791 por el de Juez designado por la ley. // Esa idea era expresada más claramente en el proyecto elaborado por el Comité Constitucional para la constitución de 1791, que estableció en su artículo 1 que <<entre tanto la nación tenga el derecho de determinar la constitución de los Tribunales, ningún cambio puede ser hecho en la organización del Poder Judicial sin que se haya ordenado y sin que se haya consentido por medio de sus representantes. La distracción del ciudadano al Juez natural podía verificarse según la Ley francesa de 1790 y la Constitución, que verificó el orden judicial francés a través del uso de los poderes de Comisiones, de atribuciones y de evocaciones.”(LADRON DE GUEVARA, Juan Burgos. **El juez ordinario predeterminado por la ley**. Madrid: Civitas, 1990, p. 20-21).

¹²³ “À municipalidade provisória de 1789 e, a seguir, à municipalidade constitucional de 1790 sucede, portanto, na alvorada de 10 de agosto, a comuna insurreccional. A evolução do vocabulário reflete o processo de crescimento da Revolução. O novo conselho geral é formado por aqueles agitadores surgidos das tribunas e por cidadãos ativos de idéias avançadas.” (TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 137).

¹²⁴ “Non sopravvive quasi niente della vecchia macchina. Questa riforma l’ha colpita nei punti nodali, azione e decisione. Decomposto le ministère public in due persone, commissaria del re e addetto all’acusa, è sparito l’attore pubblico-funzionario: otto giurati instaurano il processo deliberando l’accusa; l’impulso viene dalla domanda dell’offeso o da una denuncia, esclusi i casi nei quali l’iniziativa, obbligatoria o no, appartenga al juge de paix; tali regole attuano un notevole diffusione del potere d’agire. Anche i nuovi meccanismi decisorii puntano in senso antiburocratico: atto importantissimo i quesiti formulati dal presidente, ma, de facto, li dettano i contendenti; l’opera dei togati influisce relativamente poco sull’esito; (...)” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 64). [trad. autora: “Não sobrevive quase nada da velha máquina. Esta reforma golpeou nos pontos nodais, ação e decisão. Decomposto o ministério público em duas pessoas, comissário do rei e encarregado da acusação, desapareceu o ator funcionário público: oito jurados instauram o processo decidindo sobre a acusação; o

Contudo, nesta mesma época, todos presenciariam uma certa radicalização do movimento, que despendia seus esforços para combater o refluxo da Revolução e as tentativas de restauração do Ancien Régime. A situação da França era preocupante e o descrédito da população era evidente, os cidadãos estavam famintos e trocavam seus direitos por pão.

Os chamados traidores da Revolução (ou todos aqueles que defendiam a necessidade de se moderar o movimento revolucionário) se multiplicavam e os membros da comuna, juntamente com seus clubes aliados, dentre eles os mais conhecidos eram o dos jacobinos e o dos *Cordeliers*, iniciaram um terror sem precedentes, que culminaria com uma guerra entre a França revolucionária e a coalizão de algumas potências contra-revolucionárias, concomitantemente com insurreições internas. Ainda, em 1792, os franceses assistiriam à abolição completa da monarquia e a instituição da República Jacobina, que representaria uma nova era, simbolizada inclusive por um novo calendário.

Como ressalta Jean Tulard, “até 10 de agosto de 1792, a violência sempre teve como contraponto a preocupação em respeitar as aparências legais. Mas eis que a interferência da comuna insurrecional de Paris no curso dos acontecimentos, comuna que, sem outra legitimidade além da força, não hesita em intervir politicamente não apenas na capital como também na província, faz a

impulso vem da demanda do ofendido ou de uma denúncia, excluídos os casos nos quais a iniciativa, obrigatória ou não, pertence ao juiz de paz; tais regras operam uma notável difusão do poder de agir. Os novos mecanismos decisórios também apontam no sentido anti-burocrático: ato importantíssimo os quesitos formulados pelo presidente, mas, de fato, ditam-nos os litigantes; o trabalho dos togados influi relativamente pouco no resultado; (...)”]

Revolução sair do mundo dos rúbulas para cair no do *sans culottes*. O jurista cede sua vez ao militante.”¹²⁵

Aliás, em 11 de agosto de 1792, uma comissão extraordinária formada após a queda de monarquia já convocava o povo francês para integrar uma Convenção Nacional, a qual tinha por objetivo eleger os membros para a Assembléia Legislativa que deliberaria sobre a forma de governo. Na Convenção, dois partidos se debatiam: os girondinos (conhecidos por serem belicosos no exterior e moderados em casa, bons oradores que representavam a grande burguesia provinciana), em maior número, liderados por Vergniaud, Brissot, Condorcet e Petion, e os montanheses, liderados por Robespierre, Danton e Marat.

Depois de descobrir documentos que comprometiam o rei com a contra-revolução, a Convenção se encarregou de colocar um fim na monarquia e em janeiro de 1793 condenou à morte o rei Louis XVI. Alguns escritos recordam que “o tempo estava ruim, as lojas fechadas, as oficinas abandonadas. Haviam sido reunidos 20 mil homens. Às dez horas, chegou à praça a carruagem que conduzia o rei, cercada por 1 mil e 500 homens. Luís XVI desceu após alguns instantes de espera, manifestou alguma resistência quando Sanson quis atar-lhe as mãos e cortar-lhe os cabelos, depois subiu com firmeza ao cadafalso. Quis falar, mas, por ordem de Santerre, que comandava o dispositivo de segurança, os tambores encobriram sua voz. ‘Povo, sou inocente! Eu perdôo...’. Ele ainda

¹²⁵ TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 135.

estava gritando quando o cutelo caiu. Sua cabeça foi apresentada à multidão, que berrou: ‘Viva à nação!’.”¹²⁶

Todos esses acontecimentos faziam emergir uma grande força contra-revolucionária, interna e externa, que passou a amedrontar os revolucionários. Criou-se, então, um Comitê de Salvação Pública para forçar uma união entre as várias facções presentes na Convenção e adotar as medidas necessárias à proteção da pátria. Danton era o chefe desse Comitê, que contava ainda com a participação de Buzot e Vergniaud, Fabre d’Eglantine e Demoullins, Condorcet e Cambacérès, Barère e Dubois-Crancé, ou seja, de todas as tendências revolucionárias.

Entretanto, a situação econômica da França piorara e as diferenças entre os membros da Convenção e do Comitê se acirravam. Girondinos e montanheses se enfrentavam e se acusavam mutuamente de contra-revolucionários, até que os primeiros foram gradativamente perdendo influência política. A queda dos girondinos foi inevitável e a ascensão dos montanheses levaria à instauração de um terror sem precedentes.

Em 1793, explodiu a revolta federalista e as províncias se insurgiram contra Paris e resolveram lutar pela formação de uma federação de departamentos mais ou menos autônomos e iguais. Começava a caça daqueles considerados responsáveis pelos desmandos parisienses e, em 13 de julho, Marat é assassinado em sua banheira por Charlotte Corday, de Caen, um dos centros insurretos.

¹²⁶ TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p.159.

Para manter seu comando, os montanhesees tratam de organizar uma nova Constituição, que foi aprovada no dia 24 de junho de 1793. Todavia, esta Constituição jamais seria aplicada, como declarou Sain-Just: “Nas circunstâncias em que se encontra a República, a Constituição não pode ser implantada; ela mesma se imolara, se tornaria a garantia dos atentados contra a liberdade, porque lhe faltaria a violência necessária para reprimi-los.”¹²⁷

Diante da desordem que assolava a França, não se via outra saída para conter a contra-revolução que se aproximava senão tornando mais rigorosas as medidas policiais e penais. O terror passa a ser considerado a única forma de salvar os franceses dos traidores da pátria.

Apesar disso, Danton e Demoulin achavam que já era hora de reduzir as execuções e deram início a um movimento para tentar convencer os franceses de que era necessário refrear essa repressão terrorista. Ambos acabaram presos e sob a desculpa de seu envolvimento na corrupção que acompanhou a extinção da Companhia das Índias, foram processados pelo Tribunal Revolucionário, que eles mesmos ajudaram a criar quando integravam o Comitê de Salvação Pública. Durante o julgamento, Danton dominou todos os debates, até ser excluído deles por força de um decreto aprovado de última hora pela Convenção para impedir que os acusados de conspiração participassem dos debates. Todos foram guilhotinados.

A Revolução agora só tinha Robespierre e o terror parecia irreversível. Em Paris, passa a reinar “o *sans culotte*: barrete frígio, casaca tipo

¹²⁷ TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 195.

carmagnole e largas calças listradas abotoadas ao casaco, um pique na mão, um sabre à cinta se a situação exigir. Os grandes bigodes e o cachimbo completam a figura. Sua linguagem proscree o termo senhor, substituindo-o por cidadão. É imperativo que os ‘homens livres’ se tratem de tu, mesmo que isso irrite Robespierre e a Montanha.(...) Terror, escassez e descristianização: nestas três palavras se resume o primeiro semestre de 1794, enquanto se afasta para as fronteiras o barulho do canhão.”¹²⁸

O grande problema é que a guerra vem provocar a desmobilização do povo, que passa a sofrer com o controle de preços, o racionamento, o congelamento de salários, o confisco de alimentos dos trabalhadores rurais e não tem mais forças para manter a união. Robespierre progressivamente perde sua influência e acaba sendo derrubado no nono termidor, do calendário revolucionário (27 de julho de 1794).

Diante de todas essas lutas e cabeças cortadas, a Convenção entende que é hora de acabar com a Revolução e encontrar um caminho em que a esquerda e a direita possam seguir unidas. Então, entrega aos girondinos a redação de uma nova Constituição, que foi aprovada em 22 de agosto de 1795. Nesse instante, o sufrágio passava a ser censitário, a igualdade absoluta era ironizada, consagrava-se a igualdade civil, assegurava-se a aplicação do princípio do juiz natural e o Poder Executivo deveria ser composto por cinco membros, dos quais um quinto se renovaria a cada ano: eram os chamados diretórios.

¹²⁸ TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 222 e 226.

Tratava-se de um regime de moderado liberalismo e muita corrupção, sendo que as ações do Comitê de Salvação Pública procuravam moralizar o terror para torná-lo mais eficiente. Não por outro motivo, as leis penais recrudesceram e, em 25 de outubro de 1795, a Convenção vota o *Code des délits et des peines*, que opera uma inversão na tendência acusatória do sistema processual do decreto 16-29 de setembro de 1791. Segundo Cordero, a nova legislação é viciosamente perfeita, mas fortemente defeituosa na prática, pois combina escrúpulo analítico e espírito garantístico. Além disso, concentra poder nas mãos do juiz presidente do júri, estabelecendo que a ele caberá empregar todos os esforços úteis à descoberta da verdade¹²⁹.

Os Diretórios duraram até 1799, quando em razão de sua inabilidade política e das crises externas foram substituídos por uma ditadura militar mal disfarçada no episódio que ficou conhecido como Dezoito Brumário. Tratou-se de um golpe perpetrado por um jovem general bem-sucedido, Napoleão Bonaparte, que faz emergir na França o regime do consulado para, mais tarde, em 1804 auto-aclamar-se Imperador.

¹²⁹ “Che sia virtuoso dalla composizione legale, risulta dal taglio architettonico: mai visto un sistema più compatto; vi figura l’intera gamma del prevedibile; così viziosamente perfetto, dicono gli intenditori, da essere <<fort défectueux dans la pratique>>, perché, <<mécanisme admirable>>, non tiene conto degli attriti, combinando scrupolo analítico a spirito garantístico, dissemina troppe nullità. (...) Accresciuti, infine, i poteri del presidente: <<en vertu du pouvoir discrétionnaire dont il est investi>>, dispone <<tout ce qu’il croit utile pour découvrir la vérité>>; a <<son honneur et [a] sa conscience...employer tous ses efforts>> a tale fine.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 65-66). [trad. da autora: Que seja virtuoso na composição legal, resulta num corte arquitetônico: jamais visto um sistema tão compacto; retrata a inteira gama do previsível: tão viciosamente perfeito, dizem os entendedores, para ser <<fortemente defeituoso na prática>>, porque, <<mecanismo admirável>>, não tem em conta os atritos, combinando escrúpulo analítico ao espírito garantístico, dissemina excesso de nulidade. Acrescidos, enfim, os poderes do presidente: <<em virtude do poder discricionário do qual ele é investido>>, dispõe de <<tudo o que ele crê útil para descobrir a verdade>>; à <<sua reputação e [à] sua consciência...empregar todos os seus esforços para tal fim.>>]

Nesse momento, Napoleão anuncia um novo período revolucionário na França e começa uma longa jornada legislativa, modificando todas as leis editadas durante a República Jacobina. No campo jurídico, assim como no campo político, assiste-se a um retorno ao que foi o Ancien Régime. Em 1811, entra em vigor o *Code d'Instruction Criminelle*, estruturando o que se convencionou chamar sistema misto, mas que na verdade se tratava de um sistema inquisitório que fincava raízes na malfadada *Ordonnance Criminelle*, de 1670.

Em 06 de abril de 1814, passa a ter vigência a nova Constituição que, em seu art. 18, previa a supressão e a impossibilidade de estabelecimento das comissões e tribunais extraordinários, consagrando o princípio do juiz natural (“nul ne peut être distrait de ses juges naturels”), porém com uma pequena modificação que estabelecia a impossibilidade da vontade geral legalmente instituir comissões e tribunais extraordinários quando não houvesse real necessidade.

— O princípio do juiz natural viria também impresso nas Constituições de 1830 - aí impedindo também a criação de qualquer tribunal *post factum* -, e de 1848. A única ressalva se observaria na Constituição francesa de 1958, em que a expressão juiz natural ou legal não se encontra, “quizás ello se deba a que en Francia la concepción de Montesquieu sobre el Poder Judicial de no poder ser confiado a una concreta fuerza social o profesión determinadas, sino a todo el pueblo, pues la expresión Poder Judicial há desaparecido desde 1848, siendo el

caso francés, como señala Montero, un paradigma por la subordinación de los Jueces al Poder Ejecutivo.”¹³⁰

Apesar da queda de Napoleão, em face de suas derrotas militares, e a restauração no poder monárquico da dinastia dos Bourbons, em abril de 1814, a legislação francesa napoleônica serviria de modelo para o mundo e com ela a garantia do juiz natural ultrapassaria as fronteiras da França.

Na Itália, o princípio do juiz natural seria consagrado nos termos da Constituição francesa de 1830, no chamado Estatuto Albertino (1847), que em seu art. 71 precisava: “niuno può essere distolto dai suoi giudice naturale. Non potranno perciò essere criati tribunali o commissioni straordinarie”¹³¹. Aliás, é neste estatuto, de 1848, que o princípio do juiz natural recebe dupla caracterização: a proibição para a instituição de tribunais extraordinários e a de transferir para juízes incompetentes o julgamento das causas.

Na atualidade, dentro das Constituições estrangeiras, é possível verificar que a garantia do princípio do juiz ordinário, juiz legal ou predeterminado em lei, está prevista no artigo 101.1 da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949 (“Serão inadmissíveis os Tribunais de exceção. Ninguém poderá ser subtraído de seu juiz legal”)¹³², enquadrado na redação da

¹³⁰ LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. **El juez ordinario predeterminado por la ley**. Madrid: Civitas, 1990, p. 22.

¹³¹ [trad. autora: “Ninguém pode ser subtraído de seus juízes naturais. Não podem por isso serem criados tribunais ou comissões extraordinárias.”]

¹³² Na Alemanha, o princípio do juiz natural ganha a denominação de princípio do juiz legal, como nos revela Ellen Schlüchter: “Como una concreción del juez legal, de cuyas exigencias nadie debe ser privado (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), actúan Salas de justicia en todos los órdenes jurisdiccionales y, naturalmente, también en el orden jurisdiccional penal (§13 GVG). (...) Para hacer efectiva la garantía del juez legal se tienen que determinar con carácter previo los órganos jurisdiccionales competentes para la decisión.” (SCHLÜCHTER, Ellen. **Derecho**

Lei Orgânica dos Tribunais, de 09 de maio de 1975; na Itália, no art. 25.1 da Constituição de 1947 (ninguém pode ser subtraído do juiz natural preconstituído pela lei) e, na Constituição Espanhola, no art. 24.2 (<<todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley>>.).

Apesar da evidente tradição legislativa europeia no que se refere à proteção desta garantia, não se pode negar que a sua efetivação no sentido mais amplo - do julgamento realizado por um juiz com sua competência estabelecida de forma taxativa por lei anterior ao fato -, só viria tardiamente, e em alguns países jamais teria lugar.

Na Itália, embora o princípio do juiz natural estivesse expressamente assegurado na Constituição que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, a sua aplicação foi alvo de inúmeras manipulações fascistas, que artificialmente o esvaziavam de seu conteúdo mais democrático, reduzindo-o à simples proibição dos chamados tribunais extraordinários ou de exceção. Fundado nas observações de Franco Cordero, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho comenta que:

“Não menos realista está o mesmo Cordero, ainda tratando sobre o *Codice Rocco*, de 1930, quando coloca não só Manzini, mas Alfredo Rocco, Carl Schmitt e os fascistas, de um modo geral, nos seus devidos lugares, a fim de que, com eles, ninguém se engane. Como se sabe, o Projeto do dito Código foi de Manzini e, para não restar dúvida, Cordero cita os *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura*

penale, v. VIII, *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929, 7. Ali, resta patente que ‘nel progetto, in verità, tutti gli istituti processuali sono pienamente informati ai principi fondamentali fissati dalla Rivoluzione spirituale che creò il presente Regime político’, ou seja, ‘il progetto há carattere squisitamente italiano non solo perchè s’ispira ai concetti fondamentali della dottrina fascista dello Stato, che è dottrina di pura marca italica, ma altresì si è svincolato da ogni modello straniero’. Manzini, então, seguindo o dispositivo do art. 65 das *Disposizioni transitorie del Regio decreto 28 maggio 1931, n. 602* (que dispunha sobre as *Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale*), não deixa dúvida ao admitir a aplicação de lei processual nova, de qualquer natureza, inclusive sobre a competência, salvo disposição expressa em contrário.”¹³³

No Brasil, não foi diferente já que o princípio do juiz natural surge como fruto do pensamento iluminista do Imperador D. Pedro I, que o fez constar

¹³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual**. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século), (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p.203 e 204. Aliás, durante muitos anos os italianos se debateram para fixar os limites do próprio conteúdo do princípio do juiz natural, expresso na Constituição de 1948. Só em 1962, numa decisão proferida pela Alta Corte de Justiça Italiana, é que o princípio ganharia formalmente sua fórmula mais completa. De acordo com Juan Guevara, esta decisão constitui “sin lugar a dudas un punto de referencia fundamental para comprender la elaboración del principio del Juez natural, y ello no tanto la motivación a que la Corte quiere llegar y por la interpretación suministrada del apartado 1. del artículo 25 de la Constitución, ya que después de afirmar la identificación de la prohibición de la distracción del Juez natural con la de instituir Jueces extraordinarios resuelve que la preconstitución del Juez por la ley consiste en la <<previa determinación, con relación al hecho abstracto realizable en el futuro y no a posteriori>>, o sea, una competencia fijada, sin alternativas, inmediatamente y exclusivamente por la ley, excluyendo la posibilidad de una <<alternativa entre un Juez y outro, prevista por la ley, pero resoluble a posteriori, mediante un procedimiento singular en

no art. 179, do Título 8º - Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824¹³⁴: “A inviolabilidade dos direitos cíveis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: 11) Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita; 16) Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública; 17) À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.”

Contudo, sua aplicação resta bastante prejudicada, primeiro porque o texto constitucional não é claro de modo a garantir que o juiz deve ter sua competência definida taxativamente por lei anterior ao fato. Ademais, quando menciona que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior”, não elucida se é a competência do juiz que será definida em lei anterior ao fato ou se é o próprio fato que deverá ser definido em lei anterior, o que por evidente já abre espaço para manipulações como a

relación a un dato del procedimiento>>, desde el momento en que <<preconstitución del Juez y discrecionalidad en su designación son criterios de imposible conciliación>>.”

¹³⁴ “O Imperador tomou parte ativa na elaboração do texto constitucional, rascunhando artigos e ditando outros, que teriam servido de base para a elaboração do texto final, mas é absolutamente certo que nem tudo o que consta dos rascunhos da lavra do Imperador, entrou na Carta Constitucional. O art. 179 da Carta Política do Império definiu os ‘direitos cíveis e políticos dos cidadãos brasileiros’ estabelecendo ‘preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.’ Cumpria, assim, de certa forma, o Imperador, a promessa contida no decreto de dissolução da Constituinte, de que o projeto que elaboraria seria ‘duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembléia acabou de fazer’.”

manutenção de alguns privilégios de foro. Deste modo, pode-se concluir que o princípio do juiz natural não teve efetiva e ampla aplicação em tempos de Império.

O mesmo ocorreu com a Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que também garantiu apenas formalmente a vigência do princípio do juiz natural, em seu art. 72, da Seção II – Declaração de Direitos, do Título IV – Dos cidadãos brasileiros: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: §15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 23. À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.”¹³⁵

Após a vitória de Getúlio Vargas sobre os revolucionários constitucionalistas, foi promulgada, em 16 de julho de 1934, a segunda Constituição da República, que em seu art. 113, do Capítulo II – Dos direitos e das garantias individuais, do Título III – Da declaração de direitos, trazia redação não muito distinta das anteriores: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à

(PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 86).

¹³⁵ Como ressalta José Henrique Pierangelli, “a Constituição de 1891, de maneira implícita, outorgou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo, ao dispor, em seu art. 34, entre as atribuições do Congresso, a de ‘legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal.’ Tendo em vista o permissivo constitucional, alguns Estados-membros e apressaram em elaborar os seus códigos de processo penal, enquanto outros preferiram prosseguir com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, com as modificações que haviam processado, e legislarem supletivamente.” (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 161).

liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas; 26) Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.” Aqui se tem o princípio de juiz natural garantido na sua mais extensa significação, aquela que assegura a todos um julgamento realizado por juiz ou tribunal com sua competência definida por lei anterior ao fato.

Com o golpe de Getúlio Vargas e a instauração da ditadura no país, outorga-se em 10 de outubro de 1937, a Constituição do Estado Novo, que em seu preâmbulo esclarecia: Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes do crescente agramento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; (...) Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade.” Apesar de todo este discurso, como era de se esperar de um regime em que os direitos e garantias fundamentais só fazem atrapalhar e obstaculizar a violência repressora, o princípio do juiz natural não teve nem seu espaço formal seu espaço nem nova Constituição.

Tal princípio voltaria a integrar a ordem constitucional brasileira em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da Constituição que marcou o retorno ao regime democrático e a deposição de Getúlio Vargas. O art.141, do Capítulo II – Dos direitos e garantias individuais, do referido texto constitucional, estabelecia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26. Não haverá fôro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.” Como se pode perceber, a Constituição de 1946 assegurava o princípio do juiz natural nos mesmos termos da nossa atual Constituição de 1988.

Os tempos de democracia durariam pouco e depois de uma breve passagem pelo regime parlamentarista, o golpe militar de 1964 levaria o Brasil a mergulhar num longo e nefasto período ditatorial. Atos institucionais foram publicados pela cúpula do golpe para alterar o texto Constitucional de 1946, que alguns meses depois da posse do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco estava irreconhecível. A Constituição de 1967 viria substituí-lo, suprimindo grande parte das garantias antes previstas. O princípio do juiz natural foi assegurado pela “metade” – se é que se pode falar em garantias pela metade – e o art. 150, do Capítulo IV – Dos direitos e garantias Individuais, estabelecia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla

defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.” Ou seja, o novo texto constitucional sequer faz menção ao fato de que os julgamentos deverão ser realizados por juízes competentes. Na mesma linha vai ser imposta a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.

Por fim, é preciso lembrar que este período ditatorial seria marcado pelo desrespeito aos direitos e garantias do cidadão, inclusive ao princípio do juiz natural. Como ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “natural, assim, que o princípio do Juiz Natural não ganhasse o devido espaço, muito menos onde é essencial, ou seja, evitar que se altere a competência depois dela estar fixada, mas aí, é inútil dizer, não haveria espaço à manipulação dos órgãos jurisdicionais e poderia estar comprometida a *Raison d’État*. Mudar a competência depois de ter sido ela fixada só cabe para violar o princípio da garantia individual, seja para beneficiar alguns, seja para prejudicar outros, seja ainda por puro comodismo.”¹³⁶

— Como todos celebram, depois de um interminável período de militarismo repressivo, o Brasil retomou o rumo democrático e em 05 de outubro de 1988 entrou em vigor a Constituição da Reabertura Política, em que o princípio do juiz natural volta a ser assegurado em toda a sua amplitude, como se pode imaginar.

III. 3 Como garantia na Constituição de 1988

É preciso anotar que o constituinte de 88 não garantiu apenas formalmente o princípio do juiz natural, mas buscou em particular criar um ambiente necessário à sua concreta aplicação.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso esclarece que, “ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e a difusão de um sentimento e afeição em relação à Lei Maior. O último decênio é marcado pela preocupação, tanto do próprio constituinte, como da doutrina e dos tribunais, com a efetividade do texto constitucional, isto é, com o seu real cumprimento, com a concretização da norma no mundo dos fatos e na vida das pessoas.”¹³⁷

Ademais, tal preocupação com a efetividade da Constituição levou os operadores jurídicos a apostarem na sua força normativa e a pregarem a supremacia das regras nela inscritas¹³⁸. Não por outro motivo, a consagração do

¹³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual**. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século), (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p.204.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso**. Temas Constitucionais. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar. 2001, p. 47.

¹³⁸ “A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto que dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela. (...) A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção constitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma acção inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito). Neste sentido se afirma que a força normativa da Constituição também se revela no tipo de sanções que estabelece no caso de violação de suas normas positivas, ou seja, as que impõem ao legislador ou a outros órgãos a

princípio do juiz natural no texto constitucional elevou esta garantia processual ao topo da pirâmide normativa, junto aos demais preceitos que devem delinear a estrutura de nosso Estado Democrático de Direito e logicamente informar a leitura de todas as regras infra-constitucionais¹³⁹.

Note-se que esta perspectiva de leitura da legislação infra-constitucional (inclua-se aí os Códigos de Processo Civil e Penal) tendo como filtro¹⁴⁰ o princípio do juiz natural é de suma importância e figura como verdadeira nervura da presente investigação, já que se tem a tese garantista como

adoção de medidas tendentes a assegurar as sua concretização.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 46)

¹³⁹“As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da Sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo. Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995, p. 39). No mesmo sentido, Canotilho e Vital Moreira assinalam: “A Constituição é, desde logo, pressuposto da produção normativa do Estado. Com efeito, a Constituição que individualiza os órgãos competentes para editar normas jurídicas, seja de valor legislativo, seja de valor regulamentar.(...) A Constituição define o estatuto dos órgãos do poder político. São as normas constitucionais que <<conformam>> o processo político, fixando os órgãos do poder político, as suas atribuições e competência.” (CANOTILHO, J.J.Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 41).

¹⁴⁰ “Esse trabalho de adequação – ‘filtragem’ (negativa aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante. O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)**. Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, ADV. jun., p. 49, 1993). Ver sobre o assunto: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999. Em relação à filtragem constitucional das regras de direito processual penal, Alexandre Wunderlich assevera que é importante a “(re)leitura e a (re)interpretação das normas adjetivas infraconstitucionais à luz da nova óptica de Estado Constitucional, sendo evidente que nem toda norma vigente é também válida, limitando-se, com isso, o arbítrio judicante e legiferante estatal (como legitimado agente racionalizador de conflito) no poder punitivo.” (WÜNDERLICH, Alexandre. **Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re) discussão**. Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo (org. Alexandre Wunderlich) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 16).

ponto de partida para construção de todos os elementos da teoria geral do direito processual penal abordados neste estudo.

Corolário lógico dos princípios da isonomia e da imparcialidade, o princípio do juiz natural se encontra elencado dentre os direitos e garantias fundamentais¹⁴¹.

Quanto à nomenclatura do direito ou garantia do juiz natural, deve-se ressaltar que boa parte dos constitucionalistas se preocupa em diferenciar as garantias dos direitos fundamentais¹⁴², como ressalta Alexandre de Moraes: “A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.”¹⁴³ Todavia, aqui é preferível continuar com Canotilho que não estabelece tal diferença alegando que as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção de direitos, que se expressa pela exigência de atuação do poder público para

¹⁴¹ Os direitos fundamentais são concebidos como direitos humanos que ganharam positivação nas Constituições dos países. Ver sobre o assunto: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 500.

¹⁴² Veja-se por todos BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, 481 e ss, e SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 182 e ss..

¹⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

assegurar tal proteção ou pelo estabelecimento de mecanismos processuais adequados a essa finalidade¹⁴⁴.

Em relação ao texto constitucional, é o art. 5º, XXXVII e LIII, que prevê respectivamente, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, pode-se dizer que desta forma garante implicitamente o princípio do juiz natural em seus três aspectos: “a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.// b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e de sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.// c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem legal taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 322 e 323. Neste sentido, ver ainda: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. (trad. Andrés Ibáñez e outros) 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 590; DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. **Corso di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 1992, p. 71 e ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 174 e ss., 1998; DOTTL, René Ariel. **Principios do processo penal**. Revista dos Tribunais, n. 687, jan., 1993, p. 257; SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 49 e ss.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994, p. 56; TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 120 e ss.; KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 38 e ss.; AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 119 e ss.; SCHWAB, Karl Heinz. **Divisão de funções e o juiz natural**. Justitia, (trad. Nelson Nery Junior) São Paulo, a. 49, v. 139, jul./set., 37 e ss., 1987; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense, 1990, p. 23 e ss. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 117 e ss; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal**

Apesar de muito semelhante ao texto constitucional de 1946, não se pode ignorar que os tempos são outros e o cuidado na escolha das palavras certas para consagrar o princípio teve um motivo forte: a manipulação da questão da competência durante os anos de ditadura militar. Afinal, como enfatiza Clèmerson Merlin Clève, “é preciso ter claro que a Constituição brasileira sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro.”¹⁴⁶

Não foi por outra razão que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho recordou que a adesão irrestrita de Frederico Marques aos escritos fascistas de Vincenzo Manzini¹⁴⁷ permitiu que por muitos anos o juiz natural fosse pensado no Brasil como o juiz preconstituído em lei, sem que se fizesse menção a necessidade de ter sua competência definida segundo uma ordem taxativa:

“Tal adesão, de alta periculosidade quando envolve autor do quilate do grande articulador teórico do nosso Direito Processual Penal, só poderia ter

argentino. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 487 e ss ; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal: conceptos fundamentales.** Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 67 e ss., GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El proceso alemán: introducción y normas básicas.** Barcelona: Bosch, 1985, p. 48 e ss., ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** (trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor) Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 31 e ss., p. 190 e ss., e PENALVA, Ernesto Pedraz. **Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal.** Madrid: Colex, 2000, p. 190 e ss..

¹⁴⁶ “Define uma resposta para o passado, daí porque exige a transparência e a moralidade da Administração Pública, aposta na função social da propriedade, essencialmente da urbana, censura os juros bancários arrancados dos cidadãos desindexados, atualiza a Federação, investindo na descentralização, restringe os poderes do Executivo antes hipertrofiado, etc. Mas a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para sociedade e o Estado. A república brasileira (a *res publica*), compreendida como comunidade nacional independente – momento da unidade – e constituída por classes e frações de classes sociais – momento do conflito –, desde o prisma jurídico, possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional. Cumpre buscar a efetividade desses comandos e esta é uma missão que não pode ser negligenciada por aqueles que pretendem trabalhar um direito alternativo.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória).** Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, ADV, jun., p. 48, 1993).

¹⁴⁷ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal.** (trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín) Buenos Aires: EJE, 1951, p. 228 e ss.

consequências funestas, como acabou ocorrendo com a posição do e. STF em relação à aplicação do art. 8º, do Ato Institucional n. 2, de 27.10.65, em que pese decisão histórica, anterior e contrária, no Conflito de Jurisdição n. 3.625, de Minas Gerais, onde era suscitante a Auditoria da Quarta Região Militar e suscitados o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, sendo relator o Ministro Aliomar Baleeiro, perante o Tribunal Pleno, em 22.02.67. (...) A reviravolta na posição do e. STF deu-se, definitivamente, com a edição da Súmula n. 526 ('Subsiste a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a apelação, nos crimes da Lei de Segurança Nacional, se houve sentença antes da vigência do AI 2'), em 03.10.69.”¹⁴⁸

Deste modo, podemos concluir que foi procurando evitar tal manipulação que o constituinte de 88 não se restringiu a pronunciar “ninguém será privado de seu juiz natural” e foi mais longe, deixando claro que é direito fundamental do cidadão ser processado e julgado pelo seu juiz, com a competência definida em lei anterior à ocorrência do fato.

Além disso, não se pode deixar de ressaltar que ao tratar do juiz natural enquanto direito ou garantia fundamental o constituinte o alçou ao que Canotilho chama de um lugar de especial dignidade. Isto porque as normas que protegem tal espécie de direitos ou garantias ganham o que se pode nominar de “fundamentalidade” formal e material: formal, uma vez que são colocadas no grau superior da ordem jurídica; encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; constituem limites materiais à própria revisão e, por serem

¹⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual**. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século), (org.

dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, e material por seu conteúdo ser constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade¹⁴⁹. Note-se que não é demais lembrar que o princípio do juiz natural figura como verdadeira cláusula pétrea em nosso ordenamento constitucional, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, CF, impede que emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais sejam deliberadas. Ou seja, conclui-se que só uma nova ordem constitucional é capaz de privar os cidadãos brasileiros do direito ao julgamento pelo seu juiz natural.

Não se poderia deixar de considerar, ainda, que em sendo a Constituição brasileira compromissória¹⁵⁰, democraticamente condensadora de um compromisso entre as facções que participaram de jogo político que conduziu à sua elaboração, tem-se o princípio do juiz natural, bem como os demais direitos fundamentais, como verdadeiras conquistas sociais no processo constituinte e, conseqüentemente, valioso foco de resistência em relação à restauração de uma prática violenta e opressora de poder¹⁵¹.

Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 204-205.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 499.

¹⁵⁰ “Tese defendida inicialmente por Clémerson Merlin Clève, em **A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)**. Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, ADV, jun., 1993.

¹⁵¹ Neste sentido, posiciona-se Lenio Luiz Streck: “Proponho, assim, o que Garcia Herrera magnificamente conceitual como ‘resistência constitucional’, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre os princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente a competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 271)

Aliás, tal resistência assume grande importância em tempos atuais, em que o Estado foi minimizado e as conquistas da modernidade estampadas em nossa Constituição vêm sendo atropeladas pelo pensamento neoliberal. Até porque cada dia se torna mais evidente a substituição dos direitos fundamentais do cidadão pelos direitos do *homo economicus* (do homem do mercado, do consumidor), principalmente quando dizem com a jurisdição, talvez a única capaz de escapar da comodidade do lugar comum e resgatar as velhas conquistas¹⁵².

Não por outro motivo, cada caso singular deve ter, quanto à competência, o seu ponto de partida fixado no juiz natural.

¹⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: Edibej, 1996, p. 76

IV. COMPETÊNCIA

IV.1. Critérios para conceituação e divisão

As definições mais corriqueiras de competência são aquelas que se restringem a enunciá-la como divisão, limite ou medida do poder jurisdicional, e que não raro confundem-na com a própria jurisdição. Veja-se, por todos, Frederico Marques, que afirma: “A competência é assim o poder de julgar destinado pela lei a ser exercido sobre certas matérias, somente em certos lugares e apenas em relação a determinada fase processual. Dizem, por isso, os autores que a competência é a medida da jurisdição: aquela é o poder de julgar organizado, e esta o poder de julgar constituído. Quando êsse poder, de abstrato se torna concreto, em face de algum litígio, determinada fica a competência, que é a medida usada no distribuir-se a jurisdição entre os vários magistrados ou órgãos judiciários.”¹⁵³

Não se pode dizer que tal conceito é errado, mas também não é de todo certo, razão por que deve ser evitado, ainda que seja o mais difundido.

O primeiro problema de uma formulação desse tipo é que descuradamente confunde os conceitos de jurisdição e competência, quando afirma p. ex. que “a competência é o poder de julgar”. Note-se que de acordo

¹⁵³ MARQUES, José Frederico. **Competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 36 e 37.

com o que foi discutido outrora, a competência não é o poder de julgar, mas sim a jurisdição.

O segundo grande equívoco reside no fato de que ignora tratar-se a jurisdição, antes de tudo, de poder, que conseqüentemente não pode ser dividido, mensurado ou até limitado: não é outra coisa que enuncia a princípio da indivisibilidade da jurisdição, sem o qual não se constitui, corretamente, a coisa julgada.

Nos termos da concepção foucaultiana adotada, o poder não é algo que possa ser adquirido, subtraído, dividido, mensurado ou limitado, mas algo que se exerce de forma pulverizada até nas mais ínfimas relações de uma sociedade.¹⁵⁴ Enfim, jurisdição una não se divide; ou não se limita.

Ademais, a única coisa que pode ser limitada é o exercício desse poder, pelos chamados pontos de resistência, “singularidades de resistência, os ‘pontos, nós, focos’ que se efetuam por sua vez sobre os estratos, mas de maneira a tornar possível a mudança.”¹⁵⁵

Na presente investigação, tais pontos de resistência ganham um colorido especial quando se identificam com os direitos e as garantias constitucionais que impedem o exercício de um poder jurisdicional normalizador, dentre os quais se destaca essencialmente o princípio do juiz natural, que tem

¹⁵⁴ MACHADO, Roberto. **Introdução: por uma genealogia do poder.** Microfísica do poder, (org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. XIV.

¹⁵⁵ DELEUZE, Gilles. **Foucault.** (trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 96. [trad. br. do original: DELEUZE, Gilles. **Foucault.** Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 95: “des singularités de résistance, tels <<points, noeuds, foyers>>, que s’effectuent à leur tour sur les strates, mais de manière à en rendre le changement possible.”].

como um de seus postulados a determinação da competência.¹⁵⁶

Não por outro motivo, a competência se define como um limite ao exercício do poder jurisdicional, imposto pelo princípio do juiz natural e que funciona como garantia fundamental do cidadão contra o seu uso arbitrário.

Neste sentido, Franco Cordero ressalta que a competência “não é medida da jurisdição atribuída ao órgão (assim soa uma acreditada fórmula): se o fosse, as decisões emitidas por incompetente seriam *inutiliter datae* ou seja <<inexistentes>>; e no lugar de, não impugnadas, tornam-se irrevogáveis, constituindo coisa julgada.”¹⁵⁷

Ao limitar o exercício do poder jurisdicional, a competência acaba por operacionalizá-lo, fazendo-o funcionar de acordo com determinados critérios, que no direito processual se estabelecem como os chamados critérios de divisão de competência, mormente a partir do pensamento de Chiovenda, que os traduz em: 1º) objetivo, 2º) territorial e 3º) funcional, a serem perquiridos na estrita

¹⁵⁶ Ao comentar o art. 25, da Constituição Italiana, Franco Cordero afirma que: “L’art. 25 Cost. contiene una definizione ricca: <<nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge>>. Le ultime due parole ribadiscono la riserva classica sulla forma degli atti normativi attinenti alla competenza. (...) Ma non basta che sia ordinario: dev’essere <<precostituito>>; e qui l’art. 25 esclude varianti alla competenza *post factum*, anche se l’organo *de quo* corrisponde agli archetipi preesistenti.” (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè. 1995, p. 114) [trad. da autora: “O art. 25 Const. contém uma definição rica: <<ninguém pode ser afastado do juiz natural pré-constituído por lei>>. As últimas duas palavras insistem na reserva clássica sobre a forma dos atos normativos atinentes à competência. (...) Mas não basta que seja ordinário: deve ser <<preconstituído>>; e aqui o art. 25 exclui variações de competência *post factum*, ainda que o órgão *de quo* corresponda aos arquétipos preexistentes.”] No mesmo sentido, Figueiredo Dias assevera: “Cabe só anotar ainda que também esta determinação da competência vem revelar-se como um postulado do princípio do <<juiz natural>>.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 329)

¹⁵⁷ [trad. da autora: “Non è misura della giurisdizione attribuita all’organo (così suona un’accreditata formula): se lo fosse, le decisioni emesse dall’incompetente sarebbero *inutiliter datae* ossi <<inesistente>>; e invece, non impugunate, diventano irrevocabili, costituendo cosa giudicata. Definiamola nei seguenti termini: a tutti giudici penali spetta l’intero potere, ma uno solo (individuabile ante factum) è chiamato a proceder nel caso singolo; gli altri devono astenersene.”] (CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 3. ed. Roma: Giuffrè, 1995, p. 133).

ordem arrolada: “Extrai-se o critério objetivo ou do valor da causa (competência por valor) ou da natureza da causa (competência por matéria). (...) O critério territorial relaciona-se com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional. (...) O critério funcional extrai-se da natureza e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo.”¹⁵⁸ Por razões óbvias, a competência por valor só tem importância para o direito processual penal porque, por ele, entende-se que se trata da quantidade da pena estabelecida em abstrato ao tipo de crime.

Evidentemente, em virtude do princípio do juiz natural, tais critérios devem vir expressos em lei anterior ao fato que será submetido à atuação do poder jurisdicional e, ainda, deverão determinar de forma taxativa qual o órgão que terá o exercício de tal poder.

Considerando que as legislações, em geral, não lhes imprime organização científica, como é o caso da brasileira¹⁵⁹, várias teorias foram elaboradas para tentar sistematizá-los. Em suma, ainda que cada autor – em geral copiando de outros – refira-se aos critérios de distribuição de competência de Chiovenda – como se lhes tivesse adotado –, constrói o seu, a partir da leitura da lei, quiçá porque ainda se ensinam, em larga escala, as “leis” e não o Direito Processual Penal.

¹⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. (trad. J. Guimarães Menegale) São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II, p. 154 e 155.

¹⁵⁹ Completa falta de cientificidade marca a definição dos critérios de divisão da competência no Código de Processo Penal Brasileiro, o que por certo traz enorme dificuldade no momento de indicação do juiz natural para julgamento dos casos penais. Tanto isso é verdade, que a presente investigação, quando define a competência nos crimes plurilocais, não se utiliza diretamente da sistematização estabelecida pela regra do art. 69, do CPP, que estabelece: “Determinará a competência jurisdicional: I- o lugar da infração; II- o domicílio ou residência do réu; III- a

Veja-se, por exemplo, Frederico Marques, que apesar de nitidamente se utilizar dos critérios chiovendianos, alega que divide a competência com base nos estudos de Carnelutti¹⁶⁰ e acaba produzindo um discurso desordenado, que só serve para confundir os desavisados, principalmente aqueles que o repetem¹⁶¹: “Adaptando, portanto, ao processo penal, a distinção decorrente da diferença do modo de ser da lide e do modo de ser do processo (competência material e competência funcional), diz Carnelutti que o critério fundamental para a reconstrução científica do instituto se baseia na antítese entre sujeito e objeto do poder jurisdicional, conforme seja limitado pela natureza dos atos, que deva realizar ou dos fatos em relação aos quais deve operar. No primeiro caso, os poderes jurisdicionais são distribuídos e limitados funcionalmente, e no segundo, materialmente: donde distinguir-se uma competência funcional e outra material.”¹⁶² Todavia, no índice do seu livro a divisão é clara: primeiro trata da competência material, depois da competência territorial e, por último, da competência funcional.

Assim, tendo em vista a opção por uma definição chiovendiana de jurisdição, é preferível ser fiel aos critérios estabelecidos pelo próprio Chiovenda.

natureza da infração; IV- a distribuição; V- a conexão ou continência; VI- a prevenção; VII- a prerrogativa de função.”

¹⁶⁰ “Según mi actual punto de vista, el criterio fundamental para la reconstrucción científica del instituto está fundado sobre la antítesis entre el sujeto y el objeto de la postestad en el sentido de que el límite depende de la naturaleza de los actos que se trata de cumplir, o de la de los hechos respecto de los cuales los actos deben ser cumplidos. Seguiendo una terminología tradicional (aun cuando, como se verá, en uno de sus términos levemente modificada), se habla en cuanto al primer caso de competencia funcional, y en cuanto al segundo de competencia material.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. (trad. Santiago Sentis Melendo) Buenos Aires: Bosch, v. II, 1950, p. 283).

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 16. ed. Saraiva: São Paulo, v. II, 1994; KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, e PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

os quais serão abordados oportunamente pela leitura de Giovanni Leone¹⁶³: “Os critérios, com base nos quais nossa lei processual distribui a competência são três: a) matéria; b) lugar; c) função; dentre os quais resta excluído o critério do valor, sob o qual estava fundada uma ulterior especificação da competência em matéria civil”.

Finalmente, procurando elucidar ainda mais os critérios chiovendianos e considerando sua adaptação ao processo penal, Figueiredo Dias afirma que “a determinação em concreto do tribunal competente para o conhecimento e decisão de um caso penal não é questão que possa ser respondida *uno actu*, antes implica a resposta a três perguntas estruturalmente diferentes: // a) qual o tribunal que segundo a sua espécie (v.g. tribunal de polícia, juízo correcional, juízo criminal, Tribunal da Relação, Supremo Tribunal de Justiça, Plenário Criminal, Tribunal do Contencioso Aduaneiro, Tribunal Militar, etc.), deve conhecer de um caso penal de certa natureza (v.g. embriaguez em lugar público, homicídio involuntário ou voluntário, prevaricação, crime contra a segurança do Estado, contrabando, deserção, etc.)? Trata-se aqui do problema da determinação da competência material. // b) Qual o tribunal que, entre os da mesma espécie materialmente competente para o caso, deve, segundo sua localização no território, ser chamado para conhecer e decidir concretamente de um certo facto? É o problema da determinação da competência territorial. // c) A determinação da competência relativa aos dois índices apontados – material e

¹⁶² MARQUES, José Frederico. **Competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 36 e 37.

territorial – é feita pela lei tendo em atenção o desenvolvimento inicial do caso e, assim, o seu processamento em primeira instância. Há pois que responder ainda a uma terceira questão, qual é a de determinar o tribunal (ou tribunais) competente(s) para o desenvolvimento do processo ou de singulares actos processuais fora da atividade cognitiva de primeira instância (competência hierárquica), ou - dentro da mesma instância – para certas fases da prossecução processual. E pois que a determinação desta espécie de competência se relaciona assim, primariamente, com a função jurisdicional a desempenhar pelos tribunais segundo a sua categoria, costuma a doutrina abrangê-la no designativo comum de competência funcional.»¹⁶⁴

Para o presente estudo interessam mormente as respostas dadas às questões relativas à competência material e territorial, que trazem alguma polémica quanto à efetivação do princípio do juiz natural no processamento dos crimes plurilocais, que se definem essencialmente como crimes que, praticados dentro de um mesmo país, tem sua consumação em lugar diverso de sua execução.

IV.2 Competência material nos crimes plurilocais

¹⁶³ LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951. p. 85 e ss.

¹⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 330-331.

De acordo com o critério chiovendiano e suas adaptações para o processo penal, estabeleceu-se que a competência material será determinada pela natureza do crime.

O grande desafio reside em saber corretamente de que natureza do crime se está falando. Aqui, é preciso ter em mente que na legislação brasileira o critério de determinação da competência material tem por fundamento o antigo Código de Processo Penal italiano.

Como se sabe, o CPP brasileiro é quase uma cópia do Código Rocco Italiano, que por sua vez trata da matéria relativa à competência nos moldes do Código de Processo Penal de 1913 (que entrou em vigor em 1914), o qual toma por base o conceito de crime adotado no Código Penal de 1888 (conhecido como Código de Zanardelli, que entrou em vigor em 1889)¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Ugo Conti, em seus comentários ao Código Rocco (1930), ressalta que as regras referentes à competência não trouxeram grandes modificações em relação ao que se estabelecia no CPP de 1913: “La materia disciplinata in questo titolo avendo per contenuto le norme riflettenti il giudice ordinario comprende pertanto la distribuzione della competenza della Autorità giudiziaria ordinaria e le norme che a questa distribuzione più strettamente aderiscono come quelle riflettenti la commissione dei procedimenti, i conflitti di competenza e di giurisdizione e la rimessione dei procedimenti ad altra autorità giudiziaria ordinaria diversa da quella normalmente competente: norme tutte queste che determinano la legittimazione dell’esercizio del potere da parte del giudice. Comprende altresì le norme riflettenti la garanzia personale della imparzialità del giudice (astensione e recusazione). Come sarà detto nel commento alle singole disposizioni legislative no vi sono innovazioni di carattere sostanziale negli istituti processuali regolati in questo Il titolo. L’innovazione più interessante è rappresentata dalla abolizione della competenza qualitativa, in relazione alla nuova organizzazione della Corte d’Assise.” (CONTI, Ugo. **Il codice di procedura penale: illustrato articolo per articolo**. Milano: Editrice, v. I, 1937, p. 168). [trad. da autora: “A matéria disciplinada neste título tendo por conteúdo as normas referentes ao juiz ordinário compreende portanto a distribuição da competência da Autoridade judiciária ordinária e as normas que a esta distribuição mais estritamente aderem como aquelas relativas à comissão dos procedimentos e conflitos de competência e de jurisdição e a remissão dos procedimentos à outra autoridade judiciária ordinária diversa daquela normalmente competente: normas todas estas que determinam a legitimação do exercício do poder por parte do juiz. Compreende ainda as normas referentes à garantia pessoal da imparcialidade do juiz (abstenção e recusa). Como será dito no comentário às singulares disposições legislativas não existem inovações de caráter substancial nos institutos processuais regulados neste título. A inovação mais interessante é representada pela abolição da competência qualitativa, em relação à nova organização da Corte d’Assise.”]. Apenas a título de

O conceito de crime adotado pelo Código de Zanardelli era essencialmente aquele delineado pela “escola clássica”¹⁶⁶, assim chamada pejorativamente por Enrico Ferri, um dos representantes da escola positivista.

A mencionada Escola Clássica tem como fundamento a corrente iluminista do século XVIII, marcada pelo jusnaturalismo contratualista preconizado por Cesare Beccaria¹⁶⁷ (1738-1794), os irmãos Verri¹⁶⁸ (Pietro e Alejandro), dentre outros a começar pelos membros da famosa “Accademia dei Pugni” de Milão¹⁶⁹. Divide-se basicamente em dois grandes períodos, um teórico-

curiosidade, a competência qualitativa da Corte d’Assise será restabelecida por uma lei de 10 de abril de 1951. (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 85). Sobre o Código de 1930, é imprescindível a leitura de Franco Cordero: “Approvato dal r. d. 19 ottobre 1930, nr. 1399, il nuovo codice vige dal 1º luglio seguente. Sul piano tecnico vale qualcosa più del predecessore. Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini hanno soltanto sviluppato in logica quadrata l’assunto criptoquisitorio del vecchio testo, affossando impietosamente quel semigarantismo; non manca una rude moralità nell’operazione: ecco cosa significa ‘processo misto’, a essere coerenti. (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, P. 100). [trad. da autora: Aprovada pela r. d. em 19 outubro 1930, nr. 1399, o novo código vige em 1º de julho seguinte. Sobre o plano técnico vale alguma coisa mais que o antecessor. Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini desenvolveram sobretudo em lógica quadrada o assunto cripto-inquisitório do velho texto, enterrando impiedosamente aquele semigarantismo; não falta uma rude moralidade na operação: eis o que significa ‘processo misto’, para ser coerente.”]

¹⁶⁶ As origens filosóficas da nominada escola clássica remetem a Hugo Grotio, Christian Wolff, Spinoza, Hobbes, Puffendorf, John Locke, Rousseau e Montesquieu os quais combatiam, diretamente, o direito romano e o direito canônico, propondo novas visões a respeito do Direito Penal. Não se poderia, ainda, deixar de falar da influência de Marat, Kant, Feuerbach e Bentham no pensamento dos chamados penalistas do contratualismo. “Costuma-se dizer que são postulados da escola clássica certos princípios básicos que aparecem na obra de Carrara e que são os seguintes: (a) - o crime é um ente jurídico, o que significa que o crime é violação do direito, como exigência racional (e não como norma jurídica do direito positivo); (b) - responsabilidade penal fundada no livre arbítrio, sendo a liberdade de querer um axioma fundamental para todo o sistema do direito punitivo; (c) - a pena é retribuição jurídica e restabelecimento da ordem externa violada pelo direito; (d) - método lógico-abstrato no estudo do direito penal.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 43 e 44).

¹⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1974.

¹⁶⁸ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

¹⁶⁹ “Pietro Verri, juntamente com Beccaria, com seu irmão Alessandro Verri e mais um grupo de intelectuais brilhantes, adeptos do Iluminismo, haviam fundado uma agremiação denominada ‘Accademia dei Pugni’, que mantinha uma publicação periódica intitulada *Il Caffè*, por meio da qual combatiam o atraso e a desumanidade do sistema jurídico vigente, propondo mudanças substanciais, para que prevalecessem o Progresso e a Razão.” (DALLARI, Dalmo de Abreu.

filosófico, de influência utilitarista, cuja fundamentação reside na necessidade social, representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; e outro ético-jurídico ou prático, de cunho metafísico e jusnaturalista, representado pela visão da pena como uma ética de retribuição, cujos precursores são: Pelegrino, Carrara e Pessina.

Importa, de maneira particular, o conceito de crime de Francesco Carrara, artífice desse segundo período da Escola Clássica, que teve grande influência no Direito Penal Italiano do final dos oitocentos¹⁷⁰.

Carrara estuda o delito a partir do critério subjetivo-objetivo, ou seja, considerando essencialmente o sujeito e o resultado violador da lei, alcançado por sua conduta, definindo o agir criminoso como ponto de convergência entre duas forças, uma moral e outra física, que devem ser consideradas em sua causa (subjetivamente) e em seu resultado (objetivamente). Deste modo, considera que a força moral subjetiva do delito consiste na vontade inteligente do homem que agiu (que se expressa a título de dolo ou de culpa). “Por isso se chama fôrça interna, fôrça ativa. O seu resultado moral (ou fôrça moral do delito considerada objetivamente) é a intimidação, aliada ao mau exemplo que o delito produz entre os cidadãos, ou seja, o dano moral”¹⁷¹. Por outro lado, entende que a fôrça física subjetiva do delito “é representada pelo

Duzentos anos de condenação da tortura. Prefácio da obra: VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** (trad. Frederico Carotti) São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. XIV)

¹⁷⁰ A par do Código de Zanardelli não ser um código típico dela, como refere Fragoso, não se pode negar a influência vital da escola clássica no pensamento daqueles que o elaboraram, a começar pelo próprio Zanardelli (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 43 e 44; <http://www.cronologia.it/storia/biografie/>, 08.10.2001, às 21h).

¹⁷¹ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral.** (trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra) São Paulo: Saraiva, 1956, p. 75 e 76.

movimento do corpo com o qual o agente executa o desígnio perverso. Diz-se, por isso, fôrça externa; e, por oposição à fôrça derivada do espírito, fôrça passiva. O seu resultado (ou seja, a fôrça física do delito, considerada objetivamente) é a violação do direito atacado, ou como dizem alguns, o dano material do delito.”¹⁷² Por fim, o penalista italiano defende, ainda, que os delitos devem ser imputados de acordo com sua qualidade, que se auferi do direito ofendido, a quantidade, que diz respeito à gravidade do dano causado pela conjunção das fôrças moral e física, e o grau, que se refere à condição do sujeito ativo.

Sintetizando o pensamento do penalista italiano, tem-se: (i) o injusto, enquanto elemento objetivo do crime, que se configura com a causação de um evento socialmente danoso, e (ii) a culpabilidade, enquanto elemento subjetivo, que nada mais é do que a relação psicológica entre agente e resultado, apresentando-se na forma de dolo (quando se quer causar o injusto) e culpa (quando o injusto sobrevém como consequência da imprudência, negligência e imperícia).

A partir dessa explicação é possível entender porque Leone definiu que a competência material tem por base ora a índole do crime, que se determina pelo bem jurídico ofendido ou pela particular situação do sujeito ativo, ora a sua gravidade, que se consolida pela medida da pena. Nas palavras do autor: “A competência por matéria é dada pela repartição do poder jurisdicional penal entre os vários órgãos em consideração à índole ou à gravidade do crime. a) Há competência por matéria relacionada à índole do crime nos casos em que,

¹⁷² CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. (trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra) São Paulo: Saraiva, 1956, p. 75 e 76.

independentemente da gravidade desse (representada pela medida da pena), a atribuição do poder jurisdicional vem feita em relação ao bem jurídico ofendido ou a uma particular situação do sujeito ativo (critério qualitativo). B) Há competência por matéria em relação à gravidade do crime nos casos em que a atribuição do poder jurisdicional é feita em contemplação da medida da pena, que é o único índice de gravidade do crime (critério quantitativo).”¹⁷³

Portanto, é na esteira do antigo CPP italiano que a legislação processual penal brasileira, cópia daquela – repita-se – estabeleceu que critérios para divisão da competência, sendo que a competência material se define

¹⁷³ [trad. da autora] “La competenza per materia è data dalla ripartizione della potestà giurisdizionale penale fra i vari organi in considerazione dell’indole o della gravità del reato. a) Si há competenza per materia in rapporto all’indole del reato nei casi in cui, independentemente dalla gravità di esso (rapresentata dalla misura della pena), l’attribuzione della potestà giurisdizione viene fatta in relazione al bene giuridico offeso o ad una particolare situazione del soggetto attivo (criterio qualitativo). b) Si há competenza per materia in rapporto alla gravità del reato nei casi in cui l’attribuzione della potestà giurisdizionale à fatta in contemplazione della misura della pena, che à l’único indice di gravità del reato (criterio quantitativo).” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 85). Ver, ainda, LEONE, Giovanni. **Manuale di procedura penale**. Napoli: Jovene, 1960, p. 77; e LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal**. (trad. de Santiago Sentis Melendo) Buenos Aires: EJE, 1963, p. 342 e 343. Na Espanha, após a entrada em vigor do Código de Penal, em 1985, estabeleceu-se que a competência material vai definida pela índole do crime (critério qualitativo) ou pela sua gravidade (critério quantitativo), a competência territorial, fixada de regra conforme o lugar de consumação do delito e subsidiariamente segundo o lugar em que são descobertas as provas materiais do delito, no lugar que foi preso o suposto culpado, o lugar de residência do suposto culpado ou em qualquer onde houver sido cometido o delito, e a competência funcional, definida de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional. (AROCA, Juan Montero; GÓMES COLOMER, Juan Luis; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia. **Derecho Jurisdiccional: proceso penal**. 10. ed. Valencia: tirant lo blanch, v. III, 2000, p. 43 e ss.). Na Alemanha, a (i) competência material se define levando em conta o tipo de delito ou a sua gravidade; (ii) a competência territorial pode ser ordinária geral, que se define de regra pelo lugar de cometimento do delito, e subsidiariamente pelo domicílio ou residência habitual do acusado, pelo lugar da prisão do acusado ou pela prevenção, e ordinária especial, fixada nos casos de delito contra a segurança do Estado e crimes de imprensa, extraordinária por conexão, relativa aos casos conexos, e extraordinária de encargo superior, referente aos casos em que houver impedimento do Tribunal competente por motivos fáticos, jurídicos ou por perigo da segurança pública; por fim, (iii) a competência funcional é tratada dentro do competência material. (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El proceso penal alemán: introducción y normas básicas**. Barcelona: Bosch, 1985, p. 58 e ss.). Ver, ainda, no mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. (trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor) Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 28 e ss. e SCHLÜCHTER, Ellen. **Derecho**

essencialmente no espaço constitucional e se divide em: competência em sentido lato, atribuída a todos os órgãos jurisdicionais das justiças militares, eleitoral e comum; competência originária, atribuída aos tribunais que julgam as infrações penais praticadas por aqueles que possuem prerrogativa de função e, por fim, competência política atribuída ao Senado, presidido pelo Presidente do STF, nos casos do art. 52, da CR. Há, por outro lado, a competência material em sentido estrito, ou competência de juízo, que já não leva em consideração a natureza do crime em sentido amplo, mas as próprias espécies e tipos como, por exemplo, nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados através da circulação de veículos, que vão determinar a competência das Varas Especializadas em Delitos de Trânsito, onde houver e, assim, em Curitiba.

Note-se que a competência material é definida essencialmente por regras de ordem constitucional, ou seja, localizadas no mesmo escalão da pirâmide normativa, o que pode causar aparentemente algum conflito em relação aos critérios que servem à sua fixação. Aqui, é preciso operar com a “velha” teoria kelseniana acerca dos conflitos normativos aparentes, fazendo prevalecer os critérios estabelecidos em regras especiais sobre aqueles previstos em regras gerais.¹⁷⁴

procesal penal. (trad. Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Garagallo) 2. ed. Valencia: tirant lo blanch livros, 1999.

¹⁷⁴ Considerando a teoria kelseniana do Direito, tem-se que há um conflito de normas quando uma norma determina certa conduta como devida e outra norma também determina uma outra conduta inconciliável com aquela. Todavia, como a ciência jurídica tem por objetivo descrever proposições jurídicas isentas de contradições, ela parte do pressuposto que todos os conflitos de ordem material poderão ser resolvidos pela via da interpretação. Assim, tendo em vista que a estrutura jurídica é uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas, tem-se que: (i) diante de um conflito de normas de mesmo escalão, a norma posterior revoga a anterior, norma especial ab-roga (parcial) ou derroga (total) norma geral, (ii) diante de um aparente conflito de norma de escalão superior com norma de escalão inferior, verifica-se que não há em verdade

Parece evidente que as regras gerais vêm estabelecer a competência material em sentido lato, portanto é preciso começar pelas especiais que prevêm a competência política e a originária ou por prerrogativa de função.

A competência política, que se encontra definida no art. 52, I, II c.c. parágrafo único, da CR, atribui ao Senado Federal, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, a tarefa de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República¹⁷⁵ nos crimes de responsabilidade¹⁷⁶ e, nos conexos de mesma natureza, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e, ainda, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado da União, também nos crimes de responsabilidade.

Além disso, segundo o art. 53, XI e XII, da Constituição do Estado do Paraná, por força do art. 125, 1º, da CR, cabe à Assembléia Legislativa, presidida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, processar e julgar o Governador, o Vice-Governador, nos casos de crimes de responsabilidade, e os Secretários de Estado, caso tenham cometido crime conexo a estes, e também o Procurador-Geral da Justiça, o Procurador-Geral do Estado e o Defensor-Geral da Defensoria Pública, nos crimes de responsabilidade.

conflito já que a norma inferior tem sua validade fundada na norma superior, e (iii) diante de um conflito de normas individuais que foram postas por órgãos diferentes, caberá ao órgão executivo decidir qual das decisões irá executar, tudo conforme os ditames da Constituição, ou da norma fundamental. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado) 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 218 e ss.).

¹⁷⁵ Ressalve-se aqui que o Presidente da República só poderá ser processado após a autorização de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, conforme estabelece o art. 86, caput, da CR.

¹⁷⁶ Os crimes de responsabilidade estão previstos no art. 85, da CR, e na Lei nº 1079/50, aos quais estão previstas as sanções de perda de cargo e inabilitação por oito anos para o exercício da função pública.

O exemplo clássico do exercício desta competência se encontra no caso do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, que colocou em discussão os seus limites no Mandado de Segurança nº 21564/DF, impetrado junto ao STF com intuito de assegurar o seu direito à defesa no processo de *impeachment*:

EMENTA: "CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". PROCESSO E JULGAMENTO: SENADO FEDERAL. ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CAMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA ONDE DEVEM SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C.F., ART. 5., LV; ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86,"CAPUT", PAR. 1., II, PAR. 2.; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 4, DE 1961; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 6, DE 1.963. LEI N. 1.079/50, ART. 14, ART.23.I.

—"Impeachment" do Presidente da República: Compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (C.F., art. 52, i; art. 86, par. 1º, II), Depois de autorizada, pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C.F., art. 51, I), ou admitida a acusação (C.F., art. 86). É Dizer: O "Impeachment" do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (Juízo de Pronúncia) e proferirá o julgamento (C.F., art. 51, I; art. 52, I; art. 86, par. 1º, II, par. 2º).

II - No Regime da Carta de 1988, a Câmara dos Deputados, diante da denúncia oferecida contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (C.F., art. 86, "caput"), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da lei 1079/50.

III. - No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao Acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, na Câmara ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis,

ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizilas ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis.

IV - Recepção, pela CF/88, da norma inscrita no art. 23 da lei 1079/50. Votação nominal, assim ostensiva (RI/Câmara dos Deputados, art. 187, par. 1º, VI).

V - Admitindo-se a revogação, pela EC nº 4, de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, dos crimes de responsabilidade não tipificados no seu artigo 5º, como fizera a CF/46, art. 89, V a VIII, certo é que a EC nº 6, de 1.963, que revogou a EC nº 4, de 1961, restabeleceu o sistema presidencial instituído pela CF/46, salvo o disposto no seu art. 61 (EC nº 6/63, art. 1º). É dizer: restabelecido tudo quanto constava da CF/46, no tocante ao sistema presidencial de governo, ocorreu repristinação expressa de todo Sistema.

VI - Mandado de Segurança deferido, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante o prazo de dez sessões, para apresentação de defesa.¹⁷⁷

A competência originária ou por prerrogativa de função é aquela atribuída aos tribunais competentes, superiores ou não, mas que aqui atuam originariamente para o processamento de crimes cometidos por pessoas que, em razão do cargo que ocupam, estabelece-se um tratamento diferenciado. Não implica propriamente num privilégio de foro, vetado pela CR (art. 5º, XXXVII), como sustentam alguns – até porque o julgamento originário pelos Tribunais Superiores acaba inclusive suprimindo instâncias recursais -, mas se trata de uma opção do legislador no sentido de resguardar o exercício de funções públicas que têm certa importância para a sociedade¹⁷⁸. Já falava Frederico Marques que o princípio do juiz natural veda os chamados privilégios de foro, mas não a

¹⁷⁷ MS nº 21564/DF – Tribunal Pleno – Relator Min. Octávio Gallotti – julgado em 23.09.1992, publicado DJ 27.08.93, p. 00164 (site: www.stf.gov.br, em 10.10.2001, às 14h).

¹⁷⁸ Talvez o mais correto não fosse dizer competência por prerrogativa de função, que etimologicamente traz a lume a idéia de privilégio, mas competência em razão da relevância da função.

competência diferenciada estabelecida em razão da relevância da função exercida pelo sujeito ativo do delito em questão Acrescentava, ainda, que tal princípio proíbe “o foro estabelecido em atenção a pessoa em si (como nos casos dos fóros pessoais – *rectius*, profissionais). Aquêles instaurados em razão da relevância da função se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um juiz inferior.”¹⁷⁹

Além disso, é preciso ficar claro que segundo o critério adotado e ao contrário do que entendem alguns autores, a competência por prerrogativa da função é uma competência definida em razão da matéria, uma vez que se refere à particular situação do sujeito ativo do crime que, no padrão do CPP (à base do antigo Código italiano), indica a competência material. Deste modo, o sujeito ativo define a natureza do próprio crime; e ele é que vai determinar a competência. Não se trata, por conseguinte, de se aventar, na hipótese, de competência funcional pois, antes de se cogitar sobre a função do sujeito ativo do crime, naturalmente, há de se pensar na competência (o substantivo diante do adjetivo funcional), a qual, por definição, é algo que diz – e deve dizer – respeito ao órgão jurisdicional. Assim, supera-se um dos mais graves equívocos do nosso Direito Processual Penal sobre a matéria, fonte (identificáveis algumas) de infundáveis discussões e desacertos¹⁸⁰.

¹⁷⁹ MARQUES, Frederico. **Competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 65.

¹⁸⁰ Dentre aqueles que tratam da competência por prerrogativa de função como competência de ordem funcional, a qual nominam de competência *ratione personae*, veja-se por todos MARQUES, José Frederico. **Competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 225 e ss; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 16. ed. Saraiva: São Paulo, v. II, 1994, p. 197 e ss., e MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996; KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, e

No que se refere à matéria penal, a Constituição de 1988 prevê em seu art. 102, I, b e c, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar originariamente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional¹⁸¹, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, nos casos em que tiverem praticado infrações penais comuns, e os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral), do Tribunal de Contas da União, os chefes de missões diplomáticas de caráter permanente nos casos em que tiverem cometido infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade, sendo que isso se aplica aos Ministros de Estado e aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, desde que não tenham praticado crimes de responsabilidade conexos à crimes da mesma ordem praticados pelo Presidente da República¹⁸².

Ao Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece o art. 105, I, ~~a~~ da CR, cabe processar e julgar, originariamente, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, nos casos de infrações penais comuns (desde que autorizado por 2/3 dos membros das Assembléias Legislativas¹⁸³); os

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 19 e ss.. A crítica a esse posicionamento vem ressaltada nas aulas ministradas pelo Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no Curso de Graduação, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná.

¹⁸¹ Os parlamentares do Congresso Nacional só poderão ser processados criminalmente, perante o STF, após a autorização da sua Casa legislativa (mediante o voto da maioria de seus membros), conforme estabelece o art. 53, § 3º, da CR.

¹⁸² O STF guarda também competência para julgar originariamente os pedidos de *habeas corpus*, nos casos em que forem pacientes qualquer uma das pessoas citadas nas alíneas b e c, do art. 102, I, da CR, contudo optou-se por não se tratar aqui desta competência, uma vez que o *habeas corpus* é um *writ* constitucional e não envolve matéria especificamente de competência no processo criminal.

¹⁸³ Art. 89, da Constituição do Estado do Paraná.

desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União (que oficiem perante os tribunais), nos casos de crimes de responsabilidade e de infrações penais comuns. Além disso, deverá julgar os pedidos de *habeas corpus* quando o paciente for qualquer uma das pessoas referidas, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral¹⁸⁴.

No art. 108, I, da CR, encontra-se definida a competência originária dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar, nos casos de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade, os juízes federais da sua região, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Por fim, nos casos de infrações comuns e crimes de responsabilidade cometidos por Prefeitos Municipais a competência recai sobre os Tribunais de Justiça dos Estados, nos termos do art. 29, X, da CR, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade. Ademais, no que se refere às demais autoridades estaduais, o art. 125, §1º, da CR, remete para as Constituições dos Estados, que deverão definir a competência de seus Tribunais.

¹⁸⁴ O STJ guarda também competência para julgar originariamente os pedidos de *habeas corpus*, nos casos em que forem pacientes ou coatores qualquer uma das pessoas citadas na alínea a, do art. 105, I, da CR, e coatores os Ministros de Estado ou Comandantes da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, contudo optou-se por não se tratar aqui desta competência, uma vez que o *habeas corpus* é um *writ* constitucional e não envolve matéria especificamente de competência no processo criminal.

No Paraná, o art. 100, VII, da CE, estabelece que cabe ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os Deputados Estaduais¹⁸⁵, os juizes do Tribunal de Alçada, os juizes de direito, os juizes substitutos, os Secretários de Estado (desde que não tenham praticado crime conexo a crime de responsabilidade cometido pelo Governador¹⁸⁶), os membros do Ministério Público e os Prefeitos municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade, e o Vice-Governador, nas infrações penais comuns.

Em relação à fixação da competência por prerrogativa de função, tem-se enfrentado algumas dificuldades – até pela falta de manejo no que se refere à justa aplicação do princípio do juiz natural –, as quais se vêem refletidas em decisões desencontradas dos tribunais brasileiros.

Por evidente, o princípio do juiz natural assegura também àquele que exerce uma relevante função pública e conforme previsão expressa em lei, no momento do cometimento de um crime, o conhecimento preciso de qual o tribunal que deverá julgá-lo. Isso significa que se o Presidente da República estivesse cometendo um crime comum nesse exato momento, a ele seria garantido o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que o crime só viesse a ser descoberto ou processado após o término de seu mandato. Fixada a competência, como se viu, não mais se altera.

Apesar desse raciocínio, que denota a correta aplicação do princípio do juiz natural, nos casos de competência por prerrogativa de função, os

¹⁸⁵ Os Deputados Estaduais só poderão ser processados criminalmente após a autorização da maioria dos membros da Assembleia Legislativa, de acordo com os arts. 53, V, e 58, § 3º, ambos da CE.

¹⁸⁶ Art. 92, da Constituição do Estado do Paraná.

Tribunais têm decidido que esta, fixada quando do cometimento do crime, poderá ser modificada caso cesse o exercício da função pública (encerre-se o mandato ou se afaste do cargo).

O desvirtuamento na aplicação do princípio do juiz natural nesses casos ocorreu após o cancelamento da Súmula 394, do STF, editada em 08.05.1964, que estabelecia: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Tal cancelamento se deu em razão da decisão da questão de ordem suscitada junto ao STF, no inquérito nº 687-4, instaurado para apurar o envolvimento do, na época Deputado Federal, Jabes Pinto Rabelo (de Rondônia), no tráfico ilícito de entorpecentes.

Após a cassação do mencionado parlamentar, foi suscitada a questão para se identificar o tribunal competente para julgar o ex-deputado, uma vez que já não exercia mais a função que lhe garantia o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Então, em 25 de agosto de 1999, por decisão unânime dos membros do Pleno, cancelou-se a Súmula que garantia àquele que tinha prerrogativa de função o julgamento pelo Tribunal Superior, ainda que já tivesse cessado o seu exercício funcional¹⁸⁷. O voto do Ministro Relator Sydney Sanches afirmava categoricamente “o art. 102, I, B, da CF – que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o

¹⁸⁷ STF - INQ nº 687-4/SP (QO) – Tribunal Pleno – Relator Min. Sydney Sanches – julgado em 25.08.1999, publicado DJ 09.09.1999.

Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República – não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo.”¹⁸⁸ É verdade que o Ministro Sepúlveda Pertence, com o apoio dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, defendeu o cancelamento para a proposição de uma nova súmula enunciando que “cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.” Entretanto, ao final do julgamento, foi acolhido o cancelamento da mencionada súmula, sem que se editasse outra, e o acórdão restou lavrado nos termos a seguir: “O Tribunal, por unanimidade, cancelou a súmula nº 394-STF, e por maioria, vencidos os senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, recusou proposta de edição de nova súmula, nos termos do voto do primeiro dos vencidos. Decidiu-se, ainda, por unanimidade, ~~que~~ continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na súmula nº 394. É dizer, a presente decisão tem efeito ex-nunc. Em consequência, determinou-se a remessa dos autos à justiça de 1º grau, nos termos do voto do senhor ministro relator. Votou o Presidente.”¹⁸⁹ A decisão tem, à evidência, cunho político, desprezando a regra constitucional.

Alguns dias depois de sua publicação, essa decisão serviu de fundamento para que se determinasse a justiça comum como competente para

¹⁸⁸ **Informativo nº 159, do STF, Brasília, 23 a 27 de agosto de 1999 (site: www.stf.gov.br, em 10.10.2001, às 14h).**

julgar a ex-Ministra da Economia Zélia Cardoso, que estava sendo processada por suposto envolvimento no famoso esquema PC¹⁹⁰.

Ora, é evidente que diante de uma visão que concebe o juiz natural como aquele que tem sua competência estabelecida de forma taxativa em lei anterior ao fato, tal decisão é inaceitável na medida em que permite a modificação da competência após a prática do delito.

O mais grave talvez resida no fato de que a partir do cancelamento da Súmula 394, do STF, houve uma avalanche de decisões dos demais tribunais no sentido de transferir para a justiça comum a competência para julgar aqueles que cometeram crimes quando ainda exerciam a função que lhes garantia o julgamento pelos Tribunais Superiores.

Veja-se, por exemplo, a decisão em sede de Recurso Extraordinário proferida pela Primeira Turma do STF, que declarou a nulidade do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, lançado após o cancelamento da Súmula 394:

“EMENTA: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: CANCELAMENTO DA SÚMULA 394: INCLUSÃO, NO SEU ALCANCE, DO FORO PRIVILEGIADO DOS PREFEITOS (CF, ART. 29, X): NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE, POSTERIORMENTE AO CANCELAMENTO DA SÚMULA 394, JULGOU ORIGINARIAMENTE PROCESSO PENAL CONTRA EX-PREFEITO, SEM PREJUÍZO DA VALIDADE DOS ATOS ANTERIORES.

1. O Supremo Tribunal Federal, em 25.8.99, no Inq 687, cancelou a Súmula 394, preservada, contudo, a validade de atos praticados e decisões proferidas com base na orientação nela anteriormente consagrada. (DJ 9.9.99).

¹⁸⁹ Site: www.stf.gov.br, em 10.10.2001, às 14h.

¹⁹⁰ STF - AP nº 321-9 – Pleno – Relator min. Néri da Silveira – julgado em 22.09.1999 – publicado DJ 30.09.1999.

2. A aplicação ao caso de nova orientação do Tribunal, não importa que a Súm. 394 não incluisse entre as suas referências normativas o art. 29, X, da Constituição, mas – conforme o ordenamento vigente ao tempo de sua edição – os preceitos da Carta Magna de 1946 e de leis ordinárias que então continham regras de outorga de competência penal originária por prerrogativa de função: normas de competência, que todas elas tinham por objeto o processamento e julgamento dos titulares dos cargos ou mandatos aludidos; a extensão ao ex-titular do foro por prerrogativa da função já exercida, quando no exercício dela praticado o crime, sempre se justificou, na vigência mais que centenária da jurisprudência nela afirmada, à base de uma interpretação teleológica dos preceitos, correspondente (cf. voto vencido do relator, cópia anexa).

3. Por isso, promulgada a Constituição de 1988 – que conferiu ao Tribunal de Justiça dos Estados a competência originária para julgar os Prefeitos (art. 27, X, originariamente, 27 VIII) – nada mais foi necessário a que se estendesse a orientação da Súm. 394 aos ex-Prefeitos, desde que o objeto da imputação fosse crime praticado no curso do mandato.

4. Se a Súmula 394, enquanto durou - e em razão da identidade dos fundamentos dos precedentes em que alicerçada – se aplicou à hipótese dos ex-Prefeitos, alcança-os igualmente o seu cancelamento, assim como a qualquer outro ex-titular de cargo ou mandato a que correspondesse o foro especial.¹⁹¹

Outro problema quanto à fixação da competência por prerrogativa de função surge quando do processamento e julgamento dos Prefeitos Municipais, que em tese cometeram crimes contra bem ou interesse da União.

As Súmulas 208 e 209, do STJ, ambas editadas pela 3ª Seção e publicadas no DJ de 03.06.1998, estabelecem respectivamente que compete à

¹⁹¹ STF - RECR nº 289847/GO – Primeira Turma – Relator Min. Sepúlveda Pertence – julgado em 28.11.2000, publicado DJ 02.02.2001 (site: <http://www.stf.gov.br>, em 10.10.2001, às 13h). Ver, no mesmo sentido: STJ - HC nº 14270/SP – Sexta Turma – Relator Min. Fernando Gonçalves – julgado em 12.12.2000, publicado DJ 19.03.2001 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 10.10.2001, às 15h); TRF 1ª REGIÃO – APN nº 93.01.27934-7 – Plenário – Relator Juiz Aloisio Palmeira Lima – julgado em 16.12.1999, publicado DJU 29.06.2000 (site: <http://www.trf1.gov.br>, em 10.10.2001, às 15h), TRF 2ª REGIÃO - INQ 122/RJ – Processo nº 2000.02.01.066394-7/RJ - Plenário – Relator Juiz Valmir Peçanha – julgado em 01.02.2001, publicado DJU 01.03.2001 (site: <http://www.trf2.gov.br>, em 10.10.2001), às 15h); TRF4ª - INQ 215/SC – Autos nº 98.04.04.541-4 – Relator Juiz Amir Sarti – 1ª Seção - julgado em 06.10.1999, publicado DJU 24.11.1999 (site: <http://www.trf4.gov.br>, em 10.10.2001, às 15h);

Justiça Federal processar e julgar Prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante o órgão federal, e que compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Um dos precedentes que deu origem à Sumula 208, foi um Conflito de Competência em que era suscitante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e suscitado o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, o qual pode ser examinado a partir de sua ementa:

EMENTA: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EX-PREFEITO. DESVIO. VERBA SUJEITA À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. ART. 312 CP.

1- É competente a Justiça Federal para processar e julgar ação penal instada com o fito de apurar o conhecimento do crime previsto no art. 312, do Código Penal, por ex-prefeito que durante o exercício do mandato teria desviado verba sujeito a prestação de contas perante o Ministério da Agricultura.

2- Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitante.”¹⁹²

Em análise à referida decisão, é possível observar novamente a falta de traquejo dos Tribunais no que diz respeito à questão do princípio do juiz natural. Talvez isso seja decorrência dos anos de ditadura, que afastaram do Judiciário a prática sadia e democrática, de funcionarem como os garantes dos direitos e das garantias fundamentais .

TJPR – AGREG nº 0095790601/ Londrina – Relator Des. Telmo Cherem - julgado em 31.08.2000, publicado DJPR 11.09.2000 (site: <http://www.tj.pr.gov.br>, em 10.10.2001, às 16h).

¹⁹² STJ – Conflito de Competência nº 18517/SP – 3ª Seção - Relator Min. Fernando Gonçalves – julgado em 23.04.1997, publicado DJ 26.05.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 14h).

A par da Súmula 208 e da argumentação contida no mencionada acórdão que lhe serviu de precedente, não há dúvidas de que, em razão do art. 29, X, da CR, o juiz natural para julgar o Prefeito Municipal é sempre o Tribunal de Justiça do Estado, neste caso o do Mato Grosso do Sul.

Em princípio, considerando o fato de que a conduta do ex-Prefeito teria ofendido um bem ou interesse da União, poderia se pensar que o juiz competente para o caso seria o da esfera federal, por força do disposto no art. 109, IV, da CR. Contudo, não se pode deixar de destacar que esta se trata de regra geral, no âmbito de divisão da competência, enquanto a expressa no art. 29, X, da CR, figura como regra especial e, conseqüentemente, provoca a sua derrogação. Assim, não se teria problema em determinar que o juiz natural para esta causa é, como mencionado, o Tribunal de Justiça do Estado.

Neste sentido, é forçoso reconhecer que carecem de substância os argumentos que sustentaram a edição da Súmula 208, do STJ. O mesmo ocorre com a Súmula 209, também do STJ¹⁹³, que apesar de estabelecer corretamente a competência do Tribunal de Justiça para julgar o desvio de verbas cometido por Prefeito Municipal, funda-se em premissas equivocadas, que levam em conta fatores secundários que não importam à fixação da competência neste caso, tal

¹⁹³ Precedente que deu origem à Súmula 209, do STJ: “EMENTA: COMPETÊNCIA. EX-PREFEITO MUNICIPAL. DESVIO E MÁ APLICAÇÃO DE VERBAS. FATO NOVO. COMPETÊNCIA STJ. 1 – suposta malversação de verbas repassadas ao município por entidade federal e já incorporadas ao patrimônio da municipalidade. deve ser apurada pelo Tribunal de Justiça Estadual. Todavia, reconhecida nova circunstância fática qual seja a de que o denunciado exerce, atualmente, o cargo de governador do Estado. A competência transfere-se para o STJ. 2 – Conflito conhecido.” (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h). Note-se que esta decisão comete dois equívocos, o primeiro quando justifica a competência do Tribunal do Justiça para julgar o ex-Prefeito, em razão das verbas desviadas terem sido incorporadas ao patrimônio municipal; o segundo ao transferir a competência que havia sido

como o fato do montante desviado ter sido ou não incorporado ao patrimônio do município.

Se não bastasse toda esta confusão, o entendimento que prevalecia no STJ, quando da edição da Súmula 208, era de que o Tribunal Regional Federal deveria julgar o Prefeito que cometia crime contra interesse da União, já que este gozava de prerrogativa de função¹⁹⁴.

Como se vê, mais uma vez o raciocínio utilizado para fixação do juiz competente era tortuoso e, embora demonstrasse a preocupação com a prerrogativa de função como critério de definição da competência, termina o fazendo de forma equivocada. Neste caso, o STJ além de modificar o juiz competente estabelecido pela Constituição, acaba por criar regra que não existia, uma vez que em nenhum lugar do texto constitucional está estabelecido que os TRF's deveriam julgar os Prefeitos municipais.

O mais grave talvez seja o fato de que os Tribunais reincidem nos próprios erros e, quando o STF cancelou a Súmula 394, surgiu um número

atribuída ao Tribunal de Justiça, quando do cometimento do crime, para o STJ, como se fosse possível modificá-la após a sua fixação.

¹⁹⁴ “EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EX-PREFEITO. DESVIO. VERBA SUJEITA À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. ART. 312 DO CP. 1 – É competente a Justiça Federal para processar e julgar ação penal instaurada com o fito de apurar o cometimento do crime previsto no art. 312 do Código Penal, por ex-Prefeito que durante o mandato teria desviado verba sujeita à prestação de contas perante o Ministério da Agricultura. 2 – Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitante.” [STJ – CC nº 18517/SP – Terceira Seção – Relator Min. Fernando Gonçalves – julgado em 23.04.1997, publicado DJ 26.05.1997. (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 17h)], e “EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. PREFEITO MUNICIPAL. CO-REUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRF. ‘HABEAS CORPUS’. 1 – Tratando-se de crime contra a ordem tributária, imputado a Prefeito municipal, é de se reconhecer a competência do Tribunal Regional Federal para o processamento e julgamento do feito. 2- A jurisprudência exige motivação no despacho que decreta afastamento do prefeito, e não no pedido do Ministério Público. 3- ‘Habeas Corpus’ parcialmente concedido apenas para remessa dos autos ao TRF – 5ª Região.” [STJ – HC nº

expressivo de decisões transferindo aos Juizes Federais de primeira instância o processamento e julgamento dos ex-Prefeitos, que não obstante tivessem praticado o crime contra União durante o seu mandato, já não mais se encontravam no exercício funcional.

Veja-se, nesta esteira, as decisões dos Tribunais Regionais Federais:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO CONTRA EX-PREFEITO ACUSADO DE EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS. REVOGAÇÃO DA SÚMULA 394 DO STF. CESSAÇÃO DO PRIVILÉGIO DE FORO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO MONOCRÁTICO.

1 – Com a revogação da Súmula 394 do STF, cessou o privilégio de foro, por prerrogativa de função, do ex-prefeito municipal sob investigação e acusação de emprego irregular de verbas públicas.

2- Remessa do feito ao Juízo Federal de 1º Grau, agora competente para solucionar a lide, inclusive no que pertine à presença (ou não) de interesse da União Federal, de modo a restar justificada a competência da Justiça Federal.”¹⁹⁵

“EMENTA: CONSTITUIÇÃO. AÇÃO PENAL. CONTRA EX-PREFEITO. REVOGAÇÃO DA SÚMULA 394.

1 – Não compete ao Tribunal Regional Federal julgar ex-prefeito municipal.

2 – Revogação da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal.

3 – Aproveitamento dos atos processuais já praticados.

4 – Remessa dos Autos ao Juízo Federal de primeiro grau.”¹⁹⁶

“EMENTA: INQUÉRITO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DEFINIDO NO ARTIGO 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO.

3537/CE – Quinta Turma – Relator Min. Edson Vidigal – julgado em 29.09.1997, publicado DJ 27.05.1996. (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 17h)].

¹⁹⁵ TRF 5ª REGIÃO – INQ nº 00060/PB – Plenário – Relator: Juiz Napoleão Maia Filho – julgado em 29.09.1999, publicado DJU 19.11.1999 (site: <http://www.trf5.gov.br>, em 11.10.2001, às 16h).

¹⁹⁶ TRF 1ª REGIÃO – APN nº 94.01.09191-9/PI – Corte Especial – Relator Juiz Eustáquio Silveira – julgado em 21.10.1999, publicado DJU 05.03.2001 (site: <http://www.trf1.gov.br>).

1- Com o cancelamento da Súmula nº 394 do STF, a prerrogativa de foro como critério de fixação da competência só prevalece se o titular do cargo o ocupa. Não é situação destes autos, em que há notícia de que o indiciado não se encontra no exercício de qualquer mandato eletivo.

2 – Cessada a competência desta Corte para processamento e julgamento do feito. Deferido o pedido do Ministério Público Federal, para determinar a remessa dos autos ao juízo de 1ª instância.”¹⁹⁷

Note-se que os equívocos se multiplicam à medida que se avança no estudo da competência e sempre em detrimento do princípio do juiz natural. Isto também vai acontecer nos casos daqueles que têm prerrogativa de função e cometem os crimes eleitorais previstos nas Leis nºs 4.737/65; 6.091/74; 9.100/1995, 9.504/97, e na Lei Complementar nº 64/90.

De início, é mais fácil acreditar que todos os crimes eleitorais devem ser julgados pela Justiça Eleitoral, até porque a Constituição não se manifesta acerca da competência para o seu julgamento e remete para a legislação complementar (mais especificamente para o Código Eleitoral ou a Lei nº 4.737/65). Como sói em acontecer, o fator principal de violação do princípio do juiz natural “tem sido o comodismo, ou seja, em geral não se pode detectar outro interesse que não aquele de desafogar o excessivo trabalho estabelecido sob a égide de determinadas regras de competência.”¹⁹⁸

Nesta esteira, têm decidido os Tribunais brasileiros, como comprovam as transcrições das decisões que se seguem:

¹⁹⁷ TRF 3ª REGIÃO – INQ nº 271/SP – Autos nº 98.03.099634-7/SP – Órgão Especial – Relator Juiz Andre Nabarrete – julgado em 31.05.2001, publicado DJU 05.07.2001 (site: <http://www.trf3.gov.br>, em 10.10.2001, às 16h).

¹⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**, (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 206.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL. COMPETÊNCIA. DECRETO-LEI Nº 201, DE 1967, ART. 29, VIII.

1- Crimes comuns praticados por prefeito municipal, competência originária do Tribunal de Justiça para o julgamento. Eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma inscrita no art. 29, VIII, da Constituição Federal.

2 – Crimes eleitorais praticados por prefeito, competência originária do Tribunal Regional Eleitoral. HC 59503, Relator Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma.

3 – Crimes federais – CF, art. 109, IV, competência originária do Tribunal Regional Federal. HC 68967 – PR, Plenário, HC 69649-DF, Plenário.

4 – Crimes do artigo 1, do D.L. 201/67: crimes comuns. Denúncia apresentada após extinção do mandato do prefeito; a ação penal deve prosseguir. Reformulação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. HC 70671/PI, Min. Carlos Velloso, Plenário, 13.04.94. Constitucionalidade do D.L. 201m, de 1967.

5 – R.E. conhecido e provido.”¹⁹⁹

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIAS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME ELEITORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA.

1 – O prefeito que comete crime eleitoral tem foro privilegiado na Justiça eleitoral e não na Justiça comum estadual. O art. 29, VIII, da Constituição a evidencia, dá ao Tribunal de Justiça como juízo natural do prefeito quando se tratar de comum. Se for crime eleitoral, seu foro continua privilegiado, mas na Justiça Eleitoral, uma vez que será processado e julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

2 – Competência do Juízo suscitado (Tribunal Regional Eleitoral).”²⁰⁰

“EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA DE TÍTULOS ELEITORAIS. DECLARAÇÕES DE DOMICÍLIO ASSINADAS PELO PREFEITO MUNICIPAL EM DESACORDO COM A

¹⁹⁹ STF – RE nº 149544/MA – 2ª Turma – Relator Min. Carlos Velloso – julgado em 31.10.94, publicado DJ 30.06.95 (site: <http://www.stf.gov.br>, em 12.10.2001, à 14h).

²⁰⁰ STJ – CC nº 2850/AM – 3ª Seção – Relator Min. Adhemar Maciel – julgado em 03.12.1992, publicado DJ 09/08/1993 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 17h).

REALIDADE AFIRMADA PELOS ELEITORES. ARTIGO 350, DA LEI Nº 4737/65. COMPETÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. ARTIGO 101, INCISO VII, ALÍNEA 'A', DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989. FEITO NÃO CONHECIDO. ENCAMINHAMENTO ÀQUELA EGREGIA CORTE DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA.”²⁰¹

“EMENTA: CRIMES ELEITORAL. PRÁTICA POR PREFEITO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO TRE PARA O JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SE DAR ABRANGÊNCIA ILIMITADA À NORMA DO ART. 29, VIII, DA CF, QUE SOMENTE ATRIBUI POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO A COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CRIMES COMUNS POR AQUELA AUTORIDADE PRATICADOS.

1 – Compete aos Tribunais Regionais Eleitorais processar e julgar, por crimes eleitorais, os prefeitos municipais. Impossível portanto, dar-se abrangência ilimitada à norma do art. 29, VIII, da CF de 1988, a qual somente se refere aos crimes comuns pelos prefeitos praticados cuja competência caiba no tribunal de justiça.”²⁰²

Aliás, para aqueles que ainda continuam rezando a cartilha da Constituição de 1969, isso é completamente compreensível, já que o referido texto constitucional, em seu art. 144, § 3º, quando definia a competência do Tribunal de Justiça, para julgar aqueles que tinham prerrogativa de função, mais especificamente os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de primeira instância, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressaltava a competência da Justiça eleitoral.

²⁰¹ TJPR – INQ nº 00662139/00 – 1ª Câmara Criminal – Relator Des. Clotário Portugal Neto – julgado em 30.04.1998, publicado DJPR 06.05.1998 (site: <http://www.tj.pr.gov.br>, em 11.10.2001, às 17h).

²⁰² TJSP – INQ nº 82.284-3 – Rel. Ary Belfort (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. (org. Alberto Silva Franco e Rui Stocco) São Paulo: RT, 1999, p. 1367).

Todavia, como já foi ressaltado, nos casos de crimes praticados por quem tem prerrogativa de função, prevalece a competência originária dos Tribunais Superiores, na medida que se trata de regra especial em relação à geral, que estabelece a competência das Justiças Militar, Eleitoral e Comum. Deste modo, ainda que cometa crime eleitoral, o Prefeito municipal deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça estadual, nos termos do art. 29, X, da CR, que ademais não faz nenhuma ressalva quanto à competência da justiça eleitoral ou militar.

Por fim, há que se analisar a competência material em sentido lato, que se divide entre as Justiças Militar, Eleitoral e Comum (Federal e Estadual) e deve ser perquirida nesta estrita ordem.

Isso significa que para fixá-la é preciso, inicialmente, questionar se se está diante de um caso da competência da Justiça Militar, esboçada no art. 124, da CR.

Segundo tal dispositivo constitucional, os tribunais e juízes militares são competentes para julgar os chamados crimes militares, cuja definição remete para lei específica.

Tal lei se consubstancia no Código Penal Militar, que prevê ser a Justiça Militar competente para julgar os chamados crimes propriamente²⁰³ e impropriamente²⁰⁴ militares, definidos em seus arts. 10 e 9º.

²⁰³ “Melhor definição se pode dar, porém, entendendo-se que os crimes propriamente militares seriam aqueles que, não previstos na lei penal comum e tipificados na lei penal militar unicamente em razão da violação de dever militar, são crimes próprios ou especiais, só podendo deles ser autor quem tenha a qualidade especial de militar da ativa ou de convocado à incorporação.” (KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 16)

²⁰⁴ “Já os crimes impropriamente militares seriam, em primeiro lugar, os crimes gerais ou comuns (não exigindo, portanto, qualquer qualidade especial do agente), previsto com igual definição na lei penal comum ou tipificados exclusivamente na lei penal militar, que afetam

Assim, tendo o indivíduo praticado crimes definidos pelo mencionado Código e excluída qualquer possibilidade de se fixar a competência política ou por prerrogativa de função, cabe à Justiça Militar julgá-lo.

No que diz respeito à Justiça Eleitoral, a Constituição igualmente estabeleceu, em seu art. 121, que deve a lei complementar dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais. Em verdade, o texto constitucional remete à divisão da competência no âmbito da esfera eleitoral à Lei nº 4.737/65, que também guarda a tipificação da maioria dos chamados crimes eleitorais.

Neste ponto, por tudo que se falou, é possível concluir que o indivíduo que comete crime eleitoral será julgado pela Justiça Eleitoral, desde que não seja caso de competência política, por prerrogativa de função ou da Justiça Militar.

Fazendo-se, as devidas ressalvas das competências políticas, por prerrogativa de função, das Justiças Militar e Eleitoral, em relação à fixação da competência da Justiça Comum, faz-se necessário verificar, antes de mais nada, se se trata de competência da Justiça Federal, disposta essencialmente no art. 109, VI, V e IX, da CR: “Aos juizes federais compete processar e julgar: (...) II – os crimes políticos e as infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou

diretamente bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas. Seriam ainda crimes impropriamente militares os crimes próprios ou especiais (restrito o círculo possível de autores àqueles que possuem a qualidade de militar da ativa), que, previstos com igual definição na lei penal comum, embora atingindo prioritariamente bens jurídicos de que sejam titulares não as Forças Armadas, envolvem violação de dever militar, assim como aqueles que, afetando diretamente bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas, recebem na lei penal militar tratamento mais abrangente do que na lei penal comum, através da criação de tipos derivados ou de modalidade culposa não previstos na lei penal comum.” (KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 16).

interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; (...) V – os crimes previsto em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico- financeira; IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X – os crimes de ingresso ou permanência irregular no estrangeiro, (...).”

Por outro lado, em não se configurando nenhuma das hipóteses mencionadas, chega-se à conclusão de que, residualmente, o crime é de competência da Justiça Comum Estadual.

No que se refere ao campo da competência em sentido lato, talvez a maior ofensa ao princípio do juiz natural tenha ocorrido quando da edição da Lei nº 9.299/96, de 07.08.1996, que retirou da Justiça Militar a competência para julgar os crimes dolosos contra vida cometidos por militar contra civil e a transferiu para a Justiça Comum, mais especificamente para o Tribunal do Júri.

Logo após a entrada em vigor da nova legislação, os casos que estavam em andamento junto à Justiça Militar, cujos crimes haviam sido cometidos antes da referida lei, foram transferidos imediatamente à Justiça Comum, num flagrante desrespeito ao princípio do juiz natural que, como é primário, serve, em primeiro lugar, para afastar o princípio da imediatidade.

Sem embargo, a justificativa para tal atitude era de que o art. 2º, do Código de Processo Penal, determinava que a regra processual deveria ser aplicada de imediato a todos os casos em andamento, sem prejuízo do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

A deficiência de tal argumento é facilmente constatada por quem tem a Constituição no topo da pirâmide normativa, informando a leitura de todas as demais normas infra-constitucionais. Afinal, o princípio do juiz natural se encontra garantido no texto constitucional e de consequência deve servir de filtro para a interpretação das regras processuais estabelecidas na Lei nº 9.299/96, certamente situada em escalão inferior ao da Constituição.

Isto significa dizer que as regras sobre competência, estabelecidas na citada legislação, só poderiam ser aplicadas aos crimes cometidos após a sua entrada em vigor. Ou seja, todos os crimes cometidos antes de sua edição, que estavam sendo julgados pela Justiça Militar, jamais poderiam ter seu julgamento transferido para a Justiça Comum.

Contudo, os tribunais brasileiros deram novas demonstrações de que quando se trata da Constituição, ainda estão muito distantes da tão sonhada efetividade:

“EMENTA: CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA COMETIDO POR MILITAR CONTRA CIVIL. JULGAMENTO AFETO À JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, AINDA QUE COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.299/96. APLICAÇÃO DO ART. 2º DO CPP.

É competente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Justiça Comum Estadual, nos termos da Lei 9.299/96, mesmo que ocorridos antes de sua

vigência, por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (art. 2º. do CPP).”²⁰⁵

Aliás, tal situação faz recordar a edição do Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, que modificou a competência para julgamento dos crimes políticos da Justiça Comum para a Justiça Militar. Foi exatamente o inverso do que ocorreu com a Lei nº 9.299/96, entretanto a aplicação da normativa ditatorial se deu da mesma forma, isto é, imediatamente e com o atropelo do princípio do juiz natural – até porque era exatamente isso que se tinha planejado, ou seja, alcançar aqueles que estavam contra o regime²⁰⁶.

Repleto de cinismo, este fato revela que não se está muito distante do passado e apesar dos ventos democráticos terem varrido para longe os ditadores, continua-se operando na mesma lógica arbitrária e de desrespeito aos direitos fundamentais.

Como dizia Robert Pirsig, “se destruirmos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzira outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o

²⁰⁵ STJ - CC nº 19.862/SP – 3ª Seção – julgado em 13.05.1998 – Rel. Min. Vicente Leal – julgado em 13.05.1998, publicado DJ 16.08.1999 (RT-773/548). Ver, no mesmo sentido, STJ – CC nº 21486/SP – 3ª Seção – Rel. Min. Vicente Leal – julgado em 12.08.1998, publicado em 31.08.1998 (RT758/513); STJ- HC nº 9115/PR – 6ª Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – julgado em 03.09.1999, publicado DJ 23.10.2000 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 20h); STJ- HC nº 7556/BA – 6ª Turma – Rel. Min. Anselmo Santiago – julgado em 17.09.1998, publicado DJ 23.11.1998 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 20h), e STJ - CC nº 19130/SP – 3ª Seção – Rel. Min. Felix Fischer – julgado em 24.09.1997, publicado DJ 20.10.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 11.10.2001, às 20h).

²⁰⁶ Crime continuado e unidade processual. **Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**, (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 204 e ss.

produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre o sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.”²⁰⁷

A possibilidade de superação desse modelo e da quebra de sua racionalidade repressiva está exatamente em se trabalhar no sentido de efetivação da Constituição e, conseqüentemente, da justa aplicação do princípio do juiz natural quando da definição da competência criminal²⁰⁸.

IV.3 Competência territorial nos crimes plurilocais

Estabelecida a competência material, pode-se partir para a fixação da competência territorial ou de foro²⁰⁹, que tem, como regra geral, aquela prevista no art. 70, do Código de Processo Penal²¹⁰.

²⁰⁷ PIRSIG, Robert M. **Zen e a arte de manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores**. (trad. Celina Cardim Cavalcanti) 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 98.

²⁰⁸ “A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas que acenam com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é decrescente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte o Estado Social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.” (BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba: ABDC, v. 1, n. 1, 2001, p. 26 e 27)

²⁰⁹ Aqui é preciso deixar claro que quando se fala em competência de foro está-se sempre a falar da competência territorial, que se não confunde com a competência de juízo, como sustentam alguns, pois esta é de ordem material, mais especificamente se trata da competência material em sentido estrito, determinada pelas espécies e tipos de delitos. (BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, n. 09, a. 09, 1980, p. 180 e ss.)

²¹⁰ Note-se que a mesma interpretação se deve dar à regra disposta no art 63, da Lei nº 9.099/95, a qual define que a competência do Juizado Especial Criminal “será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.” Em princípio, quando da edição da mencionada lei, autores como Ada Pellegrini Grinover defenderam que neste caso a competência seria “determinada

Isso implica em dizer que, já se tendo definido a competência material, o juiz territorialmente competente para o julgamento de um crime é, usualmente, aquele do lugar da infração que, por sua vez, na voz do CPP, é o do lugar de sua consumação²¹¹ ou, no caso de tentativa, do lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Apesar da clareza da regra que define o foro comum, inúmeros são os casos de violação do princípio do juiz natural no momento de sua aplicação mais singela.

Dentre eles figuram os ovacionados mutirões de juízes²¹², que pipocam por todo o país e são implementados para desafogar os Tribunais. Esses movimentos, em geral, convocam os juízes lotados em comarcas do interior, que

lugar em que foi praticada a ação, não pelo local em que ocorreu a consumação em face do resultado, tendo inteira aplicação o art. 6º do Código Penal, que considera ‘praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria se produzir o resultado.’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 70). Todavia, considerando que a ação delituosa pode se estender por vários locais e impedir uma determinação exata do Juizado territorialmente para julgá-la, parece que a única saída para salvar a regra do art. 63 da inconstitucionalidade é ler “lugar da consumação”, onde diz “lugar em que ocorreu a ação ou omissão.” Somente dessa forma seria possível evitar um incremento nos casos de violação do princípio do juiz natural. Portanto, aqui figura como mais acertado o posicionamento de Damásio de Jesus, logo após a edição da referida Lei: “Entendemos que o legislador empregou o termo ‘praticada’ no sentido de realizada, cometida, consumada.” (JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44).

²¹¹ “O foro do delito, ou distrito da culpa, é determinado pelo lugar em que se consumar a infração, ou no caso de tentativa, pelo lugar em que fôr praticado o último ato de execução, segundo reza o artigo 70 *caput*, do Código de Processo Penal. Deve, porém, ‘entender-se por *locus delicti*, o lugar hipotético do fato delituoso, isto é: o lugar em que o fato foi cometido, na suposição (certa ou errada) de que tivesse sido realmente praticado’. Foram os italianos, na Idade Média, os que primeiro trataram com carinho e pormenorizadamente, da questão do lugar do crime com a adoção do *forum delicti commissi*. A princípio, tiveram por decisivo o lugar da atividade (*incoatio*), e, posteriormente, o do resultado (*consummatio*), porquanto, segundo Baldo e Bartolo, na *consummatio* está a essência do delito.” (MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 167 e 168)

²¹² “Justiça de MS faz mutirão para julgar 183 mil processos parados.” Esta é a manchete do jornal folhaonline, em 08.02.2001, às 13h06, no site: <http://www.uol.com.br/folha/brasil>.

normalmente têm uma menor quantidade de trabalho, para lançarem sentenças nos processos cujos foros competentes são as grandes cidades/comarcas.

Ora, o que salta aos olhos nessas situações é a modificação da competência após ela ter sido fixada e a conseqüente violação do princípio. Por certo, num Estado Democrático, em que é regra a transparência dos atos do poder público, presume-se a boa-fé daqueles que organizam tais ações, até porque se o contrário for comprovado, existem mecanismos capazes de reverter o quadro. Todavia, se se admitir o desrespeito à Constituição e aos seus direitos fundamentais, em nome do que quer que seja, quando em vigência regimes democráticos, é possível imaginar o que se permitirá em tempos de repressão. Por este motivo, é preciso tratar de garantir já a efetividade da Constituição e não consentir com o seu descumprimento, ainda que em nome das mais nobres ações como os mutirões de juízes. Por sinal, há forma legal de se ajustar a questão, quiçá criando-se mecanismos adequados; e sem violar a CR.

Outro caso de modificação da competência territorial, após ela ter sido fixada, ocorre quando da criação de novas comarcas ou circunscrições judiciárias.

Atualmente, quando se cria o novo foro, tende-se a transferir para este todos os casos que já estão em andamento no antigo, como se vê nas decisões que se seguem:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRELIMINAR PREJUDICADA. DESLOCAMENTO DE FEITO AO NOVO JUÍZO INSTALADO NO LUGAR DA INFRAÇÃO.

PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESLOCAMENTO DO FEITO LEGITIMADO POR NORMA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DO LUGAR DA INFRAÇÃO. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- 1- Em sessão de julgamento, o Ministério Público Federal, reconsiderou as preliminares argüidas , tornando-as em efeito.
- 2- A garantia política instituída no princípio do juiz natural tem origem na preservação do interesse público.
- 3- É legítimo o deslocamento do feito, para juízo distinto do qualificado pela distribuição originária, por força de normas de organização judiciária que privilegiam o critério do lugar da infração.
- 4 – Conflito negativo de competência improcedente.”²¹³

“EMENTA: PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DISTRIBUÍDA ORIGINARIAMENTE PERANTE O JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, QUE DECLINOU DE SUA COMPETÊNCIA, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS AO JUIZ DA 2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS, POSTERIORMENTE INSTAURADA, COM REGRAS DETERMINADORAS DA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PRINCÍPIOS DA ‘PERPETUATIO JURISDICTIONIS’, DO JUIZ NATURAL E DO LOCAL DA INFRAÇÃO.

(...)

2 – A fixação da competência pelo lugar da infração impõe-se ainda que a criação de nova vara, abrangendo o território onde ocorreu o crime, tenha sido implantada após a ação penal encontrar-se instaurada, pois, inaplicável é, na hipótese, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, previsto no artigo 87 do Código de Processo Civil, dado que a lei processual civil somente deve ser aplicada subsidiariamente quando da existência de lacunas nas normas processuais penais, o que não se verifica em razão de ter o Código de Processo Penal cuidado de estabelecer o elenco das causas determinadoras da competência criminal.

3 – A modificação da competência criminal, decorrente da criação de nova Vara englobando o local do crime, não viola o princípio do juiz natural, dado que na Constituição Federal Brasileira esse primado não tem o mesmo alcance daquele previsto em Constituições de países estrangeiros, que exigem seja o julgamento realizado por juízo competente estabelecido em lei anterior aos fatos, tanto que o inciso

²¹³ TRF 3ª REGIÃO – CC nº 3332/SP – 1ª Seção – Relator Juiz Fabio Prieto – julgado em 02.08.2001, publicado DJU 26.09.2000 (site: <http://www.cjf.gov.br>, em 04.10.2001, às 14h).

LIII do art. 5º da Carta Magna somente assegurou o processo e julgamento frente à autoridade competente, sem exigir deva o juízo ser preconstituído ao delito a ser julgado.”²¹⁴

Aqui é preciso ter cuidado, pois não raro o que determina a criação de novas comarcas e circunscrições são interesses de ordem política, que podem visar exatamente à manipulação do princípio para a escolha de um juiz mais interessante para determinadas causas²¹⁵. Não se pode generalizar tal afirmação, mas é preciso considerar novamente que em épocas de governos repressivos, constituídos justamente para privilegiar alguns, isso pode acontecer e que o momento de se preocupar em evitar tais violações é, por evidente, aquele onde ainda se tem espaço para denunciar os abusos.

Além da mencionada regra que define o foro comum, existem ainda mandamentos que estabelecem os chamados foros subsidiário do comum (art. 72, do CPP), facultativo (art. 73, do CPP), especial (art. 89 e 90, do CPP), subsidiário do especial (art. 88, do CPP), por prerrogativa de função e de prevenção (art. 83, do CPP)²¹⁶.

Portanto, sendo impraticável a definição da competência territorial de acordo com o disposto no art. 70, do CPP, em razão da impossibilidade de se identificar o lugar da consumação do crime, o ordenamento processual admite que subsidiariamente se aplique o disposto no art. 72, *caput*, do Código de

²¹⁴ TRF 3ª REGIÃO – CC nº 3333/SP – 1ª Seção – Relator Juíza Suzana Camargo – julgado em 17.05.2000, publicado DJ 26.09.2000 (site: <http://www.cjf.gov.br>, em 04.10.2001, às 10h).

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**, (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 205 e ss.

²¹⁶ Sobre tais critérios ver MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio-São Paulo: Forense, 1961, p. 235 e ss.

Processo Penal, e que se estabeleça o foro competente a partir do domicílio ou residência do acusado²¹⁷.

Note-se que esta regra só se reveste de constitucionalidade quando aplicada corretamente, ou seja, quando, esgotados todos os meios possíveis para se auferir o lugar da consumação do delito, não se possa identificá-lo. Isto porque o princípio juiz natural exige a fixação taxativa da competência, de modo a se ter apenas um juiz competente para o julgamento de cada crime²¹⁸. Caso contrário, está-se a manipular o princípio e a descumprir a Constituição. Neste sentido, decidiu o STJ:

“EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. APURAÇÃO DE DELITOS. LOCAL INCERTO. RÉUS PRESOS EM FLAGRANTE E DOMICILIADOS NA COMARCA DO JUÍZO SUSCITADO. REGRA GERAL DO ART. 72 DO CPP.

²¹⁷ “Pode acontecer que não se consiga localizar a consumação do crime, não por incerteza de limites ou de doutrina substantivo-penal, e sim por faltar segurança sobre os elementos concretos dessa localização. Alguém, por exemplo, viajando no interior de Goiás mostra a diversas pessoas uma carta injuriosa que vai mandar ao Rio de Janeiro. Por fás ou por nefas nenhuma dessas pessoas e nem o próprio réu, podem informar onde se deu publicidade às injúrias. Nesse caso, o foro da causa é o do domicílio ou residência, “não sendo conhecido o lugar da infração.” (MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria criminal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 178).

²¹⁸ “Cada caso penal, como se sabe, deve ser julgado por um único órgão jurisdicional, ainda que muitos possam, eventualmente, intervir no processo, em momentos diferenciados. Faz-se, então, uma relação absoluta entre ato processual e órgão jurisdicional, de modo a que tão-só um dentre tantos seja o competente para o ato. Trata-se, portanto, de identificar o órgão jurisdicional competente, matéria hoje com foro constitucional, conforme art. 5º, LIII, ou seja, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, tudo para cumprir o princípio do Juiz Natural, o que vem complementado, de perto, pela regra do inciso XXXVIII, isto é, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Por evidente, as regras refletem, até pela sua topografia, garantia fundamental do cidadão. Juiz competente, diante do quadro constitucional de 88 é, sem sombra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a poder-se dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado, assim como excluir todos os demais, evitando-se, deste modo, manipulações indesejáveis, com vilipêndio das regras de garantia, como tem acontecido com frequência inaceitável, mormente em face da chamada interpretação retrospectiva.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*, (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 201 e 202).

1- Considerando-se que todas as tentativas em apurar-se a localidade correta onde aconteceram os delitos foram em vão, sendo patente, pois, a incerteza da localidade da infração, aplica-se a regra do art. 72 do CPP.

2- Conflito conhecido para declarar a competência do juízo estadual suscitado, comarca onde são domiciliados os réus presos.”²¹⁹

Outra situação é aquela do art. 73, do CPP, em que é possível a aplicação da regra geral, pois se conhece o lugar da consumação do delito, contudo, abre-se espaço para que o querelante facultativamente opte pelo foro do domicílio ou residência do acusado²²⁰.

Ora, em se considerando o princípio do juiz natural no seu mais amplo significado, expresso pelo constituinte de 88, torna-se evidente que esta regra não foi recepcionada pela atual CR.

Não há, aqui, esforço hermenêutico capaz de promover sua conformação ao texto constitucional, uma vez que claramente autoriza a escolha pelo querelante do juiz competente para o caso penal e, inevitavelmente, promove a violação do princípio do juiz natural.

Apesar disso, o STJ não tem visto nenhum óbice em aplicá-la:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINARIO DE ‘HABEAS CORPUS’. AÇÃO PENAL PRIVADA. COMPETENCIA.

²¹⁹ STJ – CC nº 17933/SP – 3ª Seção – Relator Min. José Arnaldo Fonseca – julgado em 08.10.1997, publicado DJ 10.11.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 10h).

²²⁰ “Fôro especial, mas facultativo tão-somente, é o previsto no art. 73, nos termos seguintes: ‘Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o fôro do domicílio do réu, ainda quando conhecido ‘o lugar da infração’.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio-São Paulo: Forense, 1961, p. 239 e 240)

1 – A regra básica, em sede de fixação de competência, é a do art. 70, do CPP. O art. 72 indica a hipótese de foro supletivo e o art. 73 aponta para apelação do querelante, e não do querelado.

2 – Recurso provido.”²²¹

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. QUEIXA CRIME. CRIME DE DIFAMAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. COMPETÊNCIA. CRIME FORMAL. FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DO FATO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. EXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE.

(...)

4 – Em se tratando de crimes contra a honra, cuja configuração independe da efetiva consumação do delito, não se aplica a competência *ratione loci*, mas a do domicílio ou residência do réu, segundo a regra do artigo 72, do Código de Processo Penal.

(...)

7- Recurso ordinário provido.”²²²

Quanto ao foro especial, pode-se dizer que os arts. 89 e 90, do CPP, complementando o disposto no art. 109, da CR, estabelecem que: (i) os crimes praticados em embarcações nas águas territoriais ou embarcações nacionais em alto-mar, nos rios e lagos fronteiriços do Brasil, serão julgados pela Justiça Federal do lugar em que estiver situado o primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou quando se afastar do país, pela do último lugar em que houver tocado; e (ii) os delitos cometidos a bordo de aeronave nacional e estrangeira, dentro do espaço aéreo brasileiro, serão processados pela Justiça

²²¹ STJ- RHC nº 7211/MA - 5ª Turma – Relator Min. Felix Fischer – julgado em 19.02.1998, publicado DJ 14.12.1998 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 09h).

²²² STJ – RHC nº 9563/SP – 6ª Turma – Relator Min. Vicente Leal – julgado em 26.11.2000, publicado DJ 19.02.2001.

Federal da circunscrição em cujo território se verificou o pouso após o crime, ou da circunscrição de onde houver partido a aeronave²²³.

Dentre regras que definem o foro especial, também se pode incluir aquela do art. 42, da Lei nº 5.250/67, que estabelece o órgão jurisdicional do local das rotativas, no caso da radiodifusão, e da sede principal da agência de notícias, no caso de periódicos e emissão de TV, como territorialmente competente para julgar os crimes de imprensa²²⁴.

Subsidiariamente a estes dispositivos, pode-se aplicar ainda a regra prevista no art. 88, do CPP, que dispõe ser o foro da capital do Estado onde houver por último residido o acusado, aquele competente para julgar os crimes praticados fora do território brasileiro.

Em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, observa-se que o art. 84, do CPP, à luz dos arts. 29, X, 102, 105, 108, da CR, estabelece o tribunal territorialmente competente para julgar os indivíduos que têm prerrogativa de função. Deste modo, demarca que as pessoas com prerrogativa de função, submetidas ao julgamento pelo STF e pelo STJ, terão Brasília como foro competente; já as que estão submetidas ao julgamento pelos TRF's, terão como possíveis fóros Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto

²²³ "Há poucos foros especiais, no processo penal brasileiro, para as infrações da competência da justiça comum. Um deles é o foro dos casos de Direito Penal Internacional. (...) Quando o foro especial é resultante de questões de Direito Penal Internacional, como em todas as hipóteses previstas nos arts. 88, 89 e 90, o foro da Capital da República funciona como subsidiário (arts. 89 e 91)." (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio-São Paulo: Forense, 1961, p. 238 e 239)

²²⁴ "Atualmente, pela Lei 5.250/67 (art. 42), o lugar do delito, para determinação da competência territorial, será aquele em que for impresso o jornal ou periódico, e o local do estúdio do permissivo ou concessionário do serviço de radiodifusão, bem como o da administração principal da agência noticiosa." (MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 96).

Alegre ou Recife, dependendo da região onde exercerem suas funções; e, finalmente, aquelas que estão submetidas ao julgamento pelos Tribunais Justiças estaduais, terão como possíveis fôros as capitais dos Estados da Federação, dependendo de onde exercerem suas funções.

Por fim, o art. 83, do CPP, corroborado pelos arts. 70, § 3º; art. 71; art. 72, § 1º e 2º; art. 91, todos também do CPP, estabelece a chamada competência territorial por prevenção que se define quando, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia.

Veja-se que é preciso ter cuidado, pois a competência territorial definida pela prevenção pode adentrar no campo da inconstitucionalidade e ferir o princípio do juiz natural.

Os casos típicos do que se está falando são as situações estabelecidas mais precisamente nos arts. 71; 72, § 1º; e 91, todos do CPP, que permitem a manipulação do princípio cada um a seu modo.

Por exemplo, o art. 71, CPP, que estabelece a competência territorial por prevenção para os crimes continuados²²⁵ e permanentes²²⁶, não leva em conta que é possível precisar o lugar de suas consumações e determinar de

²²⁵ “No crime continuado, a realidade da continuidade se traduz numa única ação típica, e os atos sucessivos do autor são tão-somente graus progressivos da realização do conteúdo injusto do crime.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 729)

²²⁶ “Nos delitos permanentes, todos os atos que têm por objeto manter o estado consumativo apresentam uma unidade de conduta. Todos os movimentos realizado para manter um seqüestrado privado de sua liberdade são uma unidade de conduta.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 725)

forma exata o juiz natural para julgá-lo, nos termos do próprio art. 70, do CPP²²⁷.

Aliás, neste sentido Leone, com base no art. 39, do Código Rocco, afirmava que a competência territorial para julgamento dos delitos continuados ou permanentes deve ser definida com base no lugar em que cessou a continuação ou a permanência²²⁸.

Todavia, não é esse o entendimento dos tribunais, que aplicam sem qualquer questionamento a regra da competência por prevenção:

“EMENTA: COMPETÊNCIA. DESCAMINHO. CRIME CONTINUADO. PREVENÇÃO.

1 - Configurada a continuidade delitiva (art. 71, do CPP), forçoso é reconhecer que a competência se firma pelo princípio da prevenção (art. 83, do CPP).

2 – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juiz Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.”²²⁹

“EMENTA: PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME CONTINUADO. ESTELIONATO. PREVENÇÃO.

²²⁷ “Não se trata, então, no caso de crime continuado, de fazer incidir as causas de modificação da competência (conexão e continência), por ser necessário a apuração mediante um único processo. Sem embargo, no vão criado pela aparente omissão legislativa, o menos avisado pode iludir-se com a manipulação das regras sobre a matéria, criando um espaço propício à confusão, a ser evitada de qualquer forma. Antes de tudo há de ter-se presente tratar-se, como demonstrado em abundância, de crime único, por força da continuação e da teoria adotada pelo CP, fundada em ficção jurídica mas, à evidência, a melhor construção que se poderia fazer. Assim, para crime único, vige a regra geral do CPP e, portanto, há de ter-se processo único, razão por que a omissão legislativa sobre a matéria é meramente aparente.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*, (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001, p. 206 e 207).

²²⁸ “Per il reato continuato e permanente la competenza si determina in considerazione del luogo in cui cessò la continuazione o la permanenza (art. 39).” (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, p. 88) [trad. da autora: “Para os crimes continuados ou permanentes a competência se determina em consideração do lugar em que cessou a continuação ou a permanência (art. 39).”]

²²⁹ STJ – CC nº 15261/PR – 3ª Seção – Min. Relator William Patterson – julgado em 05.10.1995, publicado DJ 04.12.1995 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 11h). No mesmo sentido: STJ – CC nº 8754 – 3ª Seção – Min. Relator William Patterson – julgado em 27.11.1996, publicado DJ 17.02.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 11h).

1 - Configurada a continuidade delitiva, a competência se firma pelo princípio da prevenção (arts. 71 e 83, do CPP).

2 – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juiz Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária Pernambuco, o suscitado.”²³⁰

“EMENTA: TRATANDO-SE DE CRIME PERMANENTE, A VISTA DE TER SIDO DECRETADA A PRISÃO PREVENTIVA DO DENUNCIADO NO DOUTO JUÍZO SUSCITADO, A COMPETÊNCIA FIRMOU-SE PELA PREVENÇÃO, CONSOANTE O ARTIGO N. 71 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DO DOUTO JUÍZO SUSCITADO.”²³¹

“EMENTA PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. CRIMES PRATICADOS EM DIVERSOS ESTADOS. CRIMES PERMANENTES. OCORRÊNCIA DE PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 70, PAR. 3, 71 E 83 DO CODIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1 - Tendo o paciente sido denunciado não somente pela pratica do crime de trafico internacional de entorpecentes, mas, também, por outros delitos, e que tiveram a consumação em diversos estados da federação, a competência deve ser estabelecida pelo critério da prevenção, sendo competente o juízo que tiver se antecedido aos outros na pratica de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denuncia ou a queixa, face os termos do artigo 83 do Código de Processo Penal.

2 - O fato do crime tipificado no artigo 12, da Lei n. 6.368/76, ser o que possui pena mais grave, em confronto com os demais delitos imputados ao paciente, não se apresenta com força suficiente para determinar a aplicação do artigo 78, II, letra a, do Código de Processo Penal, dado que a consumação dessa infração penal também não ocorreu em um só lugar, tendo sido perpetrada, segundo a denuncia, nos territórios de vários Estados, possuindo, ademais, natureza de crime permanente, pelo que, havendo o concurso de mais de um juízo igualmente competente, a regra a ser aplicada, para a evidenciação da competência, nesse caso, e a do artigo 71 do Código de Processo Penal.

3 - Ainda mais, ocorrendo incertezas, no momento da apreensão da substancia entorpecente, quanto aos limites territoriais entre duas

²³⁰ STJ – CC nº 18013 – 3ª Seção – Min. Relator Fernando Gonçalves – julgado em 10.09.1997, publicado DJ 13.10.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 11h).

²³¹ TJPR – CC Nº 0014964800 – Grupo de Câmaras Criminais – Relator Des. Lemos Filho – julgado em 20.03.1991, publicado DJPR 26.03.1991 (site: <http://www.tj.pr.gov.br>).

jurisdições, dado que a guarda e depósito da substância entorpecente era feita em uma fazenda situada em município do Estado do Mato Grosso, mas limítrofe com o Estado de Mato Grosso do Sul, tem-se também como competente o Juízo que em primeiro lugar praticou atos relativamente ao processo criminal, face o critério da prevenção estabelecido no artigo 70, parágrafo 3, do Código de Processo Penal.

4 - Inexistência do alegado constrangimento ilegal. Ordem denegada.”²³²

“EMENTA: PENAL. ENTORPECENTE. TRÁFICO ILÍCITO. TRANSPORTAR. CRIME PERMANENTE. CONSUMAÇÃO. COMPETENCIA. PREVENÇÃO.

1- O transportar substância entorpecente de um lugar para outro é crime permanente, protraindo-se, conseqüentemente, no tempo, o momento consumativo.

2- Cuidando-se de infração permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência será estabelecida pela prevenção.”²³³

Enfim, estabelecidas premissas básicas para se fixar a competência territorial, passa-se ao estudo mais específico de sua definição nos crimes plurilocais, a qual tem sido foco de inúmeras violações ao princípio do juiz natural.

Como se viu, os chamados crimes plurilocais são aqueles que tem sua execução em lugar diverso de sua consumação. No Brasil, a nomenclatura “crimes plurilocais” é utilizada inicialmente por Frederico Marques, tomando por base a definição de Carnelutti: “Para certos crimes, a maioria talvez, o assunto não encerra nenhuma complexidade, sendo assim de pronta solução. Nesses casos mais fáceis, as dúvidas podem aparecer, algumas vezes, nas hipóteses que

²³² TRF 3ª - HC nº 95.03.094823 – Relatora Juíza Suzana Camargo – julgado em 26.02.1996, publicado DJ 02.04.1996 (site: <http://www.cjf.gov.br>, em 12.10.2001, às 20h).

²³³ TRF 1ª REGIÃO – RCCR nº 1995.01.19322-5/PA – 3ª Turma – Relator Juiz Tourinho Neto – julgado em 18.09.1995, publicado DJU 29.09.1995 (site: <http://www.cjf.gov.br>, em 12.10.2001, às 20h).

Carnelutti chama com muita propriedade, de “infrações plurilocalis” (reati plurilocali). Em face dessas infrações, podem surgir as seguintes hipóteses: a) ação realizada em circunscrição diferente daquela onde ocorre o evento; b) ação realizada em mais de uma circunscrição; c) evento ocorrido em circunscrições diversas.”²³⁴ Carnelutti, por sua vez, afirma: “Un análisis de tal hipótesis, que podría denominarse de delito plurilocal, da si no me equivoco, los siguientes resultados: *acción llevada a cabo en circunscripción diversa de aquella en la que ocurre el evento; acción llevada a cabo en más de una circunscripción; evento ocurrido en circunscripciones diversas.*”²³⁵

As grandes dificuldades no que se refere à fixação do foro competente para julgamento desse crimes surgem em razão da inabilidade que se tem para fixar o seu momento consumativo.

Conforme prevê o art.14, I, do Código Penal, os delitos se consumam quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, ou seja, todos os elementos do tipo.

Nos casos dos crimes materiais²³⁶, por exemplo, tem-se o momento da consumação estabelecido pela produção de um resultado naturalístico, que por sua vez fixará o foro competente, de acordo com o disposto no art. 70, do CPP.

²³⁴ MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 169.

²³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. (trad. Santiago Sentís Melendo) Buenos Aires: Bosch, v. II, 1950, p. 318. Seguindo, ainda, a terminologia carneluttiana tem-se: JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 191; MIRABETE, Julio Fabrinni. **Proceso penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 191 e ss.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Proceso penal**. 16. ed. Saraiva: São Paulo, v. II, 1994, p. 87 e outros.

²³⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. (trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado) Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 178.

Deste modo, tomando por base o crime de homicídio, previsto no art. 121, do CP, que por excelência é um delito material, tem-se que a sua consumação advém com a morte da vítima e, conseqüentemente, o foro competente para julgá-lo será o do lugar em que se deu o referido falecimento.

Contudo, nas situações em que a conduta delituosa do homicídio se desenrola em lugar diverso da morte da vítima, ou seja, quando se está diante de um vero e próprio crime plurilocal, os tribunais acabam criando regra e estabelecendo que o foro competente para processamento e julgamento de tal delito é do lugar em que foi praticada a conduta e não o do evento consumativo. Veja-se por todos, o Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO. CPP. 70.

1 – O Juízo competente para processar e julgar o acusado de homicídio é o da comarca de Piracambi, onde a vítima foi agredida fisicamente sofrendo as lesões que lhe a morte, e não a comarca de Vassouras, onde em busca de melhor assistência médica veio a falecer.
2- Recurso improvido.”²³⁷

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO. ART. 70, DO CPP.

1 – O artigo 70 do Código de Processo Penal, explicitamente, indica que o critério ali enunciado atua como regra geral. Incidem pois em casos especiais os princípios reitores da competência.
2- O princípio que rege a fixação da competência é de interesse público, objetivando a alcançar não só a sentença formalmente legal e se possível justa.
3 – A orientação básica da lei é eleger situações que melhor atendam a finalidade do processo. Este busca a verdade real. A ação penal, então,

²³⁷ STJ – RESP nº 12292/RJ – 5ª Turma – Relator Min. Edson Vidigal – julgado em 01.07.1997, publicado DJ 08.09.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h). No mesmo sentido, ver: STJ – CC nº 17112/PR – 3ª Seção – Relator Min. Anselmo Santiago – julgado em 13.05.1998, publicado DJ 17.08.1998 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h).

deve desenrolar-se no local que facilite a melhor instrução a fim de o julgamento projetar a melhor decisão.

4 – No caso dos Autos, a ação foi praticada em Catalão, a morte em hospital de Brasília. A vítima removida em consequência da extensão da conduta delituosa. Evidente na espécie o juízo da ação e o local que melhor atenda o propósito da lei. Ali se desenvolvera os atos da conduta delituosa. Agente e vítima morreram no local. A morte em Brasília foi uma ocorrência accidental.

V- Conflito conhecido e declarado competente o juízo de direito de Catalão-GO o suscitado.”²³⁸

Novamente presencia-se a violação do princípio do juiz natural pelo Judiciário brasileiro, que cria regras para fixação de competência após a ocorrência do fato delituoso, invadindo a esfera legislativa, o que num Estado que se pretende democrático é, no mínimo, arbitrário²³⁹.

Outro exemplo da falta de destreza no momento de se definir a competência territorial nos crimes plurilocais se verifica nos casos dos delitos qualificados pelo resultado, ou numa nomenclatura zaffaroniana, dos tipos preterdolosos e plurais.

Segundo Zaffaroni, os delitos preterdolosos são aqueles em que a “ação é, a um só tempo, típica de um tipo doloso, em razão de sua finalidade típica, e de um tipo culposo, em face da violação do dever de cuidado. Temos, pois, o dolo no antecedente e culpa no consequente. Nesta categoria temos a

²³⁸ STJ – CC nº 8734/DF – 3ª Seção – Relator Min. Pedro Aciole – julgado em 01.07.1994, publicado DJ 20.03.1995 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h).

²³⁹ O posicionamento de Tourinho Filho é preciso quanto à questão, defendendo que o foro competente para julgar o crime de homicídio é sempre aquele do lugar em que ocorrer o evento morte: “Se um motorista, na cidade de Bauru, por imprudência, negligência ou imperícia, vem a produzir lesões corporais em Joaquim, o crime de lesão corporal consumou-se em Bauru. Nesse mesmo exemplo, entretanto, se a vítima é levada a São Paulo, em busca de melhores recursos médicos, e lá vem a falecer em consequência das lesões recebidas, a consumação do crime de homicídio culposo ocorrerá em São Paulo, tão-somente porque o evento necessário, indispensável à configuração do homicídio culposo, se verificou em São Paulo.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994, p. 88).

lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º); o aborto qualificado (art. 127); a rixa qualificada (art. 137, parágrafo único) etc.”²⁴⁰

Por outro lado, os nominados tipos plurais podem ser de tipicidade plural dolosa, como é o caso da morte resultante da extorsão mediante seqüestro (art. 159, § 3º), ou de tipicidade plural culposa, como ocorre nas modalidades culposas de incêndio (art. 250, § 2º), explosão (art. 251, § 3º), uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252, parágrafo único), difusão de doença ou praga (art. 259, parágrafo único), sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261, § 3º), envenenamento de água potável ou alimentos (art. 270, § 2º), quando sobrevém a morte como decorrência do fato²⁴¹.

Note-se que os crimes citados, nos termos da regra do art. 14, I, do CPP, só se consumam quando perfazem todos os elementos do tipo, ou seja, quando se verifica, no caso dos preterintencionais, o evento decorrente da violação do dever de cuidado, e nos casos dos tipos plurais, o evento último ocorrido a título de dolo, quando houver tipicidade plural dolosa; ou de culpa, quando se estiver a falar da tipicidade plural culposa.

Certamente esse posicionamento não é pacífico na doutrina, pois alguns autores consideram o evento que de certa maneira “qualifica” o resultado, como elemento accidental do tipo e, portanto, dispensável é o seu perfazimento para a consumação do crime²⁴².

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 527.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 527.

²⁴² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 63 e ss.

Entretanto, Tourinho Filho, ao traçar a crítica a essa postura, enfatiza: “Insta acentuar que aqueles que defendem a tese de que nos delitos qualificados pelo resultado a consumação ocorre no lugar onde se verificou o fato simples, assim o fazem porque entendem que o segundo resultado, a circunstância agravadora, que no caso é a morte ou a lesão grave, funciona como condição objetiva de punibilidade. A melhor doutrina, entretanto, profliga tal entendimento, mostrando, com clareza do sol do meio dia, que a condição objetiva de punibilidade nada tem que ver com o delito; é completamente estranha ao fato proibido pela norma penal. (...) Assim, para nós, os delitos qualificados pelo resultado se consumam no lugar onde ocorra aquele ‘evento’ que majora a pena.”²⁴³ Além disso, há que se observar que o art. 14, I, do CP, dispõe ser necessário à consumação do delito a reunião de todos os elementos do tipo, sem precisar obviamente se são eles essenciais ou acidentais.

Finalmente, não se poderia deixar de citar o crime de apropriação indébita como um dos casos de delitos plurilocais que têm gerado alguma dúvida quanto à sua consumação e, conseqüentemente, no que se refere à fixação do juiz natural para julgá-lo.

O art. 168, do Código Penal, estabelece que a apropriação indébita ocorre quando o indivíduo apropria-se de coisa alheia móvel, de que tem posse ou a detenção. Note-se que o tipo objetivo deste delito exige que o agente dolosamente tome para si coisa alheia móvel, que foi licitamente colocada em sua posse ou detenção pelo ofendido. Por outro lado, o seu tipo subjetivo exige

²⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994, p. 92.

algo mais do que simplesmente ter vontade livre e consciente de tomar para si a coisa de que se tem posse ou detenção, isto é, faz-se necessário que indivíduo tenha a vontade livre e consciente de assenhorar-se definitivamente da coisa, de dispor dela, de não a restituir, enfim, o chamado elemento subjetivo diverso do dolo que se traduz no *animus rem sibi habendi*. Isto implica em dizer que, tomando por base o disposto no art. 14, do CP, o momento consumativo ou o perfazimento de todos os elementos do tipo desta espécie de delito se verifica quando ocorre o referido assenhoramento definitivo, quando o indivíduo passa a dispor da coisa, ou seja, quando ele inverte definitivamente a posse²⁴⁴. Diante disso, pode-se concluir que o foro competente para julgá-lo será aquele do lugar onde ficar comprovada a inversão da posse.

Apesar deste raciocínio, a jurisprudência ainda é hesitante e desencontrada quanto a este assunto, promovendo como sempre algumas violações do princípio do juiz natural:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPUTADO A REPRESENTANTE COMERCIAL.

1 – Em tema de crime de apropriação indébita imputado a representante comercial, é competente para processar e julgar o delito o juízo do lugar da empresa onde seria efetuada a prestação de contas.

²⁴⁴ Em seus comentários ao art. 168, do CP, Magalhães Noronha assevera que “a existência de dolo específico, do fim de procurar proveito ilícito, é indispensável, pois sem ele a apropriação indébita pode confundir-se com outros crimes, ou mesmo não haver delito. Assim, quem retém um objeto, a que julga ter direito, ao invés de recorrer à justiça, pode cometer exercício arbitrário das próprias razões, mas não pratica apropriação indébita. (...) Dá-se a consumação quando a coisa sai do patrimônio do sujeito passivo, e tal pode dizer-se, atendendo à natureza do crime, quando o agente transforma sua posse ou detenção em domínio; quando pratica atos inequívocos de dono; quando deixa de possuir a coisa em nome e no interesse de quem lha transferiu e passa a dispor dela como se dono fosse.” (MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II, p. 352 e 353).

2- Precedente da 3ª Seção.

3 – Conflito conhecido. Competência do juízo suscitante.”²⁴⁵

Todavia, não se poderia deixar de ressaltar as exceções:

“EMENTA: RHC. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. COMPETÊNCIA.

1 – O HC é via adequada à discussão sobre a configuração ou não do crime de apropriação indébita e onde teria ele se consumado. É que a verificação do lugar onde se deu a inversão do título de posse, consistente na recusa em devolver a coisa, exige investigação probatória.

2 – Recurso improvido.”²⁴⁶

Aliás, são estas exceções que motivam e fazem ver esperança na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Este é objetivo, marcar pontos de resistência e fazer deles lugar de luta para que se possa efetivar a Constituição. Aos mais pessimistas, pode parecer vã este combate que se funda em palavras, as quais muitas vezes não ultrapassam os vidros dos gabinetes, dos tribunais, das universidades. Contudo, ainda é preferível ficar com Drummond:

“Lutar com palavras é a luta mais vã.

Entanto lutamos mal rompe a manhã.

são muitas, eu pouco.

Algumas tão fortes

como o javali.

Não me julgo louco.

²⁴⁵ STJ – CC nº 17751/SP – 3ª Seção – Relator Min. Vicente Leal – julgado em 08.10.1997, publicado DJ 27.10.1997 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h).

Se o fosse, teria
Poder de encantá-las.
Mas lúcido e frio,
Apareço e tento
apanhar algumas
para meu sustento
num dia de vida.”²⁴⁷

²⁴⁶ STJ – RHC nº 6494/MS – 6ª Turma – Relator Min. Fernando Gonçalves – julgado em 19.02.1998, publicado DJ 09.03.1998 (site: <http://www.stj.gov.br>, em 12.10.2001, às 13h).

²⁴⁷ ANDRADE, Carlos Drummond. **Antologia poética**. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 1987, p. 182.

CONCLUSÃO

Para concluir, estabelece-se algumas proposições condensadoras dos assuntos expostos na presente investigação:

- 1) A definição chiovendiana elucida que a jurisdição é o poder de dizer o direito no caso concreto de forma cogente e vinculante.
- 2) A noção mais importante no conceito de jurisdição é a de poder, que tem a perspectiva da microfísica foucaultiana como imprescindível viés de análise.
- 3) Na atual sociedade panóptica, a jurisdição é exercida enquanto prática normalizadora, que controla e disciplina os corpos, apropriando-se mormente do seu tempo e do seu trabalho.
- 4) Como pontos de resistência a esse poder jurisdicional disciplinar, identificam-se os direitos e as garantias fundamentais previstos no texto da Constituição de 1988, em especial, o princípio do juiz natural que interessa ao estudo da competência.
- 5) O princípio do juiz natural, cuja origem remonta à Revolução Francesa, determina que todos deverão ser julgados por juízes que tenham sua competência definida de forma taxativa em lei anterior ao fato.
- 6) A exigência de uma ordem legal apta a fixar apenas um juiz competente para processar e julgar cada caso concreto, coloca a competência como um limite do exercício do poder jurisdicional e, conseqüentemente, como um ponto de resistência em relação a uma jurisdição normalizadora.
- 7) A competência, ao limitar, operacionaliza o exercício jurisdicional conforme determinados critérios.

8) Os critérios chiovendianos determinam a divisão da competência em: material, que se define pela natureza do crime; territorial, que se estabelece pela localização do tribunal, e funcional, que se fixa de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional no processo.

9) O CPP brasileiro, ao fixar as regras sobre a competência material, funda-se no antigo CPP italiano, que toma por base a definição de crime postulada pela chamada Escola Clássica do Direito Penal.

10) Leone assevera que a natureza do crime é demarcada pela sua índole, dada conforme o bem jurídico ofendido ou a particular situação do sujeito ativo, ou pela gravidade da sanção, consolidada nos termos da medida da pena.

11) A competência material, no ordenamento brasileiro, é de ordem constitucional e se divide em: competência material em sentido lato, competência originária ou por prerrogativa de função, competência material política e competência material em sentido estrito.

12) A competência territorial de regra é fixada pelo lugar da consumação do delito, por força do art. 70, do CPP.

13) Nos casos dos crimes plurilocais, tem-se encontrado alguma polêmica quando da determinação da competência territorial, em razão das dificuldades encontradas por alguns para demarcar o momento consumativo.

14) O referencial para a concretização da competência em matéria criminal deve ser sempre o princípio do juiz natural, pois do contrário se está a violar a Constituição.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- _____; GÓMES COLOMER, Juan Luis; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia. **Derecho Jurisdiccional: processo penal**. 10. ed. Valencia: tirant lo blanch, v. III, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e a hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BACHELARD, Gaston. **A filosofia do não: filosofia do novo espírito científico**. (trad. Joaquim José Moura Ramos) 3. ed. Lisboa: Presença, 1984.
- BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso**. Temas Constitucionais, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- _____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba: ABDC, v. 1, n. 1, 2001.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1974.
- BLANCHOT, Maurice. **Foucault como o imaginário**. (trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria) Lisboa: Relógio d'Água, s/d.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad. Carlos Nelson Coutinho), 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII.
- BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, N. 09, ^a 09,

1980.

CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra : Coimbra, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Ancora sulla lite nel processo penale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930.

_____. **Función del proceso del trabajo**. Estudios de derecho procesal, (trad. Santiago Sentís Melendo) Europa-América: Buenos Aires, v. I, 1952.

_____. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione**. Padova: Litotipo, 1920, v. II.

_____. **Lecciones sobre el proceso penal**. (Trad. Santiago Sentís Melendo) Buenos Aires: Bosh, v. II, 1950.

_____. **Lite e funzione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

_____. **Sobre la “reformatio in peius”**. Estudios de derecho procesal, (trad. Santiago Sentís Melendo) Europa-América: Buenos Aires, v. II, 1952.

_____. **Sulla ‘reformatio in pejus’**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1927, v. II.

_____. **Verità, dubbio e certezza**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1965, vol. XX (II Série).

_____. **Verdade, dúvida e certeza**. (trad. Eduardo Cambi) Folha Acadêmica, n. 116, a. LIX, p. 05, 1997.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. (trad. José Luiz V. de A, Franceschini e J. R. Prestes Barra) São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. (trad. J. Guimarães Menegale) São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II.
- _____. **Principios de derecho procesal civil**. (trad. José Casáis y Santaló) Madrid: Reus, 1922.
- _____. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. (org. Alberto Silva Franco e Rui Stocco) São Paulo: RT, 1999.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.. **Derecho procesal: conceptos fundamentales**. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- CLEVE, Clémerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**. Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo : RT, 1995.
- _____. **A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)**. Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro, ADV, jun., 1993.
- _____. **Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. (trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado) Porto Alegre: SAFE, 1988.
- COQUARD, Olivier. **Marat**. (trad. C. H. Silva) São Paulo: Scritta, 1996.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.
- _____. **Procedura penale**. 8. ed., Milano: Giuffrè, 1985.
- _____. **Procedura penale**. 3. ed. Roma: Giuffrè, 1995.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- _____. **Crime continuado e unidade processual**. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século), (org. Sérgio Salomão Shecaira) São Paulo: Método, 2001.
- _____. **Globalização e Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre: Síntese, v. 33, p. 52, 2000.

- _____. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito.** Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, Curitiba, Juruá, 2001
- _____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.
- _____. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar.** Curitiba: Edibej, 1996.
- _____. **O papel do novo juiz no processo penal.** Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Corso di diritto processuale penale.** Padova: Cedam, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Duzentos anos de condenação da tortura.** Prefácio da obra: VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** (trad. Frederico Carotti) São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. XIV.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault.** Critique, Paris: Minuit, 1986.
- _____. **Foucault.** (Trad. Claudia Sant’Anna Martins) Brasiliense: São Paulo, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra : Coimbra, 1974.
- DOTTI, René Ariel. **Princípios do processo penal.** Revista dos Tribunais, n. 687, jan., 1993.
- ELIADE, Mircea. **Mito e realidade.** (Trad. Pola Civelli) 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. **Genealogia e política.** Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault, (org. Renato Janine Ribeiro) São Paulo: Brasiliense, 1985.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal.** (trad. Andrés Ibañez e outros) 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as forma jurídicas**. (trad. J. W. Prado Jr) Rio de Janeiro: Nau, 1996.
- _____. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Genealogia e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. **História da Sexualidade I**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.ª Guilhon Albuquerque) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- _____. **Nietzsche, a genealogia, a história**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. **O olho do poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. **La société punitive**. Dits et Écrits, (org. Daniel Defert et François Ewald) Paris: Gallimard, v. 2, 1994.
- _____. **A sociedade punitiva**. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982), (trad. Andréa Daher e Roberto Machado) Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- _____. **Verdade e poder**. Microfísica do poder, (trad. e org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. **Vigiar e punir**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El proceso aleman: introduccion y normas basicas**. Barcelona: Bosch, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- _____. e outros. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

- _____. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988.** São Paulo: Forense, 1990.
- HALPÉRIN, Jean Louis. **Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire.** Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes: Études d'histoire comparée. Paris: L.G.D.J., 1996.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos.** El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** 3. ed. São Paulo: Abril, 1983.
- HOBSBAWM, Eric. **Ecos da Marselhesa: dois séculos revêem a Revolução Francesa.** (trad. Maria Celia Paoli) São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- _____. **A era das revoluções: 1789-1848.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral.** 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.
- _____. **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** São Paulo: Saraiva, 1995.
- KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal.** 2 ed. São Paulo: RT, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** (trad. João Baptista Machado) 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VIII, t. I.
- _____. **Considerações sobre a reforma processual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, 1975.
- LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. **El juez ordinario predeterminado por la ley.** Madrid: Civitas, 1990.
- LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale.** 2. ed. Napoli: Jovene, 1951.

- _____. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Jovene, 1988.
- _____. **Manuale di procedura penale**. Napoli: Jovene, 1960.
- _____. **Tratado de derecho procesal**. (trad. de Santiago Sentis Melendo) Buenos Aires: EJEa, 1963.
- LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?**. Brasília: Nair, 1984.
- MACHADO, Luiz Alberto. **A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre: Síntese, v.b333, 2000
- MACHADO, Roberto. **Ciência e saber: a trajetória da arqueologia de Foucault**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- _____. **Introdução: por uma genealogia do poder**. Microfísica do poder, (org. Roberto Machado) 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard . **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II.
- MAIER, Julio B. J..**Derecho procesal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. (trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín) Buenos Aires: EJEa, 1951.
- MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- _____. **Elementos do direito processual penal**. Rio-São Paulo: Forense, v. I, 1961.
- _____. **Elementos de Direito Processual Penal**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1965.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A importância do direito no Brasil de hoje**. São Luís: EDUFMA, 1993, p. 7
- MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. (trad. Ana Prata) 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MIRABETE, Julio Fabrinii. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- MUCHAIL, Salma Tannus. **O lugar das instituição na sociedade disciplinar.** Recordar Foucault, (org. Renato Ribeiro) São Paulo: Brasiliense, 1986.
- PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale.** Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, 1930.
- PARENT, Juan. **El poder en Michel Foucault.** Revista de Filosofía, México, a. XVIII, n. 52, jan.-abr., 1985.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. **Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal.** Madrid: Colex, 2000.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru: Jalovi, 1983.
- PIRSIG, Robert M. **Zen e a arte de manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores.** (trad. Celina Cardim Cavalcanti) 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale.** 4. ed. Padova: Cedam, 1985.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** (trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor) Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina.** Bilbao: Desclée, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional.** Porto Alegre: SAFE, 1999.
- SCHLÜCHTER, Ellen. **Derecho procesal penal.** (trad. Iñaki Esparza Leibar, Andrea Planchadell Gargallo) 2. ed. Valencia: tirant lo blanch libros, 1999.
- SCHWAB, Karl Heinz. **Divisão de funções e o juiz natural.** Justitia, (trad. Nelson Nery Junior) São Paulo, a. 49, v. 139, jul./set., 37 e ss., 1987
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SOMMA, Emanuele. **“Naturalità” e “precostituzione” del giudice nell’evoluzione del concetto di legge.** Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale, Milano, Giuffrè, ^a 06, fasc. 3, jul.-set., p. 797-828, 1963.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1957, vol II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TULARD, Jean. **História da Revolução Francesa: 1789-1799**. (trad. Sieni Maria Campos) Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.

WALTER, Gérard. **Marat, o amigo do povo**. (trad. Gustavo Barroso) 2. ed. Rio de Janeiro: Vecchi, 1968.

WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISCs, 1985.

WÜNDERLICH, Alexandre. **Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re) discussão**. Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo (org. Alexandre Wunderlich) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<http://www.cjf.gov.br>

<http://www.cronologia.it./storia/biografie/zanardel.htm>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.tj.pr.gov.br>

<http://www.ta.pr.gov.br>

<http://www.trf1.gov.br>

<http://www.trf2.gov.br>

<http://www.trf4.gov.br>

<http://www.uol.com.br/folha/brasil>

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	v
RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
RESUMEN.....	viii
RÉSUMÉ.....	ix
INTRODUÇÃO	01
I. JURISDIÇÃO.....	04
I.1 Enquanto elemento da Teoria Geral do Direito Processual Penal.....	04
I.2 As discussões acerca de sua definição.....	13
I.3 A definição chiovendiana.....	32
II . PODER.....	36
II.1. A microfísica de Michel Foucault.....	36
II.2 As práticas judiciárias.....	43
III. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	55
III.1 Antes de tudo um princípio	55
III.2 Dados cronológicos-legislativos sobre sua origem e aplicação.....	58
III.3 Como garantia na Constituição de 1988.....	83
IV. COMPETÊNCIA.....	92
IV.1 Critérios para conceituação e divisão	92
IV.2 Competência material nos crimes plurilocais	98
IV.3 Competência territorial nos crimes plurilocais.....	128
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	151