

PARTE PRIMEIRA

JURISDIÇÃO PENAL

1

CONCEITO DE JURISDIÇÃO

SUMÁRIO: 1.1 Poder-dever de realização de justiça estatal – 1.2 Jurisdição como atividade substitutiva – 1.3 Jurisdição dita contenciosa e a denominada jurisdição voluntária – 1.4 Irrelevância processual da lide, em processo penal – 1.5 Caracteres do processo penal – 1.6 Jurisdicionalização da pena – 1.7 Peculiaridades da jurisdição penal – 1.8 Conceituação de jurisdição penal.

1.1 Poder-dever de realização de justiça estatal

Jurisdição é, segundo generalizado e correto entendimento da doutrina processual, função estatal, específica do Poder Judiciário.

Una, qualquer que seja o campo de atuação de seus membros e órgãos, consiste, tal como precisa JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,¹ no poder-dever, por eles assumido ao serem investidos na função judicante, de realização de justiça,² consubstanciada na atividade concernente ao respectivo exercício: “A *jurisdição* – função específica do Poder Judiciário – encara-se, *em potência*, como *poder-dever* de fazer jus-

- (1) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo, RT, 1975, p. 7 e ss.
- (2) Justiça estatal, à evidência, e como mais detidamente explicitado no texto. V., também, a respeito, MARCOS AFONSO BORGES, *Jurisdição II, Enciclopédia Saraiva de Direito* 47(1980):83, São Paulo; e, no mesmo sentido, e por ele igualmente citados, AMÍLCAR DE CASTRO, *Reparos sobre a jurisdição e a ação, Revista Brasileira de Direito Processual* 1(1975):15, Uberaba; JOÃO BONUMÁ, *Direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1946, vol. I, p. 303-304; WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, RT, 1971, vol. I, p. 97.

tiça estatal, e *em ato*, como a *atividade mesma de a exercerem* seus agentes, que são *os juízes e os tribunais*".

Trata-se, com efeito, de um poder-dever de categorizados e especializados funcionários do Estado, que se realiza mediante atividade *substitutiva*³ à dos membros da comunhão social. E isso, certa e necessariamente, em virtude da assunção monopolística, por ele — Estado —, da administração da justiça, e conseqüente vedação, em regra, de atuação autodefensiva, por aqueles, de seus afirmados direitos subjetivos.⁴

Essa, aliás, é regra imemorial, como já patenteavam os romanos,⁵ ao asserir que "não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe dá; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violências" (D. 50.17.176 (Paulo, *liber ter. dec. ad Plautium*): "Non est singulis concedendum, quod per magistratum publicum possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi").

Assim é que, proibida a efetuação de justiça de mão própria, individualmente, pelos componentes da coletividade, assume o Estado, correlata e monopolisticamente — já agora no dizer de HUGO ALSINA⁶ —, a respectiva administração.⁷

Ora, como esse exclusivismo (a exemplo de toda situação em que conferido um *poder de vontade* para efetivação de determinado *interesse*)

(3) Cf., sobre a afiançada substitutividade, e não obstante respeitáveis opiniões em antagônico senso, GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3. ed., Nápoles, Jovene, 1923, p. 296; PIERO CALAMANDREI, *Limite fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile, Opere giuridiche*, Nápoles, Morano, 1965, vol. I, p. 66; UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e suoi limite soggettive*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 222-223; ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1962 (rist. da 1.ª ed. de 1906), p. 8; MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 6. ed., Milão, Giuffrè, 1964, vol. I, p. 13-14; J. RAMIRO PODETTI, *Teoria y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 353.

(4) Cf. nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 136-137; lastreado em HUGO PEREIRA, *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 17; e MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 13-14.

(5) E, com vigor, enfatizou AMÍLCAR DE CASTRO, *Reparos sobre a jurisdição e a ação*, cit., p. 15.

(6) HUGO ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2. ed., Buenos Aires, Ediar, 1957, t. II, p. 418.

(7) Assumindo, portanto, o correspondente dever, por sua vez correlacionado, como veremos logo em seguida, com o direito à jurisdição e a ação.

se consubstancia num *direito subjetivo*, à evidência que, no relacionamento jurídico do Estado monopolizador com o membro da comunidade inibido de fazê-la por si próprio, exsurgem, concomitantemente, o *dever de realização de justiça*, por aquele, e o *direito destes de obtê-la*, mediante a utilização de meio adequado – a *ação* –, em que se concretiza o exercício do *direito à jurisdição*.

Embora as respectivas noções devam ser mais detidamente examinadas adiante, reclamam, desde logo, algumas considerações, a saber: a) segundo CARNELUTTI,⁸ a de *interesse* corresponde a “posição favorável à satisfação de uma necessidade” (“posizione favorevole al soddisfacimento di un bisogno”); a de *direito subjetivo*, a “um poder concedido à vontade de uma pessoa para a prevalência de seu interesse” (“un potere attribuito alla volontà di una persona per la prevalenza di un suo interesse”); a de *dever* (do mesmo modo que a de obrigação⁹), a “um vínculo imposto à vontade para a subordinação de um interesse” (“un vincolo imposto alla volontà per la subordinazione di un interesse”); b) a *de direito à jurisdição*, por sua vez, resultante da explicitada inibição de realização de justiça por si própria, pela pessoa física ou jurídica integrante da coletividade, diz com a permissibilidade (que lhes é outorgada pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados abstrata, genérica e incondicionadamente¹⁰) de obtenção de prestação jurisdicional, emanada de órgão estatal competente; e c) a de *ação*, a de concreção desse direito subjetivo, consistente no respectivo exercício, com a solicitação, ao Poder Judiciário, de tutela de outro direito.¹¹

Tem-se, destarte, a *jurisdição*,¹² a par do mencionado *dever*, como o *poder* conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos

- (8) FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, Cedam, 1936, t. I, p. 7, 25 e 26.
- (9) Referente, tão-só, restritamente, a direitos patrimoniais, de natureza econômica, como precisa ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, *Dever de coabitação*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 185 e ss., ao estabelecer a diferença entre *dever* e *obrigação*.
- (10) V., a respeito, de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 12-13; com expressa referência à preceituação contida no inc. XXXV do art. 5.º da Carta Magna brasileira, assim redigido: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e à pertinente doutrinação de ENRICO TULLIO LIEBMAN, no labor intitulado *L'azione nella teoria del processo civile*, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Pádua, Cedam, 1950, vol. II, p. 445.
- (11) Direito (também subjetivo) material, certamente – permitimo-nos aditar ao em seguida focalizado magistério de HUGO ALSINA.
- (12) Cf., ainda, HUGO ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, cit., t. II, p. 418.

tos de interesses que lhes sejam submetidos à apreciação, bem como para fazer cumprir suas próprias resoluções.¹³

Realmente, cuidando o Estado, como visto com exclusividade, da administração da justiça, por certo que se tornava indispensável a instituição, no campo de ação do correspondente setor de sua soberania, de órgãos destinados à aplicação do direito objetivo, com relação aos conflitos intersubjetivos de interesses, cuja solução não possa, por diversificados motivos, operar-se, de modo direto, pelos membros da comunhão social.

Aludidos órgãos, integrantes do Poder Judiciário, exercem, destarte, e como também já aventado, função específica, no âmbito desse importantíssimo *poder*, precisado por CELSO NEVES¹⁴ como *poder de tutela jurídica processual*, essencial à soberania do Estado, e ao qual corresponde a *função* de tutela jurídica, exurgente em exercício no processo como *atividade*;¹⁵ e consiste – permitimo-nos aduzir –, ao mesmo tempo, num *dever*, verificável em três diferenciados aspectos, e a saber: “dever de declarar o direito, dever de satisfazer o direito derivante do declarado, e dever de assegurar o direito cuja declaração, ou satisfação, é invocada”.¹⁶

Em suma, a atividade desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de declarar o direito aplicável a um caso concreto, e de praticizar, quando necessário, tal declaração, constitui o desempenho de uma função do Estado, decorrente do poder de fazê-lo, titulado, tradicionalmente, de *jurisdição*.

Esta, de resto, e complementando o exposto, na esteira de formulação de CHIOVENDA¹⁷ (“função do Estado que tem por escopo a atuação da

(13) V., também, a esse respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, t. I, p. 45-46; e *Curso de direito processual civil*, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. I, p. 34-37 – com a nossa respeitosa ressalva para a confusão nestas estabelecida entre os conceitos de *poder*, *função* e *atividade*.

(14) CELSO NEVES, *Jurisdição e execução, Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*, São Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 313.

(15) Como observa JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, A “liberdade jurídica” no direito e no processo, *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*, cit., p. 290, “toda atividade supõe uma força ou poder de agir e uma função que é seu fim: ao poder e à atividade judiciária – de processar e julgar causas jurídicas – corresponde, por função específica, a *jurisdição* (instrução, *notio*, e julgamento, *iudicium*)”.

(16) Cf., ainda, em parte, nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 137.

(17) GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., trad. portuguesa de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1965, vol. II, p. 3.

vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”), pode ser assim conceituada: *jurisdição* é uma função estatal inerente ao poder-dever de realização de justiça, mediante atividade *substitutiva* de agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais –, concretizada na aplicação do direito objetivo a uma relação jurídica, com a respectiva declaração, e o conseqüente reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito subjetivo material de um dos titulares das situações (ativa e passiva) que a compõem.

Por outras mais simplificadas palavras, e em apertada síntese, a *jurisdição* consiste num *poder-dever de realização de justiça estatal*, mediante aplicação de normas disciplinadoras da conduta dos membros da comunidade social, incidentes sobre determinada relação jurídica, com a conseqüente finalidade de *declaração, satisfação ou assecuração de direito subjetivo material* de um de seus destinatários.

1.2 Jurisdição como atividade substitutiva

Das controvérsias ocorrentes a respeito da conceituação inicialmente estabelecida, faz por merecer destaque, de logo, a referente à consideração da *jurisdição* como atividade *substitutiva* da dos membros da comunidade social, pelo Estado, mediante a *ação judiciária*, ou seja, a atuação dos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais –, com a finalidade, diuturnamente colimada, de aplicação das normas do ordenamento jurídico aos casos concretos submetidos à sua cognição.

Intuiu-a CHIOVENDA,¹⁸ asserindo ser essa a peculiaridade marcante da função jurisdicional, *verbis*: “A noi sembra che ciò è caratteristico nella funzione giurisdizionale sia la sostituzione di un’attività pubblica ad una attività altrui”.

CALAMANDREI,¹⁹ a seu turno, conferiu-lhe, no nosso entender, a indispensável precisão conceitual, ao indicar como principais caracteres da função jurisdicional os de apresentar-se ela como *atividade secundária* e da *natureza declaratória da sentença*. E, particularizado à primeira de tais características, esclarecendo que “con questa formula si vuol dire que in ogni atto giurisdizionale si trova costantemente la sostituzione della

⁽¹⁸⁾ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 296.

⁽¹⁹⁾ PIERO CALAMANDREI, *Limite fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, cit., p. 65 e ss. (in p. 66).

attività de un organo dello Stato ad una attività che avrebbe dovuto essere esercitata dai soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione”.

Essas formulações dos renomados processualistas italianos podem ser, assim, livremente traduzidas: “Parece-nos constituir a característica da função jurisdicional a *substituição* da atividade de outrem por uma atividade pública”; e, “(...) com esta fórmula se quer dizer que em todo ato jurisdicional se encontra, constantemente, a *substituição*, por um órgão do Estado, de uma atividade que deveria ser exercida pelos sujeitos da relação jurídica submetida a decisão” (grifos nossos).

Em que pese, todavia, o posicionamento assemelhado de outros jurisperitos, inclusive peninsulares, como UGO ROCCO,²⁰ ALFREDO ROCCO²¹ e ZANZUCCHI,²² esse entendimento tem sido refutado por igualmente notáveis e acatados especialistas.

MICHELLI,²³ por exemplo, considera inexato o estabelecimento da distinção entre *jurisdição* e administração a partir do caráter substitutivo daquela, à falta do subsequente esclarecimento, por ele feito, de encontrar-se na *imparcialidade* do órgão estatal, referentemente ao efeito jurídico obtido, o seu elemento preponderante: “Non mi sembra, pertanto, esatto individuare nella ‘sostituzione’ il carattere discretivo tra giurisdizione e amministrazione, quando poi non si chiarisca, come qui si è fatto, che l’elemento saliente sta nell’imparzialità dell’organo rispetto all’effetto giuridico conseguito”.

A transcrita proposição pode ser, também livremente, traduzida, *verbis*: “Não me parece, portanto, correto situar na *substituição* o caráter distintivo entre jurisdição e administração, até porque não se esclarece, como ora é efetuado, que o elemento prevalectente diz com a imparcialidade do órgão, em relação ao efeito jurídico obtido” (grifo nosso).

(20) UGO ROCCO, *L’autorità della cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, cit., p. 222-223.

(21) ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, cit., p. 8, asserindo que: “... essa è una attività dello Stato, sostituita all’attività di coloro a cui la norma giuridica prescrive, per la tutela di determinati interessi, una determinata condotta, da essi non osservata” (em tradução também livre: “... essa é uma atividade do Estado, em substituição à atividade daqueles a quem a norma jurídica prescreve, para a tutela de certos interesses, uma determinada conduta, por eles não observada”).

(22) MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 13-14.

(23) GIAN ANTONIO MICHELLI, Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria, *Rivista di Diritto Processuale* I(1947-I):18 e ss. (p. 31), Pádua, Cedam.

A *imparcialidade* do órgão também é tida por CARNELUTTI²⁴ como determinante do critério diferenciador²⁵ entre o exercício da função *judiciária* e o da administrativa. Daí por que, no seu entender, é a *contraposição* da Administração Pública, como parte no processo, ao órgão ao qual conferido o reexame, como *juiz*, que se constitui no fulcro da distinção.

Essa postura, de resto (e para não alongar, desnecessariamente, a exposição) foi assumida, entre nós, por juristas do porte de LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL e, mais recentemente, GALENO LACERDA.

O saudoso e emérito mestre das Arcadas, em tese de concurso, admitindo, também, expressamente, o critério *orgânico*, aduz, apenas, restrição consistente na certeza de que “os juízes e tribunais também exercem atividade não jurisdicional”. Isso, aliás, após asseverar que, nas ações em que o Estado é parte, “não se encontra substituição alguma nas sentenças” proferidas pelos agentes do Poder Judiciário.²⁶

Mais enfático, ainda, é GALENO LACERDA,²⁷ ao ressaltar a precariedade do conceito de *jurisdição*, lastreado nas concepções de CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO, entendendo que “a essência da atividade jurisdicional consistiria em seu caráter substitutivo e secundário, já que as partes, direta e primariamente, deveriam saber cumprir por si mesmas as regras norteadoras de sua conduta”.

Além do que, complementa: “Essa tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiverem por objeto conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório — ex.: nulidade de casamento), senão que deixa *in albis* também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questão de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e suspeição, onde jamais se pode-

(24) FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 226.

(25) Critério orgânico, evidentemente, cuja valia sofreu conhecida e, a nosso ver, insuperável crítica de CALAMANDREI (v., deste, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice, Opere giuridiche*, cit., 1970, vol. IV, p. 79, em que afirma que tal maneira de distinguir se apresenta como um mero jogo de palavras...).

(26) V. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Do mandato de segurança*, *Direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 39 e 36, nota 8.

(27) GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, vol. VIII, t. I, p. 22-23.

rá vislumbrar qualquer traço de 'substitutividade' a uma atuação originária, direta e própria das partes".²⁸

À primeira objeção, veementizada, como visto, por VIDIGAL, com a afiançada impossibilidade de *substituição* nas ações em que o Estado é parte, respondeu, por antecipação, ZANZUCCHI,²⁹ lembrando que o interesse que o Estado-juiz realiza não lhe é próprio, mas de outrem, inclusive da Administração Pública. E, além disso, a *substituição* não deve ser considerada em si mesma, porém em relação ao fim ao qual se direciona: "È evidente poi che l'elemento della sostituzione non va considerato a sè, ma in relazione al fine a cui è preordinato".³⁰

Aliás, essa afirmação ganha maior dimensão no campo penal, em que vigorante o cânone *nulla poena sine iudicio*, a par do concernente a *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, colocando-se como "auto-limitação da função punitiva do Estado", do mesmo modo que limite à vontade do membro da comunhão social, a quem é negada, até, a "faculdade de sujeitar-se à pena".³¹

Com efeito, como observa MANZINI,³² o Direito Penal não se apresenta senão como um "direito de *coerção indireta*", em virtude de o poder de punir não ser dotado de atuação imediata. Ou, por outras palavras, nossas, a imposição de sanção ao infrator da norma penal material não pode ser imposta imediata e diretamente, mas, tão-só, por meio do processo, com estrita observância de todas as formalidades em lei prescritas.

Precisa, nesse mesmo ponto, é a doutrinação de JOSÉ FREDERICO MARQUES,³³ ao versar o tema ora exposto, no sentido de que: "Embora tendente a proteger o bem geral e a coletividade, o poder de punir do Estado não é auto-executável, pois não se exerce administrativamente, ou por coação direta, e sim depois de pronunciamento jurisdicional. O Estado

(28) V. também, transcrevendo parte do texto, e parecendo, por isso, adotar a opinião de seu gaúcho conterrâneo, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição e competência*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 10.

(29) MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit, vol. I, p. 14, nota b.

(30) Com a seguinte e livre tradução: "È evidente, portanto, que o elemento da substituição não é considerado em si próprio, mas em relação ao fim ao qual pré-ordenado".

(31) Cf., já agora, GIOVANNI LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Nápoles, Jovene, 1961, vol. I, p. 6-7.

(32) VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6. ed. atual. por Giovanni Conso e Gian Domenico Pisapia, Turim, UTET, 1967, vol. I, p. 83.

(33) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. I, p. 5.

chamou a si a função de punir. Mas não a exerce com a imediata aplicação da pena, porquanto, no caso, a ordem jurídica não reage com a imposição automática das sanções”.

Por isso que, sendo exclusivos do Estado o *poder-dever de punir* e o *poder-dever de tutela jurídica processual*, torna-se necessário o desdobramento em *Estado-Administração*, como titular do *interesse punitivo*, e em *Estado-Jurisdição*, ou, mais simplesmente, *Estado-juiz*,³⁴ como titular de *potestade-encargo jurisdicional*.

Três são, por via de consequência, os pontos de reflexão que a exposição desenvolvida sugere: a) o de que *poder-dever de punir* apresenta-se, indubitavelmente, como dicção mais apropriada à designação do prolapado *ius puniendi*, até porque o Estado, a par do *poder de punir*, tem o *dever* de, por intermédio dos órgãos jurisdicionais, impor a sanção atinente à infração praticada pelo violador da norma penal; b) a sanção penal somente pode ser imposta ao final de processo regularmente formado e desenvolvido, isto é, realizado com observância do *due process of law*, elevado, expressamente, pela Carta Magna de 1988, à eminência constitucional, e que se especifica, no campo de atuação jurídico ora abordado, no *devido processo penal*,³⁵ e c) da distinção estabelecida entre *Estado-Administração* e *Estado-Jurisdição*, ou *Estado-juiz*, tem-se, também inequivocamente, que, por ser aquele *interessado*, no âmbito da relação jurídica material submetida à definição judicial, integra o respectivo processo como *sujeito parcial*; ao passo que este, *Estado-juiz*, corporificado em órgão jurisdicional, ostenta-se como *sujeito imparcial* no relacionamento procedimental estabelecido com a incoação da segunda fase da *persecutio criminis*.

E, assim sendo, impondo-se ao Estado-Administração a indicada autolimitação, no tocante à consecução do *interesse punitivo*, somente mediante a *ação judiciária* dos juízes e tribunais é que poderá ser realizado o Direito Penal.

Por via de consequência, a atividade desempenhada por tais agentes do Poder Judiciário, com esse objetivo, é, sem dúvida alguma, *substitutiva* da dos órgãos da Administração, que, impedidos de efetivá-la diretamente, devem pleitear, pela via de processo adequado, a aplicação das normas

³⁴ Cf., ainda, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 7.

³⁵ V., a respeito, nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 69 e ss.; com supedâneo, também, na monografia de PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, La Plata, Platense, 1986, p. 21, 22 e 35 e ss.

penais materiais:³⁶ o que uns não podem fazer, outros fazem por eles, isto é, *substituem-nos* na declaração da vontade e na prática de atos indispensáveis à satisfação do direito subjetivo feito valer em juízo.³⁷

Do mesmo modo, e inequivocamente, no processo civil há a afeiçada *substitutividade*, especialmente nas causas em que sobrelevada a *inquisitorialidade* da atuação do órgão jurisdicional.

Deve ser lembrada, também nesse derradeiro enfoque, com CALAMANDREI,³⁸ a semelhança do processo civil inquisitório com o processo penal, particularmente no tocante à *vinculação do julgador à perquirição da verdade material*,³⁹ *independentemente da iniciativa ou de acordo das partes*.

E isso, tendo em vista, obviamente, a inafastável distinção entre *procedimento inquisitório*, cuja concepção atende às *formas* ou *esquemas formais*⁴⁰ em que o processo se exterioriza; e *inquisitividade* da atuação dos agentes estatais, relativamente à verificação da realidade dos fatos tidos como pertinentes e relevantes para a instrução e julgamento de uma *causa*⁴¹ submetida à apreciação do Poder Judiciário.

(36) Aliás, do mesmo modo que os membros da comunhão social, aos quais é dado formular qualquer pleito relativo ao *ius libertatis* somente pela via do processo penal.

(37) Essa percepção faltou também, como fácil de verificar, a NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Notas relativas al concepto de jurisdicción, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, Unam, 1974, t. I, p. 47-49; que se prende, confusamente, à diversidade das penas e à conotação dita também administrativa da execução penal.

V., no mesmo sentido, ainda, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO e RICARDO LEVENE, HIJO, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1945, t. I, p. 189-191.

(38) PIERO CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 160 e ss. e 167 e ss.

(39) Ou atingível, isto é, a verdade que os meios e métodos processuais de verificação permitem atingir (v., a respeito, nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 91 e ss.).

(40) E.g., escrita ou oral, pública ou secreta, cf. EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. castelhana de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch, sem data, p. 71.

(41) Deve ser lembrado que o conceito de *causa* é mais abrangente do que o de ação: em todo procedimento judicial no qual se aprecie e decida acerca de direito de litigante ou de interessado, há uma *causa*; ainda que, formalmente, possa não ter sido aforada uma ação, cuja propositura se dá por iniciativa de um dos sujeitos da relação jurídica material, ou por quem possa representá-lo ou substituí-lo (cf. nosso *Curso de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. III, p. 347-348;

Diferem, certamente, como anota, com a habitual precisão, JOAQUIM CANUTO MENDES ALMEIDA,⁴² o *procedimento "ex officio"* do órgão julgador, quanto à iniciativa da ação, implicativa de atuação unilateral, e a *inquisitorialidade* insita ao poder de perquirir a verdade material, ou atingível, que deve ser perseguida incessantemente, de sorte a propiciar a consecução da finalidade do processo, qual seja a de um julgamento imparcial e justo.

Na realidade — e não obstante a confusão, pelo nosso mestre enfatizada como reinante, a respeito, na doutrina e na jurisprudência pátrias —, mostra-se uniforme o entendimento universal acerca da distinção entre *processo penal inquisitório*, originado do Direito Penal Romano e aperfeiçoado segundo o modelo canônico, e a *inquisitividade* insita ao processo penal moderno, consubstanciada no poder conferido ao julgador de perquirir, até a exaustão, a verdade dos fatos levados à sua cognição.⁴³

E, de resto, quanto aos atos decisórios sobre questões processuais, principalmente os referentes à própria atividade do juiz ou tribunal, como as alusivas à competência e à suspeição, por certo que eles não se prestam para o confronto imaginado.

Com efeito, as normas processuais apresentam-se, precipuamente, com incontestável caráter instrumental, destinando-se a regulamentar a atuação desses agentes da realização do direito, das partes e dos demais integrantes e participantes do processo, em todo o seu desenvolvimento.

Todavia, mesmo sendo essa a sua natureza, quando se tornam objeto de *questão* formulada por sujeito parcial, ou que deva ser conhecida *ex officio*, o órgão jurisdicional, ao decidi-la, *substitui* uma das partes, declarando o direito aplicável; vale dizer, definindo o regramento estabelecido, no seu entender, para a respectiva solução.

Não há, portanto, segundo cremos, como acolher qualquer das objeções assinaladas.

Na aguda asserção de J. RAMIRO PODETTI,⁴⁴ é “tão fundamental e básico” à *jurisdição* esse caráter *substitutivo*, que ela prescinde de sua inclusão na respectiva definição. Além do que — complementa —, “falar de

com supedâneo no magistério de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Do recurso extraordinário, *Justitia* 21(1958):24, São Paulo).

(42) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, cit., p. 193.

(43) V., a respeito, nosso Indispensabilidade de contraditório em procedimento recursal, *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 207-208; com a respectiva indicação bibliográfica.

(44) J. RAMIRO PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, cit., p. 353; com destaques, em itálico, nossos.

juízes, de poder jurisdicional, de processo, de sentença, é falar de uma *atividade substitutiva*, é falar do juízo de um terceiro”.

1.3 Jurisdição dita contenciosa e a denominada jurisdição voluntária

Como observa JOSÉ ALBERTO DOS REIS,⁴⁵ vem de remota época “a distinção entre jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa; mas a doutrina não conseguiu fixar com nitidez a linha de demarcação entre as duas espécies”.

A idéia mais difundida entre os processualistas em geral fixava-se, tradicionalmente, em que a jurisdição denominada *voluntária* se exerce *inter volentes*, enquanto a dita contenciosa opera *inter invictos*, ou *inter nolentes*.

MARCO TULLIO ZANZUCCHI⁴⁶ anota, a esse respeito, que a nomeada *jurisdição voluntária* traduz-se, destarte, num conceito resultante das funções habitualmente desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais, apresentando-se, outrossim, como aquela cuja atuação se efetiva perante, apenas, um interessado, ou acerca do acordo (ou – permitimo-nos aduzir –, objetivo comum) de vários interessados, em contraposição à própria e verdadeira jurisdição, qualificada como *contenciosa*.

Cuidava-se, então, de contemplar um critério *formal*, de todo insatisfatório, a ponto de ensejar a formulação de diversificadas teorias, das quais faz por merecer destaque a de CHIOVENDA,⁴⁷ lastreado em WACH, e seguido por inúmeros outros jurisperitos, dentre os quais ZANZUCCHI,⁴⁸ CALAMANDREI,⁴⁹ REDENTI⁵⁰ e, também, renomados

(45) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1956, vol. II, p. 397.

(46) MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 45.

(47) GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 316; com o tópico logo a seguir transcrito livremente traduzido, e assim no original: “La giurisdizione volontaria ha invece sempre uno scopo *costitutivo*: gli atti di giurisdizione volontaria tendono sempre alla *costituzione* di stati giuridici *nuovi*, o cooperano allo *svolgimento* di rapporti *esistenti*. Invece la giurisdizione vera e propria mira all’*attuazione* di rapporti *esistenti*. Esto è il concetto de WACH che noi accettiamo nella sua sostanza”.

(48) MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 46.

(49) PIERO CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, cit., p. 155; com apoio, também, em FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Pádua, La Litotipo, 1920, vol. II, p. 202; e ANTONIO CICU (v., deste, *Il diritto di famiglia (Teoria generale)*, Roma, Atheneum, 1914, p. 197 e ss.).

(50) ENRICO REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milão, Giuffrè, 1938, p. 244-246.

processualistas brasileiros:⁵¹ “A jurisdição voluntária tem (noutro senso) um escopo *constitutivo*: os atos de jurisdição voluntária tendem sempre à *constituição* de estados jurídicos *novos*, ou cooperam com o desenvolvimento das relações *existentes*. Pelo contrário, a jurisdição verdadeira e própria tem em vista a *atuação* de relações *existentes*. Esse é o conceito de WACH, que aceitamos em sua essencialidade”.

E isso, sem deixar de anotar, também, que, na formulação de outros adeptos dessa doutrinação, como JOSÉ ALBERTO DOS REIS,⁵² “a jurisdição voluntária implica o exercício de atividade substancialmente *administrativa*, a jurisdição contenciosa implica o exercício de atividade verdadeiramente *jurisdicional*”.

Autores há, entretanto, como ANTONIO VISCO⁵³ e FAZZALARI,⁵⁴ que afixam carecerem de exatidão e definitividade os critérios distintos cogitados pelos processualistas que se ocuparam do tema, salientando o último ser verdade, *enunciata in limine*, a respeito, que “una costruzione sistematica della giurisdizione volontaria sia ancora da fare”.

CRISTOFOLINI,⁵⁵ a seu turno, assevera que o critério determinante da distinção entre *jurisdição contenciosa* e *jurisdição voluntária* se encontra, precipuamente, “no terreno da *natureza material* da atividade desenvolvida pelo órgão *jurisdicional*”.

V., também, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1959, p. 72-73; endossando o magistério de REDENTI e enfatizando a exatidão com que a caracterizou o mestre italiano, após expressar que “a atuação estatal é aí substancialmente constitutiva”.

(51) Como, além do saudoso jurisconsulto paulista citado na precedente nota 50, GABRIEL JOSÉ DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1952, vol. I, p. 107-111; e MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, vol. I, p. 81-82.

(52) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, cit., vol. II, p. 397.

(53) ANTONIO VISCO, *I procedimenti di giurisdizione volontaria*, 3. ed., Milão, Giuffrè, 1952, p. 18.

(54) ELIO FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria (Profilo sistematico)*, Pádua, Cedam, 1953, p. 41; com a seguinte e livre tradução para o tópico por último transcrito: “uma construção sistemática da jurisdição voluntária está, ainda, para ser feita”.

(55) GIOVANNI CRISTOFOLINI, *Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente*, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, Cedam, 1927, p. 381 e ss., e 391-392; e com o tópico em seguida transcrito assim no original: “... sul terreno della *natura materiale* dell’attività esplicata dall’organo *giurisdizionale*”.

V., também, acolhendo sua doutrinação, LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Do mandado de segurança*, cit., p. 42-44.

Assim é que, no âmbito daquela, este age visando “a tutela do interesse coletivo à composição dos conflitos”, isto é, aplicando a lei sem nenhuma preocupação quanto à vantagem ou prejuízo que sua decisão possa ocasionar à parte.

De outra banda, na chamada *jurisdição voluntária*, pelo contrário, tem ele em vista a tutela de um interesse diferente do concernente à composição dos conflitos. E, além disso, às vezes efetiva “a atuação de um direito preexistente”, não obstante faltem ao respectivo procedimento *duas* partes – em regime de contraposição, uma à outra (é de acrescentar).

Já para NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO,⁵⁶ numa incisiva proposição, devem ser levados em conta o *pressuposto*, a *atividade desenvolvida* e a *definição* de cada uma delas.

Segundo a sua ensinança, apresentam-se como excelentes pontos de partida, para tal finalidade distintiva, *litígio* e *negócio*, sendo certo que, na denominada *jurisdição voluntária*,⁵⁷ “o litígio está *ausente*, às vezes *latente*... mas, nunca *presente*”.

A segunda referência – prossegue – deve ser a atinente à natureza *jurisdicional*, quer *positiva*, para determinar os caracteres da verdadeira jurisdição; quer *negativa*, para, fixada “a noção da genuína jurisdição, isto é, a contenciosa, excluir-se dela a chamada voluntária”.⁵⁸

E a terceira – completa – diz com a *coisa julgada*, meta do processo contencioso e totalmente *estranha à jurisdição voluntária*.

De resto, nessa mesma linha de raciocínio, tem-se asserido, amiúde,⁵⁹ que a jurisdição dita *contenciosa* se caracteriza:

(56) NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Índole de la jurisdicción voluntaria, Studi in onore de Enrico Redenti*, Milão, Giuffrè, 1952, vol. I, p. 51-54; e *Estudios de teoría general y historia del proceso (1945-1972)*, cit., t. I, p. 157-160.

(57) Aliás, segundo o mesmo autor, respectivamente às p. 6 e 117-118 das obras indicadas na precedente nota 56, nem uma coisa, nem outra: “No es jurisdicción, porque en la variadissima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o substituirlo por medios autocompositivos y hasta defensivos”.

V., também, a respeito, ÉDSON PRATA, *Jurisdição voluntária*, São Paulo, EUD, 1979, p. 17, redargüindo, afinal, que, não obstante a impropriedade da expressão, seus críticos “não encontraram outra até agora para substituí-la ...”.

(58) Cf., ainda, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Índole de la jurisdicción voluntaria*, cit., respectivamente às p. 52 e 159.

(59) V. MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 76-77 e 81-82; e *Jurisdição civil, Enciclopédia Saraiva de Direito*,

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINIST' PÚB DO DF E TERRITÓRIOS

a) pela *existência de partes*, em posições contrastantes nas respectivas situações abrangidas pela relação jurídica que as vincula, e, dada a controvérsia, a contenciosidade ocorrente, com a dinamização do conflito de interesses, tornada litigiosa; isto é, reveladora de uma *lide*, ou *litígio*, que constitui objeto do processo indispensável à respectiva composição;

b) pela *possibilidade de contraditório*, que se perfaz com o regular chamamento do réu a juízo, a fim de tomar conhecimento da ação proposta, e, se de seu desejo, defender-se; e

c) pelo fato de, com a preclusão dos prazos para recursos, formar-se a *coisa julgada material*, peculiar, exclusivamente, aos atos decisórios concernentes ao *meritum causae*.⁶⁰

Diferentemente, a denominada *jurisdição voluntária* “versa sobre interesses não em conflito”, constituindo mera “*administração de interesses privados pelos órgãos jurisdicionais*”; de interesses de pessoas que não estão contendo, “não estão litigando” (não havendo, por isso, como falar em *partes*, mas, apenas, em *interessados*).

Precisa, nesse derradeiro enfoque, MOACYR AMARAL SANTOS⁶¹ que “os atos de jurisdição voluntária visam à constituição de estados jurídicos novos ou cooperam para o desenvolvimento de estados jurídicos existentes. Quer dizer que a finalidade da jurisdição voluntária é eminentemente constitutiva. Na jurisdição voluntária não há pedido de uma parte contra a outra ou em relação à outra, isto é, *não há duas partes*, autor e réu, mas apenas *interessados*”.

cit., 47(1981):96-97 e 100-101; e, praticamente no mesmo senso, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, vol. I, p. 258-259; e *Manual de direito processual civil*, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 1983, vol. I, p. 86-88; e MARCOS AFONSO BORGES, *Jurisdição II*, cit., p. 86-89.

⁶⁰ V., a respeito da *coisa julgada material*, nosso *Curso de direito processual civil*, cit., vol. III, p. 91-93; em que sobrelevado o respectivo conceito como a concernente ao “conteúdo da sentença definitiva e consistente na sua imutabilidade e indiscutibilidade, mesmo porque a salvo de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário”.

⁶¹ MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 82; e não obstante precedente equívoco, p. 77, ao diversificar os conceitos de *litígio* e *lide*, nos seguintes termos: “... posto de lado o sentido gramatical da denominação, a jurisdição contenciosa não se caracteriza por versar sobre litígios. Ela se exerce em face de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão, isto é, seu objeto são as lides a serem compostas”.

Nela, ademais, e por isso mesmo, é *incogitável a contraditoriedade*; daí por que descartável, até, a possibilidade de contraditório. E, em lugar da pacificação social, com a composição do litígio, objetiva-se a tutela de determinado interesse, com a *proteção do interessado*.⁶²

Por outras, e sintéticas palavras, tradicionalizou-se em doutrina processual a afirmação de que, na chamada *jurisdição voluntária*, nada mais há do que um "processo sem lide".

A esse respeito, há autores que se mostram até enfáticos. Assim, por exemplo, FERNANDO LUSO SOARES,⁶³ asserindo que o por ele denominado *processo voluntário*, isto é, o "vulgar e tradicionalmente chamado processo de jurisdição voluntária", não é "*jurisdicional* pela razão muitíssimo simples de ser um *processo sem lide*". E complementa, *verbis*: "Ele é um processo impróprio porque, no final de contas, a sua função é administrativa".

Esse, outrossim, e derradeiramente, é o motivo pelo qual se tem, nos respectivos procedimentos, a constituição, tão-só, de *coisa julgada formal*, com a possibilidade de futura revisão do decidido, ante a alteração das circunstâncias fáticas que basificaram o ato decisório então proferido.

1.4 Irrelevância processual da lide, em processo penal

Fixados, na forma exposta, os pontos tidos como diferenciadores das denominadas *jurisdição contenciosa* e *jurisdição voluntária*, apresenta-se ao analista do tema, em nosso campo de atuação, o fascinante dilema de relacioná-los com o processo penal.

E isso sem olvidar que as opiniões dos mais autorizados doutrinadores não se têm afinado, entendendo uns, como o logo acima citado FERNANDO LUSO SOARES,⁶⁴ ser a penal *jurisdição voluntária*; e ou-

Deve ser aduzido que essa mesma grave falha de percepção vem se generalizando, como pode ser notado em obras mais recentes, como a de SÉRGIO LUIZ DE SOUZA ARAÚJO, *Teoria geral do processo penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 1999, p. 35-36, ao referendar a equívoca proposição de HÉLIO BASTOS TORNAGHI, *A relação processual penal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 242, segundo a qual a "lide é parte do litígio ... levada à decisão dos juízes por uma das partes conflitantes".

(62) Cf., ainda, MOACYR AMARAL SANTOS, nas obras e locais indicados na nota 59, *supra*.

(63) FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 48.

(64) O próprio título da obra citada na anterior nota 63, expressivamente, o indica.

tros, dentre os quais destacável, por todos, JOSÉ FREDERICO MARQUES,⁶⁵ tendo-a como *contenciosa*, ao asserir que a jurisdição ordinária (*rectius*: comum) se divide em *penal* e *civil*, tendo por objeto, respectivamente, litígios penais e não-penais.

Embora o magistério do ilustre mestre, também das Arcadas, revele, no nosso entender, manifesto equívoco,⁶⁶ é de transcrever, para melhor compreensão da exposição ora desenvolvida, o seguinte tópico, *verbis*: “A jurisdição ordinária divide-se em *penal* e *civil*. Aquela tem por objeto a resolução de litígios penais; esta, a de litígios não-penais. Lide penal se define, primeiramente, como aquela derivada de uma pretensão punitiva do Estado, que é sempre uma pretensão insatisfeita, uma vez que a pena não pode ser aplicada sem controle jurisdicional *a priori* do Poder Judiciário. Também é lide penal, por idêntico motivo, a surgida da pretensão estatal que tenha por objeto impor medida de segurança”.

E, com efeito, não resiste ele, sequer, à simples verificação da *irrelevância processual da lide, em processo penal*, quer pelo fato de estarem em jogo neste, sempre, *interesses indisponíveis*; quer pela conceituação carneluttiana de *lide* e de *pretensão*, a ele, certamente, inajustáveis, como procuraremos demonstrar, em seguida, e também mais adiante, no desenvolvimento deste sistemático estudo.⁶⁷

Aliás, a respeito dessa *irrelevância processual da lide, em processo penal*, desde há muitos anos, tivemos já a oportunidade de nos pronunciar,⁶⁸ com lastro em ponderosas observações de LUCIANO MARQUES LEITE,⁶⁹ e, especialmente, CALAMANDREI,⁷⁰ sendo de destacar as des-

⁶⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed. atual. por Eduardo Reale Ferrari, Campinas, Millennium, 2000, vol. I, p. 197; com lastro em magistérios de ARMANDO LEONE e CALAMANDREI.

⁶⁶ Infelizmente, seguido, na sua maior parte, e até sem mínimo senso crítico, por igualmente acatados processualistas penais da atualidade.

⁶⁷ Item 11.5, *infra*.

⁶⁸ No escrito intitulado Indispensabilidade de contraditório em procedimento recursal, cit., p. 199-203.

⁶⁹ LUCIANO MARQUES LEITE, O conceito de “lide” no processo penal – um tema de teoria geral do processo, *Justitia* 70(1970):186, São Paulo.

⁷⁰ PIERO CALAMANDREI, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 212; e assim no original: “Il processo penale, infatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all’esistenza del reato e alla misura della pena, sicchè il processo perda la sua ragion d’essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due ‘litiganti’; ma ha luogo perchè, nel nostro ordinamento giuridico, la punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale. Il

te, em livre tradução, e a saber: “O processo penal não tem, de fato, o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado a respeito da existência do crime ou da medida da pena, de sorte a perder sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente composto entre os dois ‘litigantes’; mas tem lugar porque, em nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado só pode ocorrer mediante pronunciamento jurisdicional. O processo penal tem, portanto, em qualquer caso, para atingir o efeito jurídico da punição do réu, aquele mesmo caráter de *necessidade (nulla poena sine iudicio)*, que, no campo civil, para obter efeitos jurídicos que as partes não podem conseguir através de contrato, é próprio do processo de tipo inquisitório”.⁷¹

Daí por que – aduzimos, então –, e decorrentemente da *impessoalidade* dos interesses contrapostos (ou, acrescentamos agora, *justapostos*), determinante da *inquisitorialidade* que caracteriza toda a *persecutio criminis*, e, por isso mesmo, da *indispensabilidade de contraditório*, como forma única de atingir o dado mais relevante do fundamento do processo penal⁷² (qual seja a *apuração da verdade material*, ou *atingível*), a destinação deste para a resolução de um importante *conflito de interesses públicos* (algumas vezes revelado, até, na lide, mas que, geralmente, com ela não se confunde), originado de “uma determinada mutação jurídica de especial relevância social”.⁷³

Deve ser feita, ainda, breve referência ao entendimento de alguns autores, como NICOLA JAEGER,⁷⁴ no sentido de que, excogitável a existência de lide no processo penal, contemplaria ele, então, uma *controvérsia*.

processo penale ha dunque in ogni caso, per raggiungere l'effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità (nulla poena sine iudicio)* che nel campo civile, per raggiungere effetti giuridici non conseguibile dalle parti attraverso il contratto, è proprio del processo a tipo inquisitorio”.

- (71) Não somente no tocante à punição do acusado – permitimo-nos complementar –, mas, igualmente, para afirmação do *ius libertatis* do indiciado, do acusado ou do condenado.
- (72) Induvidosamente, a *liberdade jurídica, em especial física, do ser humano, membro da comunidade*.
- (73) Cf., ainda, PIERO CALAMANDREI, Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 214-215.
- (74) NICOLA JAEGER, Processo, lite, controversia penale, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, cit., vol. II, p. 417 e ss. V., também, entre nós, e em assemelhado senso, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 132 e 258-259.

Trata-se, por certo, com essa acepção, da tentativa de solução meramente terminológica, não técnico-científica, que, todavia, esbarra, de pronto, no conceito de *controvérsia*, a saber: discussão, debate, disputa ou polémica acerca de assunto (literário, artístico, científico etc.), ação, proposta ou questão “sobre a qual muitos divergem”; contestação, impugnação, embate, choque de opostos.⁷⁵ E, por isso, com o devido respeito, não faz por merecer mais alentadas considerações.

E, de resto, de todo inadequada e (por que não dizer?) inaceitável, delinea-se a transposição do conceito civilístico de *pretensão* para o processo penal.

Com efeito, apresentando-se ela como elemento caracterizador da ocorrência de *lide* – seja pela resistência oposta pelo sujeito passivo da relação jurídica, cuja definição constitui a meta do processo extrapenal de conhecimento; seja pela insatisfação do direito neste reconhecido, ou reconhecível, dada a omissão ou, mesmo, atuação da parte vencida ou demandada –, é, igualmente, irrelevante no âmbito do processo penal, para cuja existência⁷⁶ se mostra suficiente a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, a norma penal material.

Ademais, e como também logo adiante será igualmente explicitado,⁷⁷ é a *pretensão*, na realidade, uma declaração de vontade impositiva, formulada em face de outrem, a fim de obter-se a satisfação de um interesse,⁷⁸ e, portanto, somente verificável concretamente, isto é, como fato da vida, ocorrente entre duas ou mais pessoas, com efetivas atuação (“exigência de subordinação de interesse de outrem ao próprio”, na necessariamente lembrada e insuperada formulação de CARNELUTTI⁷⁹) de uma das partes e negação da outra. E isso, obviamente, como explicitado ao final do parágrafo anterior, não acontece em âmbito penal.

⁽⁷⁵⁾ Cf. *Novo dicionário da língua portuguesa* – Aurélio, 1. ed., 3. reimpr., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975, p. 378; *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1. ed., Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 825.

⁽⁷⁶⁾ Assim como da *persecutio criminis*.

⁽⁷⁷⁾ Também item 11.5, *infra*.

⁽⁷⁸⁾ Cf., a respeito, nosso *Do julgamento conforme o estado do processo*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 3.

⁽⁷⁹⁾ Realmente, por mais que os processualistas, em todo o universo, ao versar a concepção carneluttiana de *lide* e *pretensão*, tenham tentado modificá-la, ela sempre permaneceu intangível na sua parte fulcral.

Aliás, o próprio CARNELUTTI⁸⁰ veio a reconhecer o erro por ele cometido, ao determinar, como conteúdo da ação de natureza condenatória, de titularidade do Ministério Público, a *pretensão penal*, dita *pretensão punitiva*; aduzindo, *verbis*:

"... Esta primeira observação ... induz-me a corrigir um erro, no qual eu próprio havia caído, ainda depois de já ter afirmado o caráter voluntário do processo penal; uma afirmação da qual em princípio eu não lograra tirar todas as conseqüências. Ora o erro consistiu em eu ter posto, como conteúdo da demanda do Ministério Público, a *pretensão penal*...

O conceito de *pretensão*, tão diversamente entendido, havia sido por mim definido, depois de algumas vacilações, como *exigência da satisfação de um interesse próprio perante um interesse alheio*; como tal, a *pretensão* é um elemento da lide. E no primeiro intento de estudo de processo penal adaptei, a este, tal conceito, definindo a *pretensão penal* como a *exigência da sujeição de alguém a uma pena*. Mas isto valeu como um erro por várias razões: em primeiro lugar, porque uma 'exigência' só se coloca face a outro que a deva satisfazer, enquanto o Ministério Público, que está investido no magistério punitivo, não tem motivo nem possibilidade de exigir o seu exercício, de alguma outra pessoa, e menos ainda do imputado; em segundo lugar porque, admitindo-se mesmo que o castigo do culpado satisfaz um interesse da sociedade, personificada no Estado, tal satisfação não está a cargo do imputado, o qual, até pelo contrário, enquanto culpado tem um interesse, solidário com o Estado, em ser castigado".⁸¹

Acrescendo mais — permitimo-nos complementar de vez, e ainda com o renomado mestre peninsular —, que o autor da ação penal condenatória não efetiva nenhuma exigência, em face de quem quer que seja (nem antes, nem quando da propositura e no desenrolar do respectivo processo), mas, apenas, *requer* a imposição de sanção penal ao processado; por certo que os conceitos de *pretensão punitiva*, ou, ainda, de *pretensão executória*, não se adequam ao processo penal, sendo-lhe de todo estranhas.

Nesse mesmo sentido, outrossim, tivemos a oportunidade de deixar assentado, a par do expandido no derradeiro parágrafo, e completando-o, que "a execução penal é inafastável, dadas as regras que lhe são inerentes,

⁽⁸⁰⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, Ateneo, 1946, vol. I, p. 129 e 130; e *Principios del proceso penal*, trad. castelhana de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires; Ejea, 1971, p. 94-95.

A tradução constante do texto é de FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, cit., p. 75-76.

⁽⁸¹⁾ Embora exagerada a proposição nessa sua parte final (até porque raramente, na prática, o envolvido na *persecutio criminis* admite a imputação...), contém ela a excelência do reconhecimento (também raro, raríssimo) de erro precedentemente cometido.

da inevitabilidade, da necessariedade e da obrigatoriedade”; e, ainda, que, “enquanto no processo extrapenal, especialmente o civil, a *ação judiciária* somente se desenrola à instância de uma das partes da relação jurídica tornada litigiosa (*ação da parte* – autor; à qual corresponde a *reação* da outra – réu), no penal, pode ela acontecer espontaneamente, procedendo o órgão jurisdicional *ex officio* (e.g., no processo de execução penal, sempre por ele iniciado, sem solicitação de quem quer que seja)”.⁸²

Ante o expandido, por certo que não constituirá demasia apontar, também com o devido respeito, o equívoco contido nas formulações de autorizados autores brasileiros, insistindo na proposição de um só contexto processual, nos âmbitos civil e penal, dada a identidade ou semelhança de alguns institutos, e, conseqüentemente, na existência de lide penal, ainda que *sui generis*.⁸³

Não resistem elas, com efeito, à mais perfuntória análise, sobretudo quando confrontadas com as dos jurisperitos precedentemente citados, cujos magistérios rebatem superiormente, por antecipação, os argumentos por eles desenvolvidos.

1.5 Caracteres do processo penal

Também por isso, aliás, reafirmamos nossa convicção acerca da *inadmissibilidade do traslado do conceito carneluttiano de lide para o processo penal*.

Como anota, na mesma linha de raciocínio, FERNANDO LUSO SOARES,⁸⁴ não há, no processo penal, “pretensão alguma – nem, portanto, o réu tem direito de resistir a essa *pretensa* pretensão”. Tanto que, em seguida adita, a ação penal, “efectivamente, é só um *ius ut procedatur*”.

E, com efeito, deve ter-se na devida conta – na expressão, já agora, de FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ,⁸⁵ por ele também citado –, que a *finalidade* “da jurisdição penal é a de *concretizar o fato delituoso*, e

(82) V. nosso Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo, *Direito criminal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 98.

(83) Como assero, e.g., FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Manual de processo penal*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 7-8; e affiançam, dentre outros, SÉRGIO LUIZ DE SOUZA ARAÚJO, *Teoria geral do processo penal*, cit., p. 35 e ss.; e MARCOS AFONSO BORGES, A ação e a reação no processo, *Revista Jurídica* 284(2001):26 e ss., Porto Alegre.

(84) FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, cit., p. 57-58.

(85) FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 311.

não a de satisfazer um interesse de terceiras entidades, distintas do *is cuius re agitur*".

Conseqüentemente, não há como cogitar, no processo penal, de *partes* senão em sentido processual, dado o fato de tornar-se necessária a asunção de *forma acusatória* para, em regime de *inafastável atuação contraditória dos sujeitos parciais*, apurar-se a *verdade material*, ou atingível: "... inobstante se apresente necessariamente *inquisitivo* o processo penal, na segunda fase da *persecutio criminis*, correspondente à da *instrução criminal*, ou, mais especificamente, da *ação penal*, ele se realiza sob a *forma acusatória*, assemelhando-se a um processo de partes... Verifica-se, dessarte, que o processo penal moderno delinea-se *inquisitório, substancialmente*, na sua essencialidade; ao tempo em que é, *formalmente*, no tocante ao procedimento, *acusatório*.⁸⁶

Aliás, isso significa que o *contraditório (real e indisponível)* se faz inerente ao processo penal: "indeclinável injunção legal" a defesa técnica do acusado, nada, nem mesmo a sua *ausência*,⁸⁷ "exclui a garantia constitucional da contrariedade no processo". A efetivação dessa defesa há de ser contínua e contraditória à acusação, de sorte a atender às "exigências comunitárias inscritas no Estado de direito", à "essência do Direito como tarefa do homem", e "ao espírito do Processo, como '*com-participação*' de todos os interessados na criação da decisão".⁸⁸

Por derradeiro, diferentemente do que acontece no processo extrapenal (particularmente, no civil) de caráter contencioso, a exigência de irrevogabilidade do ato decisório de mérito não se faz absoluta no processo penal.

Embora atrelando-se aos procedimentos da denominada jurisdição voluntária, precisa é a anotação, nesse sentido, de FERNANDO LUSO SOARES,⁸⁹ asserindo que o "processo contencioso conduz ao *caso julgado*—isto é, a uma situação que tem, relativamente à lide, uma eficácia superior (porque concreta) à da própria lei. O *caso julgado* (material) é indis-

(86) Cf., uma vez mais, nosso Indispensabilidade de contraditório em procedimento recursal, cit., p. 208-209; com lastro em JULIO B. J. MAIER, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Buenos Aires, Lerner, 1975, p. 13 e ss.

(87) Ausência (situação do acusado que, tendo comparecido, abandona o processo, cf. art. 367 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.1996), certamente; e não, como muitos equivocadamente alvitram, *revelia*, posto que inexistente em processo penal.

(88) Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1974, vol. 1, p. 158.

(89) FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, cit., p. 81.

pensável para que a lide se diga composta". Já na *jurisdição penal* — aduzimos —, como logo mais será evidenciado, somente há lugar para a *coisa julgada material* quando o julgamento favorável ao envolvido na *persecutio criminis for de meritis* ou de extinção da punibilidade. No mais, tem-se apenas a *coisa julgada formal*.

Como bem intuiu, também a esse respeito, CARNELUTTI,⁹⁰ “el problema de la revocabilidad de la autorización y, por tanto, de su modificabilidad, se plantea en cuanto al proceso penal en los mismos términos que para las otras formas de proceso voluntario civil. Respecto de esto, un límite para la revocación puede ser exigido por la conveniencia de garantizar la estabilidad de situaciones jurídicas, constituidas como consecuencia de la autorización concedida. Se trata de saber se una conveniencia semejante se presenta también, y cuándo se presenta, en orden al proceso penal; y, se entiende, al proceso penal puro, liberado de toda contaminación con el proceso civil contencioso”.

Com efeito, sobre não se dever confundir (até porque os respectivos conceitos são, à evidência, distintos) *contraditoriedade* com a *contenciosidade* — que, embora “caminhem juntas, com frequência, no desenrolar do processo, não significa que sejam inseparáveis”⁹¹ —, há sentenças penais, de natureza condenatória, que transitam em julgado apenas *formalmente*, podendo ser revogadas em qualquer tempo e em variegadas circunstâncias.⁹²

Observa, a propósito, o mesmo CARNELUTTI,⁹³ que o processo penal de conhecimento (certamente o de *caráter condenatório* —, permitimo-nos acrescentar) se apresenta, a rigor, como introdução ao processo executivo: quando o juiz absolve o acusado, mais do que afirmar que o processo não deve prosseguir, está reconhecendo que ele não deve começar; e quando o condena dispõe, justamente, sobre o seu prosseguimento.⁹⁴

⁽⁹⁰⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, cit., p. 277.

⁽⁹¹⁾ Até porque a *contenciosidade* ostenta “como característica especial e diferenciadora, um valor de que carece” a *contraditoriedade*, cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Índole de la *jurisdicción voluntaria*, nas obras supracitadas, respectivamente às p. 16 e 126.

⁽⁹²⁾ Mediante acolhimento de *habeas corpus* ou de pleito de revisão criminal, certamente.

⁽⁹³⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, Contro il *giudicato penale*, *Rivista di Diritto Processuale*, cit., VI(1951-I):293.

⁽⁹⁴⁾ Determinada, destarte, a imposição da coação estatal ao condenado, pela sentença de acolhimento da acusação, única forma de liberá-la, como enfatiza JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, A “liberdade jurídica” no direito e no processo, cit., p. 297-298.

Ora — continua o saudoso jurisperito idealizador do conceito de *lide* —, isso significa que o ato decisório penal, “seja de prosseguimento do feito, seja de condenação, ostenta natureza puramente processual”. Daí por que, em matéria penal, seria preferível falar em *preclusão*, em vez de em *coisa julgada*, tal como, ainda que vagamente, intuído por penalistas que, “para explicar a *autorictas iudicati*, recorrem, preferencialmente, ao *ne bis in idem*”.

Dentre esses, é de ser lembrado, a tal propósito, o difundido magistério de VINCENZO MANZINI,⁹⁵ segundo o qual a regra “*ne bis in idem* (ou *bis de eadem re ne sit actio*) representa um dos efeitos inerentes à força preclusiva da autoridade da coisa julgada; efeito que, aliás, não é, necessária e exclusivamente, próprio da sentença passada em julgado”.

Tem-se, contudo, na realidade do processo penal (que os mencionados mestres, nesse ponto, sequer imaginaram...), a verificação de duas situações bem distintas, em relação à *coisa julgada*: quando se tratar de sentença absolutória, ou de extinção da punibilidade, por jamais poder ser modificado o seu conteúdo,⁹⁶ com a preclusão dos prazos para recursos forma-se a *coisa julgada de autoridade absoluta*; porém, se a sentença for condenatória — mutável, como visto,⁹⁷ por natureza e destinação, em qualquer tempo e em diversas circunstâncias —, ver-se-á tutelada, apenas, pela *coisa julgada de natureza relativa*.

Essa diversificação — ínsita, tão-somente, ao processo penal —, consubstancia-se, por certo, numa peculiaridade tal, que conota e distingue a coisa julgada como bivalente, e, conseqüentemente, incomparável com a formada em qualquer outra espécie procedimental extrapenal; vale dizer, *sui generis*, própria da *jurisdição penal*.

1.6 Jurisdicionalização da pena

Tecidas essas considerações, que nos pareceram imprescindíveis, e partindo delas, devemos centrar o estudo em desenvolvimento, já agora, na temática objetivada, qual seja a *jurisdição penal*.

(95) VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 1972, vol. IV, p. 586; assim no original: “... *ne bis in idem* (o *bis de eadem re ne sit actio*), rappresenti uno degli effetti inerenti alla forza preclusiva dell’ autorità della cosa giudicata; effetto che peraltro non è necessariamente ed esclusivamente proprio delle sentenze passate in giudicato”.

(96) Sob pena, aí sim, de operar-se um *bis in idem*.

(97) V. nota 92, *supra*.

Ao fazê-lo, procurando guardar a coerência inerente a labor técnico-científico, ao qual dedicada grande parte de atuação universitária no último quartel do século XX, adstringir-nos-emos à pesquisa e conclusões ao longo do tempo estabelecidas – sob nossa regência e supervisão, permanente e profícua assistência do Prof. SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, e co-participação de alunos matriculados na disciplina Direito Processual Penal (módulos III e IV), do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante sucessivos períodos, a partir de 1981 –, e que, inclusive, se fizeram documentadas, em linha de princípio, na monografia intitulada *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*.⁹⁸

Como, então, e em parte, salientamos, e ora reiteramos, na Parte Terceira, *infra*, o *processo penal* apresenta-se, na realidade, como instrumento técnico, público, político e ético, do exercício da jurisdição.

E, no âmbito da justiça criminal, é concebido, em regra, para a viabilização de pronunciamento acerca de fato tido como relevante para o Direito Penal, apurável na sua materialidade e respectiva prática, mediante regulamentada investigação e paritária contraditoriedade entre órgão estatal e o indigitado autor,⁹⁹ vale dizer, para a aplicação de norma jurídica penal material a um caso concreto.

Daí o seu caráter, a par de público, eminentemente judiciário. Até porque, como anotam GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR,¹⁰⁰

(98) Concretizada, como se frisou, em co-autoria de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, AFONSO CELSO NOGUEIRA BRÁS, ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, ANTÔNIO JOSÉ MATOS NETO, ANTÔNIO S. PACHECO MERCIER, CARLOS ALBERTO MARCHIDE QUEIRÓS, CARLOS LUIZ BIANCO, CLÁUDIO BROCCETTO FILHO, CLAUDIONOR MENDONÇA DOS SANTOS, DAVID TEIXEIRA AZEVEDO, ELIANA LEONEL FERREIRA, JOÃO BATISTA RODRIGUES DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS G. XAVIER DE AQUINO, JOSÉ FRANCISCO L. DE MIRANDA LEÃO, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA, JURANDYR EDUARDO DE BRITTO, LUIZ FLÁVIO GOMES, MARIA BERNADETE SPIGARIEL, MÍLTON DA SILVA GIMENEZ, MOZAR COSTA DE OLIVEIRA, NILVANIR AMADO PEREIRA, OSCARLINO MOELLER, RUTH KICIS TORRENTS PEREIRA e VANDERLEY APARECIDO BORGES; e com a cooperação de vários outros alunos.

(99) Veja-se bem: contraditoriedade real, indisponível ou indispositiva; e efetivável, ainda, consoante necessária disposição legal vigente, entre ofendido, ou seu representante legal, e o ofensor.

(100) GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure penale*, 9. ed., Paris, Dalloz, 1975, t. II, p. 1; e assim no original: "La réaction de la société n'est pas instinctive, arbitraire et avengle; elle est réfléchie, réglementée, essentiellement judiciaire".

“a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, *essencialmente judiciária*”.

Conseqüentemente, desponta a regra da *inevitabilidade do processo penal*, segundo a qual a toda prática criminoso¹⁰¹ “deve seguir a ação” judiciária penal correspondente;¹⁰² e, com ela, o corolário da *necessidade do processo penal*, dada a inadmissibilidade de irrogação da pena, ou de medida de segurança, sem que o seja no bojo deste – *nulla poena sine iudicio*.¹⁰³

Nesse particular, aliás, e veramente, não constituirá demasia a reafirmação¹⁰⁴ de que a imposição de qualquer dessas espécies de sanção só pode efetivar-se processualmente, ou seja, por meio de processo no qual tenha lugar a ação judiciária – atuação de órgão do Poder Judiciário, regularmente investido no exercício da jurisdição penal: “... Se não existe crime sem prévia cominação legal, também não há pena sem sentença condenatória. O *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine iudicio* são princípios que se completam nos Estados onde impera o direito. O *jus puniendi*, portanto, é um direito de coação indireta, podendo a norma penal ser aplicada apenas jurisdicionalmente e através do processo”.¹⁰⁵

Apresenta-se, dessa maneira, a jurisdicionalização da pena como uma verdadeira garantia da pessoa tida como infratora da norma penal, pois, inadmitida sua imposição imediata, substitui-se “o império da violência privada pelo regime do Direito”.

E essa, como veementiza JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,¹⁰⁶ após o derradeiro destaque, “é tarefa judiciária”; tarefa que

(101) Ou contravencional, em países cuja legislação, como a brasileira, contemple, também, as contravenções penais.

(102) V., a respeito, ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, Pádua, Cedam, 1931, p. 79.

(103) A ser reprimida, outrossim, mais adiante, no item 11.2, *infra*.

(104) Cf. nosso Persecução penal: b) Fase da instrução criminal – III – Outros aspectos relevantes, *Persecução penal, prisão e liberdade*, cit., p. 101; com supedâneo no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 7 (por sua vez, lastreado nos de VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., vol. I, p. 83; ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, cit., p. 80-81; e JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Ação penal (análises e confrontos)*, São Paulo, Saraiva, 1938, p. 20-21).

V., ainda, no mesmo sentido, GIOVANNI LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, 8. ed., Nápoles, Jovene, 1971, p. 26.

(105) Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 7-8.

(106) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, cit., p. 111.

se traduz – permitimo-nos aduzir – em autêntica *garantia* (*garantia jurisdicional*, constitucionalmente assegurada a todos os membros da comunidade social), universalmente concebida,¹⁰⁷ de estabelecer-se a *justa aplicação do mandamento sancionador em lei penal prescrito ao caso concreto submetido à cognição de órgão competente do Poder Judiciário*.

Ora, tal finalidade, para ser atingida, exige, à evidência, “um prévio e regular julgamento”.

1.7 Peculiaridades da jurisdição penal

Tida a *jurisdição* como poder-dever de realização de justiça estatal, mediante declaração, satisfação ou assecuração do direito declarado, por órgãos estatais, integrantes do Poder Judiciário,¹⁰⁸ afigura-se, outrossim, relevante à complementação do estudo ora desenvolvido a verificação das *peculiaridades da jurisdição penal*.

Em primeiro lugar, é de ter-se presente, obviamente, que esta – a *jurisdição penal* – consubstancia-se na ação judiciária, isto é, na atuação do Estado, por intermédio de categorizados e especializados funcionários, agentes do Poder Judiciário (juízes e tribunais), com a *finalidade de aplicação das normas jurídicas penais materiais positivas*.¹⁰⁹ a um caso concreto, levado à sua cognição por uma das formas em lei previstas.

Nesse enfoque, deve ser afastada, no nosso entender, a impropriedade com que alguns dos nossos mais acatados processualistas a têm, como o “poder de dizer o direito”: assim, e, *e.g.*, EDGARD MAGALHÃES NORONHA¹¹⁰ (para quem “Jurisdição *tout court* é o poder de dizer o direito.

(107) V., *e.g.*, GIUSEPPE SABATINI, *Principii costituzionali del processo penale*, Nápoles, Jovene, 1976, p. 20; reportando-se, expressamente, à concepção de VINCENZO MANZINI, “especificando que o Direito Penal é um direito de coerção indireta porque não permite a imediata aplicação da sanção, reclamando, pelo contrário, a intervenção da garantia jurisdicional com a finalidade de estabelecer que a sanção seja justamente aplicada no caso concreto, isto é, exigindo um prévio e regular julgamento” (como por nós repetido no texto); e assim no original: “... specificando che il diritto penale è un diritto di coercizione indiretta perchè non consente la immediata applicazione della sanzione, richiedendo, invece, lo intervento della garanzia giurisdizionale al fine di stabilire se la sanzione sia giustamente applicabile nel caso concreto, esigendo cioè un previo regolare giudizio”.

(108) Cf. item 1.1, *supra*.

(109) Ou, em linguagem mais técnica, Direito Penal normativo.

(110) EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Jurisdição penal* (noções gerais), *Enciclopédia Saraiva de Direito*, cit., 47(1981):133; com destaques, em itálico, nossos.

A própria palavra, de *ius, juris e dico, is, dixi, dictum, dicere*, i. é, *direito e dizer*, dá sua noção"); e HÉLIO TORNAGHI¹¹¹ (ao asserir que: "Se existe dúvida sobre o que é direito fazer em determinado caso, *alguém tem de dizê-lo*, para acabar com a hesitação, assegurando, ao mesmo tempo, os legítimos interesses de particulares e a tranqüilidade geral").

Com efeito, não havendo lugar, no âmbito da *jurisdição penal*, para qualquer criatividade do direito, restringem-se os órgãos da Justiça Criminal à aplicação do *ius positum*, até porque o fato apreciável em processo penal, para ser *típico*, e, portanto, relevante, deve enquadrar-se, com todos os respectivos elementos, em modelo legal.¹¹²

Não há falar, por isso, como fazem muitos e renomados autores, inclusive e especialmente brasileiros, na esteira do mesmo equivocado posicionamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹¹³ que a *jurisdição penal* deve ser compreendida como poder, função e atividade cuja destinação é a de *aplicação do direito objetivo a uma pretensão deduzida em juízo*: "Na jurisdição penal, aplica-se o direito penal objetivo em conexão com uma pretensão punitiva ou com uma pretensão baseada no direito de liberdade penal".

Fosse assim, poderia a sentença penal condenatória lastrear-se num "princípio geral de direito", ou num uso ou costume.

Por outro lado, conferido a tais órgãos esse *poder* de aplicação de preceito do direito penal material contemplativo do caso levado à sua cognição, por certo que essa atribuição consiste, também, num *dever* – *dever funcional*, posto que de funcionário público. Vale dizer, configura um *poder-dever de processar e julgar as causas criminais*.

Aliás, nesse particular é de ter-se na devida conta que esse *poder-dever* não se delinea – como, *primo ictu oculi*, pretende fazer crer a maioria dos analistas do tema –, dirigido, apenas, à apuração da "violação ou perigo de violação de um direito público ou privado, para declaração da vontade da lei e aplicação coativa das conseqüências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-las"; ou seja, concedido aos juízes e tribunais para aplicar "a lei, com o fim de sujeitar o réu à sanção penal, absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade".¹¹⁴

(111) HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, vol. I, p. 215; com destaques, em itálico, também nossos.

(112) V., a respeito, nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 11.

(113) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 196.

(114) Cf., uma vez mais, EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Jurisdição penal (noções gerais)*, cit., p. 133-134; colacionando o ensinamento de ALFREDO

Muito pelo contrário, como se faz notório, e não obstante o maior número de causas penais se desenrole no de conhecimento de carácter condenatório, em que visada a imposição da sanção em lei prescrita ao infrator da respectiva norma, o processo penal abrange, também, as ações que têm como escopo o reconhecimento, e conseqüente afirmação, da prevalência do *ius libertatis*¹¹⁵ do membro da comunidade envolvido, de algum modo, na *persecutio criminis*.¹¹⁶

Finalmente, e por via de conseqüência, como a tal *poder-dever* corresponde “a função de tutela jurídica, que, no processo, aparece em exercício, como atividade”,¹¹⁷ representam eles – o *poder-dever jurisdiccional* de processar e julgar as causas penais, a *função* de administrar a justiça criminal, e a *atividade* em que o exercício desta se efetiva, no âmbito do processo penal –, num sólido e inquebrantável conjunto, o próprio *conteúdo da jurisdição penal*.¹¹⁸

Como tivemos já a oportunidade de deixar assentado, em precedente escrito,¹¹⁹ nesse conteúdo se integram, necessária e “efetivamente, não só aqueles poderes e deveres decorrentes da atividade jurisdiccional dos órgãos do Poder Judiciário *stricto sensu* concebida, isto é, relacionados com a *notio* e o *iudicium* (*iurisdicctio = notio + iudicium*), correspondentes ao poder-dever de *cognição*, *instrução* e *decisão*; mas, ainda, os referidos à *coerção* (*coertitio*), ou coação estatal, sobrelevada no *imperium*, cujo campo apropriado abrange, obviamente, o processo penal”.

DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3. ed., Nápoles, Jovene, 1952, p. 28.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre o *ius puniendi*, obviamente.

⁽¹¹⁶⁾ Como, por exemplo, as levadas ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais mediante ação de *habeas corpus* ou de revisão criminal.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. CELSO NEVES, *Jurisdição e execução*, cit., p. 313.

⁽¹¹⁸⁾ V. nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 137-138; com apoio em MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 15; GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 379-386; e JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, A “liberdade jurídica” no direito e no processo, cit., p. 291.

⁽¹¹⁹⁾ Cf., ainda, nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 137-138; aduzindo o poder-dever de documentação de todo o ocorrido durante o processamento da causa penal.

V., também, no mesmo sentido, JAVIER ARTURO TORRES VERA, *Jurisdicción y cautela*, Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 11-12.

1.8 Conceituação de jurisdição penal

Isso tudo, devida e necessariamente, expendido, faz-se mister, completando, já agora, o estudo desenvolvido, estabelecer o *conceito de jurisdição penal*.

Verifica-se, de pronto – e não pode haver margem para qualquer dúvida, a esse respeito –, que ela se apresenta como uma espécie da *jurisdição*, genericamente concebida, na forma supra-explicitada,¹²⁰ como *poder-de-ver de realização de justiça estatal, por órgãos especializados do Estado*.

Assim também, segundo nosso já manifestado entendimento, que, apesar de estruturalmente identificadas, evidente mostra-se a diversidade entre a *jurisdição penal* e a *extrapenal*, especialmente a *jurisdição civil*, nas suas respectivas essencialidades.

Em primeiro lugar, porque é de todo inaceitável a concepção dos especialistas que, como FERNANDO LUSO SOARES,¹²¹ asserem haver um “único interesse em jogo no Processo Penal” – o do acusado; e, por via de consequência, este conteria “um *contraste de opiniões* a respeito de *um mesmo interesse* – e que é o interesse único e exclusivo do imputado”. Vale dizer, e em suma, seria o *penal* um *processo* da denominada *jurisdição voluntária*.

Como enfatiza CALAMANDREI,¹²² em trecho supratranscrito,¹²³ destina-se o processo penal, muito pelo contrário, à resolução de importante *conflito de interesses públicos*, com o escopo de remover eventual desacordo, entre acusador e acusado (*rectius*: entre o Estado e o membro da comunidade envolvido em *persecução penal*), a respeito da existência de infração penal, da sua autoria, e da medida da correspondente sanção, em lei prescrita.

Aludido conflito – permitimo-nos aditar – abrange *dois interesses contrastantes* (porém, *justapostos*), quais sejam, de um lado, o do Estado, na *punição do culpado*; e, de outro, o da pessoa a quem atribuída a prática de fato penalmente relevante, na *assecuração*, fundamentalmente estabelecida nas legislações dos povos cultos, *do direito de liberdade*.

(120) Item 1.1, *supra*.

(121) FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, cit., p. 58 e 60.

(122) PIERO CALAMANDREI, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 212.

(123) V. item 1.4, *supra*.

Não podemos deixar de anotar, neste passo, os graves equívocos cometidos por autores, como JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS,¹²⁴ que não devem ter lido ou, se leram, não entenderam nosso declarado posicionamento, que de há muito se consolidou, na monografia intitulada *Jurisdição, ação e processo penal*, editada pelo Cejup – Centro de Estudos Jurídicos do Pará, no ano de 1984.

Com efeito, cometendo lamentável erro histórico, e demonstrando desconhecimento dos precedentes doutrinários, ao expressarem que a recusa à denominada teoria geral do processo teve a sua primeira atitude capitaneada pelo ilustre processualista paranaense JACINTHO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, na monografia intitulada *A lide e o conteúdo do processo penal*, vinda a lume em 1989; fazem, na realidade, por ignorar a nossa caminhada, nesse sentido, que teve início já há mais de vinte anos, no livro *Persecução penal, prisão e liberdade*,¹²⁵ e prosseguiu, destacadamente, na monografia escrita em co-autoria com o Prof. SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO e alunos matriculados na disciplina Direito Processual Penal do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*.¹²⁶

E, mais lamentavelmente, outrossim, incorrendo em grave erro doutrinário, asserem, e.g., que o conceito carneluttiano de lide é por nós aceito, ainda que “de forma menos declarada” da propagada pelo pranteado jurisconsulto paulista JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao definirmos “o conteúdo do processo penal como um ‘conflito de interesses (*punitivo e de liberdade*) de alta relevância social”.

Revela-se aí, realmente, e sem mínima dúvida, inaceitável confusão conceptual entre *conflito de interesses* e *lide*, sem a necessária percepção de que aquele pode ocorrer, sem que haja litígio...¹²⁷ E, por via de consequência, o desconhecimento, também, da antiga proposta de CALAMANDREI acerca da irrelevância do conceito de lide no processo penal, que endossamos, cultivamos e, já, como visto, há longo tempo, complementamos e temos propagado.

(124) JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, Nota do Autor, seqüente ao Prefácio.

(125) Editado em São Paulo, pela Saraiva, no ano de 1980; e contendo, às p. 12 e ss., ensaio titulado *Lide penal*: proposição inaceitável.

(126) Elaborada na forma delineada na nota 98, *supra*, e editada pela Forense, Rio de Janeiro, em 1986.

(127) Aliás, esse equívoco comete, também, o indicado JACINTHO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba, Juruá, 1989, p. 126-127, ao asserir, na conclusão da análise de nosso entendimento, que “o conflito de interesses públicos de que fala TUCCI, ainda amparado em CALAMANDREI, é uma lide, assim chamada mais tarde. É a lide penal”. Mais adiante, em sede oportuna, procuraremos evidenciar o desacerto dessa precipitada formulação.

Pena, enfim, que um leitor menos avisado possa deixar-se induzir por distorções como essas, que, com certeza, longe de ostentarem alguma utilidade ou proveito, prestam-se, apenas, para tismar a verdadeira história e a mais autêntica orientação do moderno processo penal brasileiro...

Ademais, retomando o fio da meada, e na aguda observação de JOSÉ FREDERICO MARQUES¹²⁸ (que, com a inafastável restrição à exagerada ênfase contida no tópico a seguir transcrito, endossamos), estender-se “ao processo penal o âmbito da jurisdição voluntária, de forma a absorver-se nesta toda a atividade jurisdicional do juiz penal, é hipertrofia absurda, e sem fundamento, do conceito de jurisdição voluntária. Além de estar em choque com a realidade histórica, pois transforma em administrativa uma atividade estatal que de maneira alguma pode fugir do campo da jurisdição, por força das garantias de liberdade consagradas pelo Estado de Direito, essa construção jurídica nem mesmo no campo dogmático encontra justificativa séria”.

Por outro lado, não se pode deixar de ter presente que o processo penal guarda, em qualquer caso – sem exceção, portanto –, o caráter de *necessidade*,¹²⁹ tanto para atingir o efeito da punição do culpado como para preservação do *ius libertatis*, livrando-se o cidadão, quando indevida, da coação estatal.

Nele, como lembra, com propriedade, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,¹³⁰ procura o Estado, por intermédio de funcionários especializados, a *justa* aplicação do Direito Penal normativo. E, nem os encarregados desse ministério público, cuja atuação é informada, também, pela *legalidade*; nem os envolvidos na *persecutio criminis*, dado o vigor da regra da *inevitabilidade*, podem renunciar ao processo, não se reconhecendo, por isso, nenhuma relevância “às considerações subjetivas dos sujeitos que parecem personificar os dois interesses contrastantes”.

Daí a proclamada *irrelevância processual da lide, no âmbito da jurisdição penal*,¹³¹ à qual se faz, outrossim, alheia a *contenciosidade*.

Com efeito, inócua *litígio* no processo penal, este cede passo, de vez, à *contraditoriedade*, que, como visto, não deve ser confundida com a *contenciosidade*.

No tocante à primeira parte do parágrafo anterior, anotava já MANOEL CAVALEIRO DE FERREIRA, na edição de 1955 de seu difundido *Cur-*

(128) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, cit., p. 255.

(129) Decorrente, por certo, de sua *inevitabilidade*.

(130) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, RT, 1973, p. 106.

(131) Cf., uma vez mais, item 1.4, *supra*.

so,¹³² que, sendo-lhe despicienda a litigiosidade da relação jurídica que constitui seu objeto, o processo penal ostenta, tão-somente, um “conflito de interesses entendido objetivamente, e não *contraposição subjetiva de duas pretensões*”.¹³³

Mais recentemente, na edição de 1986,¹³⁴ essa asserção foi reiterada pelo acatado autor lusitano, que assim se expressa, *verbis*: “... Importa só acentuar, na seqüência do que já se afirmou, que não podem trasladar-se para o processo penal conceitos delineados em função do processo civil. Nem a pretensão das partes, nem o direito de acção¹³⁵ são o objecto do processo penal. O direito de punir pertence à jurisdição e não a uma das partes no processo”.

E, logo adiante, complementa: “O fim do processo penal é a realização da justiça, ultrapassando o eventual fim subjectivo das partes. O fim objectivo do processo penal não pode ser limitado em geral pela vontade das partes. O direito penal deve ser aplicado em processo penal com a colaboração das partes, mas não especialmente em função das pretensões que formulam”.¹³⁶

E quanto à outra, deve ser reprimado o destaque que fizemos no item 1.5 *supra*, de não se satisfazer a *jurisdição penal*, como ocorre em qualquer das outras espécies, com a simples *possibilidade de contraditório*, ou seja, com o chamamento do acionado a juízo, para, se de seu desejo, responder aos termos do pedido formulado pelo autor e acompanhar a tramitação do procedimento até final, quando da formação da coisa julgada.

(132) MANOEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, Lisboa, Danúbio, 1955, vol. I, p. 28-29; acrescentando que “a efetivação do direito de punir acarreta necessariamente a restrição dos interesses do arguido”.

(133) Conseqüente, e certamente, a existência de partes apenas em sentido processual, como já esclarecido no item 1.5, *supra*; embora o acusado ostente, igualmente, a qualificação de parte em sentido material, como integrante da relação jurídica cuja definição, e eventuais assecuração ou satisfação, constitui objeto do processo penal.

(134) Cf., ainda, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, cit., vol. I, p. 18-19.

(135) *Rectius*: direito à jurisdição.

(136) Faz por merecer transcrição, também, o tópico final da p. 148 dessa mesma obra e volume citados, por derradeiro, na nota 132, *verbis*: “... E, assim, a actuação no processo como parte não implica, por sua natureza, a titularidade de um interesse jurídico próprio; a qualidade de parte no processo não coincide necessariamente com a qualidade de sujeito da relação jurídica a dirimir no processo. Este conceito de parte é o único admissível em processo penal. O arguido poderá considerar-se, também, como titular do direito de defesa, parte em sentido material. O Ministério Público só será parte em sentido formal”.

Bem ao reverso, reclama o processo penal de caráter condenatório, na segunda fase da *persecutio criminis* (denominada, entre nós, da *ação penal*, ou da *instrução criminal*), o *contraditório efetivo, real, indisponível* ou *indispositivo*, a fim de que, perquirida ao extremo a *verdade material*, ou *atingível*, reste devidamente assegurada a *liberdade jurídica do acusado*.

Por outras, e sempre atuais, palavras, o direito deste à *contraditoriedade real*, assumindo a natureza de *indispositivo*, dada, precipuamente, a *indisponibilidade dos interesses em conflito*, apresenta-se como autêntica *expressão de sua liberdade jurídica*, tal como antes também buscamos deixar assentado, a saber: "... com o conferir-se ao acusado o *direito à jurisdição penal*, exercida por meio de um processo no qual se lhe assegura *ampla defesa*, sobretudo em razão de *atividade marcadamente contraditória*, efetivada por órgão técnico —, define-se a respectiva *defesa* como *expressão da liberdade jurídica*, inerente ao seu *status libertatis* e, mais especificamente, ao *ius libertatis*".¹³⁷

Acrescente-se que esse apontado direito decorre, em nosso *ius positum*, de preceituações contidas nos incs. LIV e LV do art. 5.º da Carta Magna de nossa República Federativa (respectivamente: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; e, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"); especificadas no art. 261 do CPP, segundo o qual, *verbis*: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

E, por derradeiro, que, irrelevante, como visto, a concepção de *lide*, e, correlatamente, inócurrenente a *contenciosidade*, no processo penal; a *coisa julgada* tutelar do ato decisório de mérito ou de extinção da punibilidade, nos respectivos autos proferida, somente pode referir-se à *causa* que constitui seu objeto, ou seja, à verificação e definição de uma relação jurídica de Direito Penal normativo submetida à apreciação de juízo ou tribunal criminal.

Dois pontos fazem por merecer destaque, a esse propósito:

O primeiro diz com a necessidade de fixar bem, corretamente, os contornos da *coisa julgada*, no processo penal, que se diversificam ante a variação da natureza jurídica do ato decisório por ela tutelado: se final, de absolvição do acusado ou de extinção da punibilidade, torna-se ele perene e imutável; e, se condenatório, terminativo ou interlocutório, a coisa julgada opera, apenas, formalmente, consistindo no impedimento de as

(137) V. nosso Defesa do acusado e julgamento prévio em nosso novo processo penal, *Ciência Penal* 1(1976-III):38, São Paulo; e *Persecução penal, prisão e liberdade*, cit., p. 160.

partes discutirem e o juiz versar novamente sobre as questões decididas, dada a imodificabilidade da sentença, ou decisão, como ato processual, e conseqüente preclusão ou exaurimento da função de órgão jurisdicional em determinado processo.¹³⁸

O outro, à acepção de *causa*, que, reclamando senso amplo, mais abrangente do que o de ação, pode ser considerado, com PEREIRA E SOUZA,¹³⁹ como "a espécie jurídica, de que se trata em cada um dos processos". E isso com a advertência de que, na *jurisdição penal*, esse conceito deve corresponder, necessária e estritamente, ao de caso submetido à cognição de órgão competente da justiça criminal.

Esse, aliás, é o entendimento manifestado por JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO,¹⁴⁰ que, entretanto, parece distinguir, despididamente, entre *causa* e *caso penal*...

Cogita-se, com efeito, no âmbito da *jurisdição penal*, da resolução de um conflito intersubjetivo de interesses – interesses, sempre, públicos –, retratados, por um lado, na *intenção punitiva do Estado*, ínsita ao *ius puniendi*, e tendo como pressuposto a prática, pelo membro da comunidade envolvido na *persecutio criminis*, de ato tido como penalmente relevante, ou a concretização do *ius puniendi*, já sobrelevado em processo cognitivo; e, por outro, no *direito cívico de liberdade do cidadão*.¹⁴¹

Esses dois interesses, contrastantes na aparência e identificados na essência (por isso que *justapostos*), traduzem, na realidade, e inequivocamente, o conteúdo da causa penal, cingido à *verificação da materialidade de fato típico, antijurídico e culpável* (isto é, considerado pela legislação

(138) Cf., a respeito do conceito de *coisa julgada*, nosso *Curso de direito processual civil*, cit., vol. III, p. 90 e ss.; ao qual queremos acrescentar, já agora, que, como visto, a irrevogabilidade do ato decisório condenatório, em processo penal, não corresponde a uma exigência absoluta, tanto que ele pode ser modificado ou rescindido futuramente, sem nenhuma limitação temporal, e, até mesmo, em determinadas circunstâncias, à instância de outra pessoa que não o condenado.

(139) JOSÉ JOAQUIM CAETANO PEREIRA E SOUZA, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, acomodadas ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Garnier, 1907, p. 2.

V., no mesmo sentido, embora se referindo a recurso extraordinário, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Do recurso extraordinário*, cit., p. 24; e JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, cit., 3. ed., 1969, vol. IV, p. 255; *Manual de direito processual civil*, cit., 7. ed., 1985, vol. III, p. 179.

(140) JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, cit., p. 134 e ss.

(141) Cf. ARMANDO LEONE, *Giurisdizione penale, Nuovo digesto italiano*, Turim, UTET, 1938, vol. XVI, p. 395.

em vigor como *ilícito penal*), à *determinação da respectiva autoria*, e à *incidência, ou não* (até mesmo a sua *exclusão*), àquele, *da norma penal material incriminadora*.

Em suma, *abstração da existência de lide, contraditório real e indispositivo, ou indisponível, e coisa julgada sui generis, referida à causa penal objetivada no processo*, mostram, à evidência, que a jurisdição penal não se identifica, também, com a jurisdição dita *contenciosa* (própria do processo extrapenal, especialmente do processo civil).

Apresenta-se ela, outrossim, no mundo do processo, autonomamente, como, na verdade, é – *jurisdição penal* –, própria do Direito Processual Penal, com a sua determinação conceptual estabelecida a partir de institutos que lhe são específicos, e, portanto, com peculiaridades que a conotam com o exclusivismo que, posto ser exigível, se lhe há de reconhecer.