

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Flávio Cardinelle Oliveira Garcia

Limites espaciais da jurisdição penal brasileira

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL

SÃO PAULO
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Flávio Cardinelle Oliveira Garcia

Limites espaciais da jurisdição penal brasileira

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito das Relações Sociais, na sub-área do Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

Dedico essa dissertação aos Filhos que estão a caminho...

Ao Filho de Deus, que em breve nos brindará pessoalmente com a vida eterna.

Ao filho amado, que no ventre de minha preciosa esposa aguarda o momento de abençoar nossa vida.

Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para a conclusão desta importante etapa de minha vida.

Agradeço ao Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva, que me presenteou com sua valorosa orientação. Seu exemplo de jurista há de ser seguido.

À minha mãe Vera, meu pai Almirio, meus irmãos Flávia e Baraf e à Araci, a gratidão pela força e pela torcida. Conseguimos.

E a você, mulher de incontáveis virtudes, que em tudo me ajudou, faltam-me palavras para agradecer sua companhia, compreensão, orientação, incentivo e, sobretudo, seu manifesto amor. Minha vida sem você não tem sentido. Eternamente...

RESUMO

O crescente fenômeno da globalização mundial, intensificado pelos constantes avanços da tecnologia, viabilizou a prática de delitos que transcendem os limites das fronteiras nacionais e, não raro, têm reflexos em diversos países. Ocorre, contudo, que a aplicação da jurisdição penal é, em regra, norteadada pelo princípio da territorialidade e, portanto, geralmente restrita aos fatos ilícitos perpetrados em um determinado território. Nesta senda, o objetivo do presente trabalho foi delinear os limites espaciais de aplicação da jurisdição penal brasileira a partir das regras de direito penal internacional previstas no ordenamento jurídico pátrio, com especial enfoque nos casos afetos à criminalidade transnacional. Inicialmente, o tema fora contextualizado com uma sucinta apresentação dos fundamentos básicos do instituto da jurisdição. Em seguida, foram estudados os princípios que alicerçam o direito penal internacional brasileiro, as noções de territorialidade temperada adotada pelo Código Penal, as hipóteses de extraterritorialidade e de ultraterritorialidade na aplicação da jurisdição penal pátria contempladas pelo ordenamento jurídico nacional, o alcance físico e jurídico do território sobre o qual o Brasil exerce sua soberania e o lugar do delito definido de acordo com a teoria da ubiqüidade, dentre outros temas correlatos. Restaram esclarecidos, ao final, os limites espaciais de eficácia da lei penal brasileira e, conseqüentemente, de incidência da jurisdição nacional, que obedece a padrões de uma territorialidade flexibilizada, ora por força de tratados, convenções e regras de direito internacional que impedem o exercício da função jurisdicional nos delitos cometidos no território brasileiro, ora por situações e circunstâncias pontuais, legalmente previstas, que, amparadas em princípios outros de direito penal internacional, autorizam a aplicação da jurisdição penal brasileira em ilícitos criminais perpetrados no estrangeiro.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição, delito, transnacional, território, ubiqüidade, territorialidade, extraterritorialidade, ultraterritorialidade.

ABSTRACT

The growing phenomenon of world globalization, intensified by the constant advances in technology, has made possible the practice of crimes which go beyond the limits of national frontiers and, more often, have its repercussions within various countries. Nevertheless, the application of criminal jurisdiction is, as a rule, guided by the principle of territoriality and, therefore, usually restricted to the illicit facts perpetrated inside a country's territory. Considering these thoughts, the objective of this dissertation was to outline the spatial limits of the Brazilian criminal jurisdiction, starting with the rules of international penal law foreseen in our national system of laws, with special emphasis on cases related to the transnational criminality. Initially, the theme was contextualized with a succinct presentation of the basic fundamentals of the jurisdiction institute. Following, the principles that lays the foundation for the Brazilian international penal law, the notion of moderate territoriality adopted by the penal code, the hypothesis of extraterritoriality and ultra-territoriality in the application of the criminal jurisdiction contemplated in our national system of laws, the physical and legal reach of the territory that Brazil exercises its sovereignty and the location of the crime defined in accordance with the theory of ubiquity, as well as other correlated terms, were studied. By the end, it was possible to outline the spatial limits of Brazilian penal law efficiency and, consequently, the boundaries of our national criminal jurisdiction, which obeys the standards of a territoriality that is made flexible by treaties, conventions, and international legal rulings which impede the exercise of the jurisdictional function in the crimes committed inside the Brazilian territory, and by specific situations and circumstances, legally foreseen, which, upheld in other international penal law principles, authorize the application of the Brazilian criminal jurisdiction in illicit crimes perpetrated abroad.

KEY WORDS: jurisdiction, crime, transnational, territory, ubiquity, territoriality, extraterritoriality, ultra-territoriality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO	14
1.1 SOCIEDADE E TÚTELA DO DIREITO	14
1.2 CONCEITO, ESCOPO E CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO	20
1.3 ELEMENTOS E PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO	31
1.3.1 <i>Princípio do Devido Processo Legal (due process of law)</i>	33
1.3.2 <i>Princípio do Juiz Natural ou do Juiz Constitucional</i>	36
1.3.3 <i>Princípio da Investidura</i>	40
1.3.4 <i>Princípio da Indeclinabilidade</i>	41
1.3.5 <i>Princípio da Improrrogabilidade ou da Aderência ao Território</i>	42
1.3.6 <i>Princípio da Indelegabilidade</i>	44
1.3.7 <i>Princípio da Inércia ou da Titularidade</i>	45
1.3.8 <i>Princípio da Correlação</i>	45
1.3.9 <i>Princípio da Unidade e da Identidade</i>	48
1.3.10 <i>Princípio da Inevitabilidade ou da Irrecusabilidade</i>	49
1.4 CLASSIFICAÇÕES DA JURISDIÇÃO	49
1.4.1 <i>Jurisdição Inferior ou Superior</i>	50
1.4.2 <i>Jurisdição Penal ou Civil</i>	51
1.4.3 <i>Jurisdição Federal ou Estadual</i>	52
1.4.4 <i>Jurisdição Contenciosa ou Voluntária</i>	54
1.4.5 <i>Jurisdição Comum ou Especial</i>	56
1.4.6 <i>Jurisdição de Direito ou de Equidade</i>	58
1.4.7 <i>Jurisdição Plena ou Limitada e Jurisdição Exclusiva ou Cumulativa</i>	59
1.5 A JURISDIÇÃO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	60

2. A JURISDIÇÃO PENAL BRASILEIRA E SUA APLICABILIDADE NO ESPAÇO	64
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	67
2.1.1 <i>Princípio da Territorialidade</i>	67
2.1.2 <i>Princípio da Nacionalidade ou da Personalidade</i>	70
2.1.3 <i>Princípio Real ou da Proteção Jurídica Necessária</i>	72
2.1.4 <i>Princípio da Justiça Penal Universal ou da Universalidade</i>	73
2.1.5 <i>Princípio da Representação</i>	75
2.2 A TERRITORIALIDADE TEMPERADA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	76
2.3 O TERRITÓRIO NACIONAL E A EFICÁCIA ESPACIAL DA LEI PENAL	84
2.3.1 <i>Território em Sentido Estrito</i>	85
2.3.2 <i>Território por Extensão</i>	94
2.4 O LUGAR DO DELITO	105
2.4.1 <i>As Teorias e o Código Penal Brasileiro</i>	106
2.4.2 <i>O Iter Criminis</i>	116
2.5 ULTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL	137
2.5.1 <i>Ultraterritorialidade Incondicionada</i>	139
2.5.2 <i>Ultraterritorialidade Condicionada</i>	149
2.6 CONFLITO E CONCORRÊNCIA DE JURISDIÇÕES.....	156
2.7 A APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA NO ESPAÇO	167
CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	181

INTRODUÇÃO

Vivemos num mundo globalizado. Graças aos constantes avanços da tecnologia, notadamente dos meios de comunicação, é possível constatar-se a crescente relativização das distâncias geográficas e a internacionalização das relações humanas. Tido como irreversível e potencialmente benéfico a toda sociedade, o fenômeno da *globalização*, largamente catalisado pelo advento da rede mundial de computadores (Internet), tem permitido a interação entre pessoas das mais diversas culturas e nacionalidades, independentemente de sua localização física, disponibilizando-lhes novas formas de pesquisa, estudo, comércio, lazer e sociabilidade.

Se por um lado a globalização trouxe consigo indubitáveis benesses quanto à expansão de relacionamentos de toda natureza, por outro viabilizou o surgimento da chamada *macrocriminalidade*, a qual, por definição, não respeita as fronteiras, vez que pulveriza o ilícito penal – seja a prática da conduta ilegal, seja o resultado danoso – em territórios distintos nos mais diversos países. Como exemplos desta criminalidade transnacional, citem-se os delitos informáticos perpetrados por meio da Internet, o contrabando internacional de drogas e armas, o tráfico internacional de seres humanos e a lavagem de dinheiro, todos permeados ao menos por uma característica comum que os qualifica como crimes à distância: o *iter criminis* transcende os limites geográficos nacionais e tem como palco mais de um Estado soberano.

Neste contexto, relevando-se que cada país eventualmente atingido pelo delito possui suas próprias leis e que estas, em regra, somente vigoram nos limites onde o Estado exerce sua soberania, vale dizer, dentro de seu território nacional, exsurtem algumas interessantes questões acerca da eficácia e da aplicação da legislação penal brasileira nas hipóteses de crimes à distância. Dentre aquelas, destacam-se a necessidade de:

- a) estabelecer o âmbito de atuação da jurisdição penal de cada país que, direta ou indiretamente, viu-se envolvido no cometimento do delito;
- b) saber quais critérios normativos devem ser observados para se definir a aplicação da jurisdição penal brasileira no caso concreto;
- c) fixar os limites espaciais do território brasileiro, em sua acepção estrita e jurídica, para fins de incidência da jurisdição penal pátria;
- d) verificar se o consagrado princípio da territorialidade, abarcado pela quase totalidade dos Estados soberanos como regra basilar do direito penal internacional, comporta ou não exceções e, em caso positivo, em quais circunstâncias;
- e) definir, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, onde são considerados praticados os delitos transnacionais quando as condutas ou os resultados, total ou parcialmente, resvalam no território pátrio;
- f) constatar a possibilidade ou não de aplicação concomitante de várias jurisdições penais quando mais de um país soberano manifesta seu interesse na punição do delinqüente;

Sem a pretensão de esgotar o tema, almeja-se com o presente trabalho a apresentação de respostas às dúvidas acima elencadas e, sobretudo, a partir das normas de direito penal internacional vigentes, a clara exposição dos limites espaciais da jurisdição penal brasileira na conjuntura específica da moderna criminalidade que não se restringe ao território de um só país. Tal estudo mostra-se singularmente importante nas hipóteses em que o Brasil seja legalmente considerado – ou por dispositivos de direito interno ou por regramentos do direito internacional aos quais aderiu – um dos lugares onde o delito fora praticado e, portanto, no mínimo co-responsável pela apuração, pelo processamento e pela punição do delinqüente autor do crime transnacional.

Para a consecução de tais objetivos, apresentamos, preliminarmente, com fulcro em uma metodologia teórico-descrita e mediante análise doutrinária e legislativa de abrangência nacional e internacional, a apresentação de considerações acerca da evolução histórica, do conceito, do escopo, das características, dos elementos, dos princípios fundamentais e das mais importantes classificações da jurisdição, concluindo-se, ainda neste primeiro capítulo, com uma sucinta nota sobre a salutar relação que deve existir entre a jurisdição penal e o Estado Democrático de Direito.

Num segundo momento, desenvolvemos o cerne do tema proposto, expondo-se os princípios basilares do direito penal internacional brasileiro, as noções da territorialidade temperada, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, e os casos de extraterritorialidade na aplicação da lei penal no Brasil. Após, abordamos os conceitos de território em sua dupla acepção – em sentido estrito e por extensão –, evidenciando-se, em cada uma das definições físicas e jurídicas do instituto, a amplitude espacial sobre a qual o Brasil exerce sua soberania e, conseqüentemente, sua jurisdição.

Prosseguindo-se na exposição proposta, trazemos considerações acerca de teorias doutrinárias que procuram definir o lugar de delito, focando-se, em especial, nos preceitos da teoria da ubiqüidade, adotada pelo Código Penal brasileiro, e no estudo sobre o *iter criminis* e suas fases.

Finalizando o trabalho, têm-se consignadas as hipóteses de ultraterritorialidade incondicionada e condicionada da lei penal brasileira e seus necessários requisitos legais, concluindo-se com algumas posições sobre o conflito e a concorrência de jurisdições e a aplicação da lei processual penal brasileira no espaço.

Assim, cremos ter apresentado uma contribuição para o esclarecimento de questões relevantes que envolvem a incidência da jurisdição penal brasileira nos delitos à distância, constantemente viabilizados por novos meios e recursos interativos advindos da globalização e dos avanços tecnológicos, esperando que os operadores do Direito possam aperfeiçoar seus conhecimentos sobre a matéria e, dessarte, enfrentar com eficiência a criminalidade moderna.

1. NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO

1.1 Sociedade e Tutela do Direito

A vida em sociedade se tornaria insustentável sem a existência de um eficiente conjunto de regras disciplinadoras capaz de harmonizar as relações sociais intersubjetivas daqueles que a integram. Sob a óptica sociológica, o Direito se apresenta como uma das formas de controle social, entendido como “o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios”.¹

A correlação entre sociedade e Direito é representada pelo brocardo *ubi societas ibi jus*, o qual deixa patente a função ordenadora das normas jurídicas que, preventiva e abstratamente estabelecidas pelo Estado, buscam apresentar a noção do justo e do injusto, além de coordenar os diversos interesses que se manifestam no convívio social, de modo a compor os conflitos que, inevitavelmente, exsurtem da vida em comunidade. De um modo geral, tais normas são observadas e cumpridas pelos membros da sociedade que, assim procedendo, contribuem para a harmonização das relações interpessoais.

Ocorre, contudo, que nem sempre o comando da ordem jurídica é respeitado. As violações às regras de convívio geram conflitos e insatisfações entre

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

indivíduos ou entre estes e o Estado, dando azo a tensões individuais e sociais que desestabilizam a vida em grupo e ameaçam a paz social.

No início da civilização humana, cabia aos próprios interessados resolverem seus conflitos e litígios. Inexistia, à época, um Estado suficientemente forte capaz de impor o Direito acima da vontade dos particulares e, por isso, limitava-se a indicar as pretensões que cada indivíduo poderia ostentar diante dos outros e, de uma forma geral, a apresentar os direitos e deveres dos integrantes daquele grupamento social.

Competia ao titular do direito ameaçado defendê-lo com os meios de que dispunha. Eram os tempos da *justiça privada* ou da *justiça pelas próprias mãos*, onde a força era o principal instrumento para a satisfação de interesses e imperava a sistemática da *autotutela* ou *autodefesa*. Mesmo as violações de alçada penal eram resolvidas diretamente pelos envolvidos, num regime de *vingança privada* no qual imperavam a parcialidade e a arbitrariedade na repressão dos atos criminosos.

Fundamentalmente, a autotutela se caracteriza como uma resolução parcial e egoísta:

“Parcial porque nesta forma de composição, um dos envolvidos (e nada impede que sejam os dois; por exemplo: no duelo) erige-se em juiz da própria contenda, ou seja, pretende resolvê-la mediante ação direta de sua parte. Egoísta porque, resultante do impulso de quem a aciona, nem sempre alcança o ideal de Justiça que deve prevalecer na solução de

*conflitos. Aliás, quase sempre se traduz na vitória do mais forte, do mais astuto, sobre o mais fraco, o mais tímido”.*² (grifo no original).

A prática da autotutela é conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro e encontra-se tipificada no artigo 345 do Código Penal, o qual antevê sanção privativa de liberdade àquele que fizer “justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Note-se que o dispositivo em comento estabelece a possibilidade de, em casos excepcionalíssimos, legalmente previstos, a autotutela ser utilizada com a chancela do Estado, como ocorre, p. ex., com o direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434, e outros do CC), o desforço imediato (art. 1.210, §1º, do CC), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1.283, do CC), a prisão em flagrante (art. 301, do CPP) e, ainda, as condutas tipificadas como ilícitas, mas que foram praticadas sob o manto da legítima defesa ou do estado de necessidade (arts. 24 e 25, do CP, e 188, 929 e 930 do CC).

De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a autotutela, nesses casos, justifica-se por duas razões: “a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição”.³

² PEREIRA, Estevam Augusto Santos. **Teoria geral do processo**. Brasília: Fast Copy, 1999, tomo I, p. 9.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 29.

Ainda na fase primitiva da vida em sociedade, surge uma forma mais altruística de solução de litígios que representou um notável avanço na tutela dos direitos: a *autocomposição*. Nesta, diferentemente do que acontece com a autotutela, não há uso de força para impor a decisão de uma parte à outra, mas sim flexibilização voluntária das partes quanto aos seus interesses, na medida em que se verifica uma atitude de renúncia ou reconhecimento de uma parte em favor da outra ou de ambas em prol da resolução do embate.

Considerada meio legítimo na solução de conflitos, a autocomposição tem emprego no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial, a qual exigia que a *conciliação* fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. Atualmente, a composição de controvérsias por meio da conciliação entre as partes é fomentada tanto endo quando extraprocessualmente,⁴ podendo ocorrer por meio de *desistência* (renúncia à pretensão), *submissão* (renúncia à resistência oferecida à pretensão) ou *transação* (concessões mútuas onde os envolvidos abrem mão de parte de seu interesse).⁵

Por depender da vontade e atividade de pelo menos um dos envolvidos na polêmica, a solução de controvérsias por meio da autocomposição, quando possível, não

⁴ Como exemplo, observe-se que perante o juízo trabalhista a conciliação é proposta em duas oportunidades: quando aberta a audiência (art. 846, da CLT) e assim que terminada a instrução (art. 850, da CLT). Já na sistemática do Código de Processo Civil, ao juiz incumbe dirigir o processo buscando, a qualquer tempo, conciliar as partes, notadamente quando disponível o direito pretendido (art. 125, IV, do CPC). Mesmo diante da indisponibilidade dos interesses penais, abriu-se no ordenamento jurídico brasileiro, a partir das disposições constantes nos arts. 98, I, da CF/88, 60 e seguintes da Lei n° 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e 1° e 2° da Lei n° 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), a possibilidade de autocomposição (transação e conciliação) face aos delitos considerados de menor potencial ofensivo, vale dizer, aqueles cuja pena máxima cominada *in abstracto* não é superior a dois anos (art. 61, da Lei n° 9.099/95, c/c art. 2°, parágrafo único, da Lei n° 10.259/01).

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 27-30.

ocorre com a freqüência desejada e, mesmo quando se opera, nem sempre conduz a uma solução isenta e justa. Por essas razões, pouco a pouco os conflitantes perceberam que o ideal seria transferir para um terceiro imparcial e alheio à contenda a responsabilidade de resolver as controvérsias e apontar qual parte deveria ter satisfeita sua pretensão. Neste contexto, surge a figura do *árbitro*, pessoa de relevante importância na sociedade (p. ex., sacerdotes, anciãos) em quem os litigantes depositavam mútua confiança e cuja decisão concordavam, previamente, em acatar. Delineavam-se, assim, os contornos de uma *arbitragem facultativa*.

Paulatinamente, o Estado se fortalecia e, com isso, adotava posturas mais intervencionistas na vida dos particulares. Num dado momento, buscando infundir mais confiança aos julgamentos, o próprio Estado passou a, independentemente da vontade das partes, indicar os árbitros e a fixar, abstratamente, regras destinadas a orientar as decisões daqueles, fazendo com que a arbitragem facultativa cedesse espaço à uma *arbitragem obrigatória*. Com o tempo, percebeu-se, contudo, que para uma solução justa, pacífica e, principalmente, efetiva do litígio não bastava a nomeação de um árbitro qualquer pelo Estado. Era preciso que o terceiro nomeado tivesse força suficiente a fim de tornar sua decisão respeitada e obedecida pelos litigantes, resolvendo de fato a contenda. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, “a solução do conflito não haveria de significar, apenas, um juízo lógico ou ponderado sobre o pretendido pelas partes em litígio, mas, acima de tudo, um ato de vontade com caráter imperativo. Sua decisão, sobre ser coerente, haveria de possuir a eficácia de uma ordem”.⁶

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 46.

Somente o próprio Estado, portanto, poderia, com eficiência, administrar a justiça. A uma, por ser terceiro imparcial, alheio ao litígio, voltado, sobretudo, à pacificação do grupo e ao restabelecimento da harmonia social ameaçada pelo desrespeito à ordem jurídica posta. A duas, porque, já suficientemente fortalecido, poderia impor-se aos particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, fazer valer coercitivamente sua decisão sobre o conflito.

A solução de litígios passou, assim, a ser um dos fins primários do Estado. Surgiram os juízos estatais, que, em substituição às partes, examinavam as controvérsias e resolviam os conflitos. A justiça privada evoluiu para a *justiça pública*. O Estado chamou para si a tarefa de administrar a justiça, isto é:

*“a função de aplicar a lei aos casos concretos, aos litígios que surgissem, dando a cada um o que é seu, mesmo porque os conflitos de interesses afetavam e afetam, sobremaneira, a segurança interna do Estado, e, assim, para preservar a ordem, para manter estável o equilíbrio da sociedade, para impedir-lhe a perturbação, a Justiça, arte de dar a cada um o que é seu, passou a ser administrada, exercida pelo próprio Estado”.*⁷

Eis aí, de forma sucinta, a gênese da jurisdição.

⁷ Ibidem, p. 47.

1.2 Conceito, Escopo e Características da Jurisdição

Etimologicamente, o vocábulo jurisdição advém do latim *jurisdictio*, que, por sua vez, forma-se pela aglutinação das palavras *jus, juris* (direito) e *dictio, dictionis* (ação de dizer). Nisso consiste a essência da jurisdição: dizer o direito, no sentido de fazer atuar, no caso concreto, as normas mais adequadas do direito objetivo preexistente.⁸

A função jurisdicional como conceito jurídico, tal qual conhecida na atualidade, surge com o Estado Moderno, mormente com a consagração do princípio da separação dos poderes preconizado por Montesquieu, célebre defensor do liberalismo político, o qual, em sua famosa obra *De l'Esprit des Lois* (Do Espírito das Leis), publicada em 1748, sustentou, em síntese, que o poder é tentador e todo o homem que o possui é tentado a dele abusar, motivo porque seria necessária uma estrutura estatal que previsse o poder refreado pelo próprio poder.⁹ Destarte, Montesquieu apresentou sua clássica tripartição dos poderes do Estado: *pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire* (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), sendo cada qual especializado no exercício de determinada função e, no âmbito de sua competência, independente.

Primeiramente acolhido pela Constituição norte-americana de 1787, o *princípio da separação dos poderes* encontrou guarida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, a partir daí, passou a integrar a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos dos diversos países, previsto, em regra, sob manto constitucional. No Brasil, o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o

⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3-4.

⁹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Edson Binai. São Paulo: Edipro, 2004, *passim*.

Judiciário”. Desses, o Poder Judiciário, cuja organização está disposta nos artigos de 92 à 126 da Lei Maior, é aquele que detém, específica e preponderantemente, a função jurisdicional.

Acerca da jurisdição, Maria Lúcia Karam esclarece que sua finalidade, como função estatal, é a “interpretação e aplicação das leis, para dirimir conflitos, assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e reprimir sua violação”.¹⁰ Roberto da Silva Oliveira, a seu turno, define a jurisdição como “o poder-dever do juiz de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo”.¹¹ É *poder*, pois é uma forma de exercício e de manifestação da soberania do Estado, e é *dever*, porque “desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado”.¹² Não é sem razão que a atual Carta Política brasileira prevê em cláusula pétrea que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a jurisdição é, ao mesmo tempo, além de *poder* - enquanto emanção da força soberana estatal em impor coercitivamente sua decisão e por fim à controvérsia - também *função e atividade*. Como função, é a incumbência afeta ao órgão jurisdicional de, por meio do *processo* - instrumento da jurisdição que se desenvolve

¹⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 15.

¹¹ OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da justiça federal**. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 36.

mediante uma série ordenada de atos - aplicar a lei aos casos concretos. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, tendentes a dar a cada um o que é seu.¹³

Ressalte-se, que a jurisdição não tem por escopo impor direitos subjetivos. Essa perspectiva subjetivista sucumbe quando comparada ao objetivo do processo em cada caso concreto. De acordo com Luís Eulálio Vidigal, “a defesa do direito subjetivo é o escopo das partes; esse escopo coincide com o do processo apenas em relação à parte a quem a final o juiz der razão”.¹⁴ Não há dúvidas de que o direito subjetivo é a mola propulsora que justifica o pedido de prestação jurisdicional (direito de ação), vez que os órgãos jurisdicionais não conhecem *ex officio* das mazelas que atingem as normas gerais impostas à obediência de todos. Entretanto, o fim precípua da jurisdição é o de “tornar efetiva a ordem jurídica e de impor, através dos órgãos estatais adequados, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica”.¹⁵ O reconhecimento do direito subjetivo é apenas um fim mediato que resulta do exercício da jurisdição na busca de seu escopo fundamental: a composição dos conflitos entre os homens e o restabelecimento do equilíbrio e da paz social.¹⁶

Nesta senda, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ponderam:

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 131.

¹⁴ VIDIGAL, Luiz Eulálio. **Da execução direta das obrigações de prestar declarações de vontade**, 1940, p. 37, *apud* MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Ed. rev. atual. e compl. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000, p. 5.

¹⁵ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

“A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, o Estado enquanto comunidade)”.¹⁷

José Frederico Marques apontava que “a norma legal é um *prius* no tocante à jurisdição, pois os órgãos que exercitam esta função não fazem leis, mas impõem as existentes e as aplicam a um caso *hic et nunc*, transformando o comando abstrato da lei em comando concreto entre os interesses em litígio”.¹⁸ Dessa lição, depreende-se a principal distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário: o primeiro é atividade constitutiva, no sentido da criação de normas de conduta gerais e abstratas voltadas para o futuro, fundando-se sobre um juízo do *dever ser*; o segundo, aplica o direito objetivo preexistente, realizando a tutela concreta e específica no caso concreto, pautando-se sobre um juízo do *ser*.¹⁹ Para Athos Gusmão Carneiro, “o juiz é a *longa manus* do legislador,

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 133.

¹⁸ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 2-3.

¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 20-21.

pois transforma, pela jurisdição, em *comando concreto* entre as partes as normas gerais e abstratas da lei” (grifo no original).²⁰

Por meio do exercício da atividade jurisdicional, o Estado afirma e realiza a vontade concreta da lei na situação fática considerada, atitude que deveria ter sido primária, espontânea e pacificamente efetivada pelos próprios envolvidos na controvérsia. Isentos de toda e qualquer relação de dependência com o conflito *sub examine*, os órgãos jurisdicionais, após ouvidas as alegações de cada parte e discutidas em um plano de igualdade, proclamam, sob a óptica do direito vigente, qual interesse deve prevalecer, substituindo, assim, a atividade do particular pela sua.²¹ Revela-se, então, uma das mais marcantes características da jurisdição que é a *substitutividade*, no sentido de que a vontade das partes, as quais submetem ao crivo do Poder Judiciário a resolução de seu conflito, é substituída pela do Estado.

A função *substitutiva* ou *secundária* da jurisdição fora inicialmente defendida por Chiovenda²² e prosseguiu referendada pela doutrina. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, p. ex., ao dissertarem sobre a jurisdição, definem-na como sendo “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.²³

²⁰ Ibidem, p. 3.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, p. 55.

²² CHIOVENDA, **Instituições de direito processual civil**, São Paulo, Saraiva, 1942, v. 2, n. 140, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 11-12; e CHIOVENDA, **Principii di diritto processuale civile**, 3ª ed., Napoli, 1923, p. 301, *apud* PEREIRA, Estevam Augusto Santos, *op. cit.*, p. 105.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 131.

Esse caráter substitutivo da jurisdição fundamenta-se, sobretudo, no fato de o Estado ter vedado a autotutela como impostergável necessidade à sua própria sobrevivência enquanto sociedade organizada. A energética repulsa estatal à autotutela como meio ordinário de solução de demandas transferiu ao Poder Judiciário a responsabilidade de, substituindo os titulares dos interesses em conflito, dirimir, de forma imparcial e equidistante, as controvérsias suscitadas, valendo-se, para tanto, do processo e da aplicação das normas jurídicas que devem disciplinar a situação concretamente posta.

Substituídas as vontades dos interessados pela soberana vontade do Estado, exsurge outra importante característica da jurisdição: a *definitividade* ou *imutabilidade* da decisão final prolatada pelo Poder Judiciário a partir da ocorrência do fenômeno da *coisa julgada*, um dos efeitos advindos do *trânsito em julgado da sentença*.

Em homenagem ao chamado *princípio do duplo grau de jurisdição*,²⁴ via de regra há possibilidade de interposição de recursos visando ao reexame da matéria apreciada em primeira instância por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, composto por juízes mais experientes que, por mérito e/ou antigüidade, galgaram posição mais prestigiada dentro da estrutura do Poder Judiciário. Para Moacyr Amaral Santos as justificativas para tanto seriam:

“1) há sempre possibilidades das decisões ressentirem de vícios, resultantes de erro ou má fé de seu prolator, donde decorre a

²⁴ Não há previsão expressa na CF/88 do princípio do duplo grau de jurisdição. O que se verifica, na verdade, é mera previsão decorrente da existência de tribunais aos quais é conferida competência recursal para o julgamento. Destarte, pode-se dizer que o duplo grau de jurisdição não é absoluto e, por não ter sede constitucional explícita, pode ser mitigado pelo legislador infraconstitucional, à exceção dos recursos especiais e dos recursos extraordinários, cujas hipóteses de cabimento estão textualmente contidas na Lei Maior e, por isso, não admitem restrições por lei ordinária.

*possibilidade de permitir-se a sua reforma em instância superior; 2) a admissibilidade de reexame das decisões de primeiro grau por juízes de grau superior, de ordinário mais experientes, exige daqueles maior cuidado no exame e solução das lides, além de contribuir para o aprimoramento moral e cultural dos órgãos jurisdicionais; 3) é psicologicamente demonstrado que mui raramente alguém se conforma com um único julgamento que lhe seja contrário”.*²⁵

Todavia, os recursos são finitos e chegará um momento em que não será mais possível interpô-los e, encerrado o desenvolvimento legal do processo, a manifestação do órgão jurisdicional torna-se imutável, não mais sendo admissível qualquer revisão ou modificação da sentença prolatada. Nesse estágio, a decisão torna-se imodificável dentro do processo e, em se tratando de sentença de mérito, via de regra, tornam-se inimpugnáveis, também fora do processo, seus efeitos ou a declaração nela contida. No primeiro caso, faz-se *coisa julgada formal*, no segundo, *coisa julgada material*. Diz-se, em qualquer situação, que houve o *trânsito em julgado da sentença*.²⁶ Esta eficácia vinculativa plena que torna imutáveis os atos jurisdicionais e seus efeitos após a decisão final é atributo específico da jurisdição, diferenciando-a, substancialmente, da função administrativa e da função legislativa, cujos atos, quanto à sua legalidade, podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

No particular, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que “no Estado de Direito só os atos jurisdicionais

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 95.

²⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 16.

podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os atos administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: *a última palavra cabe ao Poder Judiciário*²⁷ (grifos acrescidos). De fato, a proteção à coisa julgada é tão importante que foi prevista em sede constitucional como uma garantia individual estabelecida em cláusula pétrea.²⁸

Roberto da Silva Oliveira faz distinção entre imutabilidade e definitividade enquanto características da jurisdição. A primeira, de acordo com o citado autor, consistiria na “impossibilidade de se violar aquilo que já foi definitivamente julgado pelo Judiciário”, o segundo, a seu turno, diria respeito “à inadmissibilidade da revisão por outro Poder da decisão proferida pelo juiz, após o regular término do processo”.²⁹ Firmes na doutrina majoritária, não vemos motivo prático para sustentar tal distinção.

Por ser uma forma de exercício e de manifestação da soberania do Estado é fácil perceber que, ontologicamente, a jurisdição é una e indivisível, vez que o dever estatal de administrar a justiça é uno e homogêneo, independentemente da matéria jurídica sobre a qual recai a controvérsia. As decisões resultantes do exercício da jurisdição revestem-se de imperatividade e podem ser impostas aos demandantes justamente por serem idênticos, em sua essência, o poder jurisdicional e o poder soberano estatal. Aceitar-se a existência de diversas jurisdições dentro de um mesmo Estado seria semelhante a

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 136.

²⁸ Art. 5º, XXXVI, da CF/88. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada* (grifos acrescidos).

²⁹ OLIVEIRA, Roberto da Silva, *op. cit.*, p. 40.

afirmar que num mesmo país há pluralidade de soberanias, o que, nem de longe, faria qualquer sentido.³⁰ Fala-se, portanto, em *unidade de jurisdição*, a qual abrange “todos litígios que se possam instaurar em torno de quaisquer assuntos de direito”.³¹

Se a jurisdição volta-se à resolução de conflito de interesses existente entre as partes, parece óbvio que a existência de uma *situação litigiosa concreta* é uma característica constante na atividade jurisdicional. José Frederico Marques aponta que “a atuação do judiciário supõe, assim, nos casos de exercício da função jurisdicional, a contenciosidade, ou seja, um litígio que se forma na aplicação do direito objetivo, e onde, dada a bilateralidade dos cânones jurídicos, conflitos de interesses vêm à tona como resultantes da violação da ordem jurídica”.³² Verdadeiramente, “é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado”.³³

No que diz respeito à seara criminal, é preciso ressaltar que, em nossa opinião, não há propriamente uma *lide* entre o Estado, *in casu* representado pelo Ministério Público, e o autor da conduta típica proibida, mas tão-somente uma polaridade aparentemente conflitante entre a pretensão punitiva do Poder Público (*jus puniendi*) e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* do réu, a qual deverá ser resolvida por meio da estrita observância do devido processo legal, um instrumento de salvaguarda da liberdade do cidadão em oposição a uma punição estatal arbitrária.

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 143.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, v. I, p. 38.

³² MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 7.

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 134.

Uma das missões constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público é a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, da CF/88), o que deve ser feito de maneira imparcial, visando à descoberta da verdade e, com base nesta, à correta e justa aplicação da lei em busca da condenação daquele que for comprovadamente considerado culpado. A ordem jurídica, portanto, confere ao Ministério Público não o exercício cego da acusação, impondo a todo custo o *jus puniendi* estatal, mas o dever de utilizar o processo na busca da verdade real, cabendo-lhe a defesa do *jus libertatis* de todos os cidadãos, inclusive do próprio acusado, zelando para que este, se condenado for, cumpra sua pena na forma e nos limites exclusivamente definidos pela lei, preservados seus direitos fundamentais albergados na Constituição.

O Ministério Público, então, a rigor, não figura como parte no processo penal, pois não há pretensão diretamente dirigida à condenação do acusado e conseqüente subordinação do *jus libertatis* deste àquela. Sua atuação se verifica como órgão imparcial que intervém de forma desinteressada na busca da verdade e no restabelecimento da ordem social atacada, o que faz por meio do processo e da justa condenação do efetivo culpado pela prática do fato delituoso. Dessa forma, poder-se-ia dizer que, a rigor, inexistente *lide* na seara criminal, pois não há partes e nem pretensão resistida, mas uma *controvérsia de natureza penal*, com conflito presente nas discussões entre o Ministério Público e o acusado acerca da culpabilidade ou não deste último.

Feitas as considerações acima sobre a contenciosidade que permeia o exercício da jurisdição, resta consignar que este não é uma atividade espontânea do Estado. Sua índole é essencialmente inerte e necessita de provocação do interessado para ocorrer. Assim, para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, é preciso que a atuação dos

órgãos jurisdicionais seja instigada, o que é feito, normalmente, por meio do ajuizamento da competente ação.³⁴ Neste aspecto, prevalecem as máximas *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*, consagradas, em especial no artigo 2º do Código de Processo Civil e no artigo 24 do Código de Processo Penal, que dispõem, respectivamente: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” e “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

O fato de ser a atividade jurisdicional uma *atividade provocada* está em perfeita consonância com a imparcialidade que deve nortear o Poder Judiciário na composição do conflito, pois, segundo a doutrina, “quando o próprio juiz toma iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente”.³⁵ Ademais, “o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”.³⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho vai mais além e afirma que se ao próprio juiz coubesse a provocação da tutela jurisdicional, estaria ele a pedir providências a

³⁴ A regra é a da inércia do Poder Judiciário. Ocorre, contudo, que a própria lei institui certas exceções, p. ex., a instauração, por ato do juiz, da execução trabalhista (art. 878, da CLT) e da execução penal (art. 150, LEP), e a concessão *ex officio* da ordem de *habeas corpus* no curso do processo penal quando o juiz verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, §2º, do CPP).

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 135.

³⁶ *Ibidem*, p. 134.

si mesmo, numa clara ocorrência de jurisdição sem ação, como se tem no processo do tipo inquisitório,³⁷ não acolhido por nós em sede processual.

Por fim, noticie-se o que Julio Fabbrini Mirabete indica como as *características formais indeclináveis* da jurisdição³⁸ ou, nos dizeres de Alfredo Rocco, as *formas externas* da atividade jurisdicional.³⁹ São elas: a) um *órgão adequado* (o juiz), distinto das partes e daqueles que exercem as funções estatais de legislar e administrar, gozando de posição de independência tal que lhe possibilite exercer com imparcialidade e serenidade seu ofício; b) um *contraditório regular* (*audiatur et altera pars*), que permita aos interessados defenderem seus interesses e manifestarem suas razões em um mesmo plano de igualdade, propiciando ao órgão jurisdicional decidir conforme o direito; e c) um *procedimento preestabelecido*, com formas predeterminadas que assegurem o livre desenvolvimento do direito e das faculdades das partes, bem como uma resolução justa do conflito.⁴⁰

1.3 Elementos e Princípios da Jurisdição

A decisão final prolatada pelo Poder Judiciário, a qual encerra o conflito declarando a vontade da lei para o caso concreto, é, por excelência, o ato mais eminente da função jurisdicional.⁴¹ Entretanto, antes de chegar a um veredicto, o juiz pratica uma série

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 49.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 165.

³⁹ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, 1906, p. 27, *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ *Ibidem*, mesma página, *apud* *ibidem*, mesma página; MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 165; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 56.

⁴¹ MANZINI, *Derecho procesal penal*. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires, EJEJA, 1951, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 57.

de outros atos necessários ao regular desenvolvimento do processo, os quais, coordenados, preparam a sentença ou tornam-na possível. Estes também são considerados pela doutrina como atos jurisdicionais, vez que necessários à preparação da *decisio litis*.⁴²

Diante disso, diz-se que a jurisdição compreende cinco elementos, os quais englobam os atos processuais que devem ser praticados pelo órgão jurisdicional a fim de que se chegue à composição da controvérsia. São eles:

a) a *notio* ou *cognitio* (conhecimento): refere-se, em síntese, ao poder atribuído aos órgãos jurisdicionais de conhecer uma causa, de guarnecer a regularidade processual, de esquadriñar os pressupostos de existência e de validade da relação processual, das condições de procedibilidade da ação e de reunir o material probatório.⁴³ Pressupõe uma provação externa, pois os órgãos jurisdicionais são essencialmente inertes.

b) a *vocatio* (chamamento): consiste na faculdade de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao regular andamento do processo.

c) a *coertio* ou *coercitio* (coerção): é o direito de o juiz fazer-se respeitar e determinar a aplicação de medidas coercitivas para garantir a função jurisdicional, como, p. ex., conduzir coercitivamente testemunhas, vítimas, peritos e intérpretes à presença do juízo, decretar prisão preventiva, ordenar o seqüestro de bens adquiridos com os proventos do crime e tornar efetivos seus pronunciamentos.

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 57; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 23; MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 165; dentre outros.

⁴³ *Ibidem*, mesma página.

d) a *judicium* (julgamento): é a síntese final da jurisdição que corresponde ao direito de julgar, de encerrar a contenda declarando a vontade da lei no caso concreto.

e) a *executio* (execução): consiste no cumprimento da sentença prolatada, o que, no âmbito do direito penal, normalmente ocorre de forma automática. Para Fernando da Costa Tourinho Filho representa o “direito de, em nome do poder soberano, tornar obrigatória ou cumprida a decisão ou sentença”.⁴⁴ Afirma ainda o citado jurista que a discussão doutrinária que põe em dúvida o caráter jurisdicional da execução não merece acolhida, vez que o artigo 65 da Lei de Execução Penal textualmente apregoa que “a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.⁴⁵

Explicitados os elementos que classificam os atos processuais praticados pelo órgão jurisdicional na busca da decisão estatal que porá fim ao conflito levado a sua apreciação, importa salientar que a aplicação do direito objetivo deve ser norteadada por princípios fundamentais que são inerentes à jurisdição. Dentre os mais importantes, apontamos os que se seguem.

1.3.1 Princípio do Devido Processo Legal (due process of law)

O processo é o instrumento pelo qual a prestação jurisdicional é exercida pelo Estado-Juiz, seguindo os imperativos da ordem jurídica que, sinteticamente, envolvem as garantias da ampla defesa e do contraditório, sendo estes corolários do *princípio do devido processo legal*.

⁴⁴ Ibidem, mesma página.

⁴⁵ Ibidem, mesma página.

O Estado tem o dever de proporcionar a todo acusado condições para o pleno exercício de seu direito de defesa, possibilitando-o trazer ao processo os elementos que julgar necessários ao esclarecimento da verdade. Esta defesa há de ser completa, abrangendo não apenas a defesa pessoal (autodefesa) e a defesa técnica (efetuada por profissional detentor do *ius postulandi*), mas também a facilitação do acesso à justiça, por exemplo, mediante a prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. A garantia da *ampla defesa* é o cerne ao redor do qual se desenvolve o processo penal. Não se trata de mero direito, mas de uma dupla garantia: do acusado e do justo processo. É uma condição legitimante da própria jurisdição.

O *princípio do contraditório*, por sua vez, é uma garantia fundamental da justiça, consubstanciada no brocardo romano *audiatur et altera pars*. A Carta Política de 1988 consagrou, em seu art. 5º, inciso LV, que “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”. No processo penal, diferentemente do que ocorre no âmbito civil, a efetiva contrariedade à acusação é imperativa para o atingimento dos escopos jurisdicionais, objetivo só possível com a absoluta paridade de armas conferida aos envolvidos. O réu, pelo princípio do contraditório, tem o direito de conhecer a acusação a ele imputada e de contrariá-la, evitando que venha a ser condenado sem ser ouvido. Trata-se da exteriorização da ampla defesa, impondo uma condução dialética do processo, pois “a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou

de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”.⁴⁶

Historicamente, a garantia do devido processo legal foi esboçada como *law of the land*, prevista no art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215, por João Sem-Terra. Com o passar do tempo, o instituto passou a ser chamado de *due process of law* e sedimentou-se como garantia na Constituição dos Estados Unidos da América (Emendas V e XIV). Posteriormente, as constituições europeias – italiana, portuguesa, espanhola, alemã, belga – integraram o devido processo legal no rol de suas garantias.⁴⁷

Salienta Antonio Scarance Fernandes que, num primeiro momento, tinha-se uma visão individualista do devido processo legal, concebido como uma forma de resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Contudo, tal pensamento sucumbiu à ótica publicista que considera as regras do cogitado princípio garantias - e não direitos - das partes e do próprio processo como justo instrumento de prestação jurisdicional.⁴⁸

A Constituição Federal consagrou explicitamente o princípio do *due process of law*, bem como o cânon do *nulla poena sine iudicio*, dispondo, em cláusulas pétreas, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, “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” e

⁴⁶ BALDAN, Édson Luís. **Direitos fundamentais na constituição federal**: estado democrático de direito e os fins do processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado temático de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 132.

⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 42-43.

⁴⁸ Ibidem, p. 43.

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, incisos LIV, LIII, LV, LVII, respectivamente), entre outras.

O princípio do devido processo legal é tão intenso e congênito aos direitos e garantias individuais que o Estado não pode infligir qualquer sanção penal a quem quer que seja sem valer-se da via jurisdicional, mesmo que o próprio autor do ilícito penal, espontaneamente, deseje submeter-se à pena.⁴⁹

1.3.2 Princípio do Juiz Natural ou do Juiz Constitucional

Assegura expressamente a Constituição Federal que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e ainda que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, incisos LIII, XXXVII e XXXV, respectivamente). Buscam os citados dispositivos constitucionais garantir ao cidadão o direito de não ser subtraído de seu *juiz natural*, ou seja, de ser processado e julgado perante um órgão jurisdicional cuja competência absoluta fora previa e abstratamente fixada pela Constituição Federal, de forma explícita ou implícita.

O *princípio do juiz natural* ou *juiz constitucional*, também chamado de *princípio do juiz competente*, no direito espanhol, e *princípio do juiz legal*, no direito alemão, originou-se, historicamente, no ordenamento anglo-saxão, desdobrando-se, a

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 69.

posteriori, nos constitucionalismos norte-americano e francês. Entre nós, o referido princípio inseriu-se deste o início das Constituições.⁵⁰

Sob o prisma da Carta Política de 1988, Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que o princípio do juiz natural pretende impedir que pessoas estranhas ao organismo judiciário exerçam funções que lhe são específicas - salvo, naturalmente, quando a própria Constituição Federal autoriza⁵¹ - e proscrever os tribunais ou juízes de exceção, assim considerados aqueles criados *post factum*, independentemente de serem ou não compostos por membros do Poder Judiciário, seja para o julgamento de um caso isolado, seja para diversos casos particulares individualmente determinados.⁵²

Antonio Scarance Fernandes afirma que a dúplice garantia assegurada pelo cogitado princípio desdobra-se em três regras de proteção: “a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal; b) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 46-48.

⁵¹ É o que ocorre, p. ex., com a competência privativa do Senado Federal de processar e julgar o Presidente, o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, conforme expressamente previsto nos incisos I e II do art. 52 da CF/88.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 62-63.

quer que seja”.⁵³ Diante de tais regras, não é admitida a escolha de magistrado para julgar este ou aquele caso, nem sua exclusão ou afastamento sem o devido amparo legal.⁵⁴

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho defendem que com a garantia do juiz natural assegura-se a imparcialidade do órgão jurisdicional, não como atributo do juiz, mas como pressuposto de existência da própria atividade jurisdicional. Por isso, afirmam que sem o juiz natural não há jurisdição, pois a relação jurídica não pode nascer.⁵⁵ Assim, nenhum órgão, por mais importante que seja, se não tiver o poder de julgar assentado na Constituição Federal não poderá exercer validamente a jurisdição, o que se revela a mais alta expressão dos princípios fundamentais da administração da justiça.⁵⁶

Ressalte-se que além de o julgamento da causa ser de incumbência do juiz natural, é mister que perante este também seja instaurado e desenvolvido o processo, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios realizados por juiz constitucionalmente incompetente. Neste diapasão, os arts. 108, §1º, e 567 do Código de Processo Penal devem ser relidos a fim de se adequarem à garantia do juiz natural, restringindo-se sua aplicação apenas aos casos de incompetência infraconstitucional. Em se tratando de juiz constitucionalmente incompetente, não pode haver aproveitamento de qualquer ato, decisório ou não, uma vez que o art. 5º, inciso LIII, da Lei Maior refere-se à

⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴ É bem verdade que há casos especialíssimos de deslocação da competência, como no caso previsto no art. 424 do Código de Processo Penal (desaforamento no procedimento do tribunal do júri), entretanto, entende-se que, por estarem determinados pelo interesse público e da própria justiça, não ferem o princípio do juiz natural, pois o intuito é a busca do julgamento justo.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *op. cit.*, p. 46.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 62.

garantia de que “ninguém será *processado* nem *sentenciado* senão pela autoridade competente” (grifos acrescidos).

De igual forma, também carece de releitura o art. 564, I, do Código de Processo Penal, onde se preceitua ser caso de nulidade os atos praticados por juiz incompetente. Como já mencionado, a garantia do juiz natural é um pressuposto de existência da atividade jurisdicional. Sob este prisma, os atos praticados por juiz constitucionalmente incompetente são inexistentes e não nulos. Em decorrência disso, o processo e eventual sentença prolatada são juridicamente inexistentes.

Questão interessante é saber se o réu, submetido a julgamento por juiz constitucionalmente incompetente, estaria sujeito a nova persecução penal sobre os mesmos fatos, uma vez considerando-se que a sentença prolatada seria inexistente e, como tal, não estaria tecnicamente suscetível à formação da coisa julgada. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho entendem que “o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*, fazendo prevalecer o dogma do *ne bis in idem*, impedindo nova persecução penal a respeito do fato em tela”.⁵⁷ Esclarecem os referidos autores que, não obstante a sentença juridicamente inexistente não poder transitar em julgado e o princípio do *ne bis in idem* estar tecnicamente ligado ao fenômeno da coisa julgada, no terreno da persecução penal estão em jogo valores preciosos do indivíduo, como sua vida, sua liberdade, sua dignidade, e que, nesse particular, o *ne bis in idem* assume dimensão autônoma, impedindo nova persecução penal do réu pelos mesmos fatos já julgados. De

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *op. cit.*, p. 51-52.

fato, há de se consignar que a garantia do juiz natural é erigida em favor do réu e não em detrimento aos seus direitos.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco salientam a necessidade de se distinguir tribunais de exceção de *justiças especiais*, como a Militar, a Eleitoral e a Trabalhista, lembrando que estas são instituídas pela Lei Maior, com anterioridade à prática dos fatos a serem por elas apreciados e para o julgamento de casos indeterminados, não constituindo, portanto, ofensa ao princípio do juiz natural.⁵⁸ De igual forma, não é proscrita pelo princípio em estudo a criação de justiça ou vara especializada, pois, nestes casos, não há criação, mas simples atribuição de órgãos já inseridos na estrutura judiciária, fixada na Constituição Federal, para julgamento de matérias específicas, objetivando a melhoria na aplicação da norma substancial. Incluem-se na proibição dos tribunais de exceção os foros privilegiados, criados como favor pessoal, excluindo-se as hipóteses de competência por prerrogativa de função, onde é levada em conta a função exercida pelo réu e não a sua pessoa, inexistindo, neste caso, favorecimento ou discriminação.⁵⁹

1.3.3 Princípio da Investidura

O Estado, como pessoa jurídica de direito público, necessita de pessoas físicas para o exercício da função jurisdicional. Para que essas pessoas possam exercer a jurisdição, é preciso que estejam regularmente investidas no poder de julgar, como

⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 140.

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 163-164.

integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário,⁶⁰ e em pleno exercício de suas funções,⁶¹ de acordo com o que prescreve a lei. A pessoa não investida na autoridade de juiz não poderá desfrutar do poder de julgar. Conseqüentemente, estará impossibilitada de validamente desempenhar a função jurisdicional, sob pena de, se assim o fizer, serem declarados inexistentes os atos que praticar,⁶² sem prejuízo de o pseudojuiz responder criminalmente pelo delito de usurpação de função pública, previsto no artigo 328 do Código Penal.⁶³

1.3.4 Princípio da Indeclinabilidade

Apregoa o *princípio da indeclinabilidade*, também chamado pela doutrina de *princípio da inafastabilidade* ou *do controle jurisdicional*,⁶⁴ que o juiz não pode subtrair-se da função jurisdicional, sendo que deverá proferir decisão mesmo havendo lacuna ou obscuridade na lei.⁶⁵ Não é outro o entendimento do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da indeclinabilidade ao dispor que nem mesmo a lei poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

⁶⁰ Art. 92, da CF/88. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

⁶¹ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco salientam que o juiz que já se aposentou não é mais juiz, razão pela qual não pode exercer a jurisdição, devendo passar os autos ao sucessor, consoante prescreve textualmente o art. 132 do Código de Processo Civil (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 137).

⁶² MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 33.

⁶³ Art. 328, do CP. Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único. Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

⁶⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ A esse respeito, os arts. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 126, do Código de Processo Civil, são claros ao determinarem, respectivamente, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

direito. Aduz Fernando da Costa Tourinho Filho que “se a lei não pode impedir que o Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o Juiz abster-se de apreciá-la, quando invocado”.⁶⁶

Desta forma, a Lei Maior garantiu o acesso à justiça a todos aqueles que tiverem seu direito violado ou ameaçado, não sendo possível o Estado-Juiz eximir-se de prover a tutela jurisdicional àqueles que legitimamente o provocarem para tanto. Trata-se de uma obrigação dos órgãos constitucionalmente investidos no poder de jurisdição e não de mera faculdade, pois o juiz exerce a função jurisdicional como representante do Estado, que lhe incumbiu de distribuir a justiça.⁶⁷

1.3.5 Princípio da Improrrogabilidade ou da Aderência ao Território

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e José Frederico Marques, o *princípio da improrrogabilidade* decorre do princípio anterior e tem como escopo vedar ao juiz o exercício da função jurisdicional fora dos limites delineados pela lei.⁶⁸ Fernando da Costa Tourinho Filho, discorrendo sobre a impossibilidade de um juiz invadir a jurisdição de outro, esclarece que “não é lícito, mesmo mediante acordo dos interessados, submeter uma causa à apreciação de autoridade que não tenha, para isto, jurisdição e competência próprias”.⁶⁹ Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 59.

⁶⁷ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 61.

*“No princípio da aderência ao território manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. Além disso, como os juízes são muitos no mesmo país, distribuídos em comarcas (Justiças Estaduais) ou seções judiciárias (Justiça Federal), também se infere daí que cada juiz só exerce a sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição. O princípio de que tratamos é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à autoridade dos juízes”.*⁷⁰

O princípio da improrrogabilidade admite exceções que, a rigor, referem-se à prorrogação de competência e não de jurisdição. É o que ocorre, p. ex., nos casos de conexão ou continência (arts. 76 a 83, do CPP), de desclassificação para infração da competência de outro juízo (art. 74, §2º, *in fine*, do CPP), de oposição e admissão da exceção da verdade nas hipóteses em que há competência por prerrogativa de função (art. 85, do CPP), no caso de desaforamento (art. 424, do CPP) e, tratando-se de ação penal exclusivamente privada, quando o querelante preferir o processamento no foro de domicílio ou da residência do réu (art. 73, do CPP).

⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 138.

1.3.6 Princípio da Indelegabilidade

Aponta Julio Fabbrini Mirabete que o princípio da indelegabilidade decorre do princípio da indeclinabilidade.⁷¹ A jurisdição tanto é indeclinável quanto indelegável, pois, conforme José Frederico Marques, trata-se “do exercício de uma função pública que ao juiz é conferida pela soberania nacional, de forma que uma segunda delegação infringiria a regra de que *delegatus iudex non potest subdelegare*”.⁷² De fato, se não fosse assim, poderia haver violação, por via oblíqua, do princípio da inafastabilidade e da garantia constitucionalmente assegurada do juiz natural.

É importante notar, entretanto, que o princípio da indelegabilidade não é absoluto, posto que, por não possuir expresso assento constitucional, admite exceções legalmente amparadas. É o caso, p. ex., da possibilidade de delegação nas hipóteses de execução forçada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *m*, da CF/88) e das chamadas *cartas de ordem* (arts. 201 e 492, do CPC, 9º, §1º, da Lei nº 8.038/90, e regimentos internos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça).

Julio Fabbrini Mirabete entende que as cartas precatórias e as rogatórias também constituem-se exceções, legal e taxativamente previstas, ao princípio da indeclinabilidade.⁷³ Com o devido acatamento, discordamos de tal entendimento, preferindo acompanhar a doutrina que defende a inexistência de delegação na prática dos atos processuais inerentes às sobreditas cartas, tendo em vista que o juiz não pode delegar

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164.

⁷² MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 33.

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164.

um poder que ele mesmo não tem, por ser incompetente.⁷⁴ Há mera cooperação – e não delegação – entre o juiz deprecante e o deprecado, onde aquele, impedido de praticar atos processuais fora de sua comarca por força da limitação territorial de poderes (princípio da aderência ao território), solicita a este que pratique os atos necessários, exercendo, destarte, sua própria competência nos limites da comarca onde atua.

1.3.7 Princípio da Inércia ou da Titularidade

A índole inerte dos órgãos jurisdicionais é uma de suas características mais importantes, sem a qual a própria existência da jurisdição estaria comprometida, vez que a aplicação da lei ao caso concreto deve se dar de forma desinteressada e imparcial, sob pena de não se atingir os objetivos de pacificação social pretendidos. Juristas, como, p. ex., Julio Fabbrini Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho,⁷⁵ preferem atribuir à inércia da jurisdição um *status* de princípio. Seja como característica, seja como princípio, o que deve ser apreendida é a idéia de que, visando a resguardar sua imparcialidade na solução do conflito, o Estado somente deve intervir quando legitimamente provocado por meio da ação.

1.3.8 Princípio da Correlação

Estabelece o *princípio da correlação*, também chamado de *princípio da relatividade* ou *da congruência da condenação com a imputação*, que há necessidade imperiosa da correspondência entre a condenação e a imputação, ou seja, o fato descrito na

⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 139; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 60-61; PEREIRA, Estevam Augusto Santos, *op. cit.*, p. 107; OLIVEIRA, Roberto da Silva, *op. cit.*, p. 41; entre outros.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164, e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 58-59, respectivamente.

peça inaugural de um processo – queixa ou denúncia, na seara penal – deve guardar estrita relação com o fato constante na sentença pelo qual o réu é condenado. Este princípio representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, pois assegura ao réu a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de, previa e pormenorizadamente, ter ciência dos fatos criminosos que lhe são imputados e, assim, defender-se amplamente da acusação.

Assevera Fernando da Costa Tourinho Filho que:

*“Iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da res in judicio deducta, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções deduzidas pelo réu. [...] isto é, o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado”.*⁷⁶

Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, apregoa que “não pode haver julgamento *extra ou ultra petita* (*ne procedat judex ultra petitem et extra petitem*). A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido em que o órgão da acusação deduz a

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 50.

pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional”.⁷⁷

Não obstante estar o juiz adstrito ao requisitório da acusação, não podendo sua sentença afastar-se dos fatos constantes na peça acusatória inicial, cumpre observar a vigência, no processo penal, do também princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*), onde resta consubstanciado que cabe ao juiz conhecer e cuidar do direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*). Nesta senda, o artigo 383 do Código de Processo Penal prevê o instituto da *emendatio libelli*, segundo o qual, “o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. Considerando que a adequação feita pelo Promotor ou querelante é meramente provisória e que os fatos narrados implícita ou explicitamente na peça acusatória são os mesmos analisados e julgados pelo juiz, não há ofensa ao princípio da correlação, pois o que ocorre é simples corrigenda da classificação contida na peça inaugural. Por não ter havido alteração do fato a respeito do qual foi exercido o direito de defesa, pode o juiz alterar a tipificação apresentada pela acusação e até mesmo condenar com pena mais grave, sem que haja necessidade de qualquer providência prévia, haja vista que o réu não se defende da capitulação dada ao crime pelo Ministério Público ou pelo ofendido, ou seu representante legal, na denúncia ou na queixa, respectivamente, mas da descrição fática nela constante, ou seja, dos fatos nela narrados.⁷⁸

⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁸ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa e não da classificação jurídica feita pelo MP, ou querelante” (*Habeas Corpus* 61.617-8-SP, julgado em 04.05.1984) e “o réu se defende do crime descrito na denúncia e não da capitulação nela constante” (*Habeas Corpus* 63.587-3-RS, julgado em 14.02.1986; RT 461/306 e 507/525).

Situação diversa ocorre, entretanto, nas hipóteses de *mutatio libelli* dispostas no *caput* e parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal, onde, durante o processo, surgem fatos e/ou circunstâncias elementares não contidos, expressa ou implicitamente, na peça acusatória. Assim sendo, a sentença não pode ser proferida de imediato, sob pena de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A fim de proferir sentença válida, atendendo aos princípios norteadores do processo penal, deverá o juiz adotar uma das seguintes providências: se os novos fatos e/ou circunstâncias puderem ensejar a aplicação de pena idêntica ou menos grave à que seria imposta pela capitulação inicial, os autos serão baixados à defesa para que, no prazo de 08 (oito) dias, se manifeste e, se o desejar, produza provas, podendo ser ouvidas até 03 (três) testemunhas (art. 384, *caput*, do CPP); se os novos fatos e/ou circunstâncias importarem em pena mais grave, o juiz baixará os autos à acusação para que adite a denúncia ou a queixa, abrindo-se um prazo de 03 (três) dias à defesa para que, querendo, ofereça provas e arrole até 03 (três) testemunhas.⁷⁹

1.3.9 Princípio da Unidade e da Identidade

Defendidas por Julio Fabbrini Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho como princípio,⁸⁰ a unidade e a identidade da jurisdição remetem-nos ao caráter uno e indivisível do poder-dever estatal de administrar a justiça. Uma vez mais, a exemplo do que ocorreu com o princípio da inércia, o que alguns autores chamam de princípio, estudamos como uma das características da jurisdição que advém do poder soberano estatal

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *op. cit.*, p. 222-229.

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 164; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 67-68.

em dizer o direito no caso concreto, lembrando que a distinção entre jurisdições feita pela doutrina é meramente didática.

1.3.10 Princípio da Inevitabilidade ou da Irrecusabilidade

O princípio da inevitabilidade é consequência direta do caráter substitutivo e da unidade e homogeneidade da jurisdição enquanto manifestação do poder soberano do Estado. Independentemente da vontade dos demandantes, estes devem se sujeitar à decisão final prolatada pelo órgão jurisdicional, não lhes sendo possível esquivar-se da vontade da lei declarada pelo juiz. Nos dizeres de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

*“O princípio da inevitabilidade significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; a situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de se evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal”.*⁸¹

1.4 Classificações da Jurisdição

Sob a égide do princípio da unidade da jurisdição, é acertada a manifestação de Cândido Rangel Dinamarco ao assegurar que “sendo *una* como expressão

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 139.

do poder estatal, que é também uno e não comporta divisões, a rigor a jurisdição não seria suscetível de classificação em espécies”.⁸² Entretanto, as conhecidas classificações apresentadas pela doutrina se justificam “pela utilidade didática de que são portadoras e por serem elementos úteis para o entendimento de uma série de problemas processuais, como competência, graus de jurisdição, poderes decisórios mais amplos do juiz em certos casos, etc.”.⁸³

Convém ressaltar algumas divisões apresentadas pela doutrina. São elas:

1.4.1 Jurisdição Inferior ou Superior

Decorre da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do princípio do *duplo grau de jurisdição*. Chama-se de *jurisdição inferior* ou de *primeira instância* aquela exercida pelos magistrados – denominados *órgãos jurisdicionais de primeiro grau* – que primeiramente conheceram do processo e nele atuaram, exarando a primeira sentença acerca da demanda. Por *jurisdição superior* ou de *segunda instância*, designa-se aquela exercida pelos *órgãos jurisdicionais de segundo grau* aos quais cabem julgar os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau. Não há, frise-se, qualquer subordinação entre os juízes de primeira instância e os de segunda. Os magistrados, imbuídos do exercício da função jurisdicional, seja de primeiro, seja de segundo grau, são independentes, submetidos unicamente ao império da lei.⁸⁴

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 122.

⁸³ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 71.

Salvante os casos de competência originária, as Turmas Recursais, os Tribunais de Justiça Estaduais, os Tribunais Regionais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho) e os Tribunais Superiores (Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) são, por excelência, aqueles que integram a segunda instância da jurisdição, cabendo aos juízes singulares (estaduais, federais, eleitorais, trabalhistas, militares, e dos juizados especiais) o exercício do primeiro grau de jurisdição.

1.4.2 Jurisdição Penal ou Civil

Relevando-se a natureza da causa posta em julgamento ou, como prefere José Frederico Marques, o “objeto material sobre o qual opera a *jurisdictio*”,⁸⁵ a jurisdição pode ser *penal* ou *civil (extrapenal)*. A primeira versa sobre controvérsias de fundo penal, ou seja, o direito objetivo material a ser aplicado no caso concreto será aquele previsto nos diplomas legais que tipificam as infrações penais. A segunda, por exclusão, abrangeria toda matéria de natureza não-penal, incluindo questões de cunho administrativo, comercial, tributário, civil, agrário, dentre outras pertencentes aos diversos ramos do direito que não o penal.

Salienta José Frederico Marques que não há diferença funcional entre a jurisdição civil e a penal, uma vez que a origem e o fim de ambas são os mesmos: solucionar conflitos de direitos subjetivos, atuando a vontade da norma legal objetiva.⁸⁶

⁸⁵ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 10-11.

Relembrem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que:

*“A distribuição dos processos segundo esse e outros critérios atende apenas a uma conveniência de trabalho, pois na realidade não é possível isolar-se completamente uma relação jurídica de outra, um conflito interindividual de outro, com a certeza de que nunca haverá pontos de contato entre eles. Basta lembrar que o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil, sendo diferente apenas na sanção que os caracteriza; a ilicitude penal é, ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as conseqüências da violação de dados valores, que o Estado faz especial empenho em preservar”.*⁸⁷

Se por um lado somente os órgãos jurisdicionais que integram a Justiça do Trabalho (Juízes do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho) não exercem a jurisdição penal, por outro, a jurisdição civil, em sentido amplo, não é contemplada apenas pela Justiça Militar e seus órgãos (Juízes Militares, Tribunais Militares e Superior Tribunal Militar).

1.4.3 Jurisdição Federal ou Estadual

Distingue-se, didaticamente, a jurisdição em *federal* ou *estadual* conforme os magistrados sejam nomeados e remunerados pela União (Justiça Federal, Juizado Especial Federal, Turmas Recursais Federais, Tribunais Regionais, Tribunal

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 143.

Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) ou pelo Estado (Juizados Especiais Estaduais, Turmas Recursais Estaduais, Juízes de Direito, Tribunais de Justiça), respectivamente.⁸⁸ Justificar-se-ia igualmente esta classificação na medida em que a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo órgão jurisdicional deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência deste.⁸⁹ A jurisdição federal seria exercida pelos juízes federais, firmada a competência pela presença da União, suas autarquias, empresas públicas ou fundações, como autoras, rés ou intervenientes e, ainda, dependendo do caso, pela natureza da causa (art. 109, *caput* e incisos, da CF/88). A estadual, por sua vez, seria exercida, residualmente, pelos magistrados estaduais.

Todavia, o Poder Judiciário – tal qual a jurisdição – é uno, o que faz com que sua natureza não seja nem federal nem estadual, mas nacional. De fato, é único o poder, porém exercido por vários órgãos jurisdicionais estatais, os quais, estes sim, classificam-se em federais ou estaduais.⁹⁰ Nesse sentido, João Mendes, citado por Athos Gusmão Carneiro, afirma que o Poder Judiciário é “eminentemente nacional, quer se manifestando na jurisdição federal, quer se manifestando nas jurisdições estaduais, quer se aplicando ao cível, quer se aplicando ao crime, quer decidindo em inferior, quer em superior instância”.⁹¹

⁸⁸ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 158.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁹¹ MENDES, João. **Direito judiciário**, p. 29, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 29.

1.4.4 Jurisdição Contenciosa ou Voluntária

O artigo 1º do Código de Processo Civil estabelece o que seriam duas formas diversas para a jurisdição civil: a *contenciosa* e a *voluntária*.⁹² A primeira é considerada a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação social a partir da resolução de interesses conflitantes regidos por normas jurídicas. Já a segunda, também chamada *graciosa* ou *administrativa*, tem sido entendida pela doutrina como uma atividade tipicamente administrativa realizada por órgãos do poder público em matérias de interesses privados, uma vez que: a) inexistente contenciosidade na demanda, mas solicitação de um negócio, ato ou providência jurídica de comum interesse aos requerentes;⁹³ b) não há o caráter substitutivo, pois a intervenção estatal sobrevém para a consecução dos objetivos desejados pelos interessados sem exclusão das atividades destas; c) não há coisa julgada material na decisão proferida em sede de jurisdição voluntária (art. 1.111, do CPC), pois o fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais; d) o rito é procedimental administrativo⁹⁴ e não processual, pois este sugere o exercício da função jurisdicional contenciosa; e) em sua decisão, o juiz não é obrigado a observar a legalidade estrita, podendo ater-se a critérios de conveniência e oportunidade (art. 1.109, do CPC).

⁹² Art. 1º, do CPC. A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

⁹³ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco lembram que eventualmente poderá haver uma controvérsia entre os interessados na jurisdição voluntária e citam como exemplo um procedimento de interdição onde pode sobrevir um dissenso de opinião entre o interditando e o requerente. Nesse caso, deverá o juiz observar o princípio do contraditório, tal qual o faria nos processos de jurisdição contenciosa (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 155).

⁹⁴ O próprio Código de Processo Civil prevê o rito procedimental em seu título II ao estabelecer, nos arts. de 1.103 a 1.210, os “Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária”.

Frise-se, por oportuno, a impropriedade técnica do legislador ao utilizar o termo “voluntária” para a jurisdição em comento, haja vista a disposição expressa do artigo 1.104 do Código de Processo Civil de que “o procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial”, prestigiando, portanto, também na jurisdição voluntária, o princípio da inércia.

De acordo com Athos Gusmão Carneiro, a *administração pública de interesses privados*, materializada na jurisdição voluntária, pode ser levada a termo por órgãos estatais alheios ao Poder Judiciário (p. ex., as juntas comerciais, quando do arquivamento dos atos constitutivos de sociedades mercantis), por órgãos sob o controle e fiscalização do Poder Judiciário (p. ex., os tabelionatos, ao lavrarem escrituras públicas) e por magistrados (p. ex., homologação de separação consensual; nomeação, remoção e dispensa de tutores e curadores, extinção de usufruto e fideicomisso).⁹⁵ Neste último caso, aduz o citado autor⁹⁶ que o juiz, ao exercer a jurisdição voluntária, pratica atos subjetivamente judiciais, posto que realizados por magistrado, porém substancialmente administrativos, pois o direito objetivo não é aplicado visando a dirimir um conflito de interesses, mas tão-somente com o propósito de intervir na integração da capacidade jurídica, no *status* jurídico das pessoas ou em negócios jurídicos privados cuja importância

⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 44-45.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 45, 47-48.

transcende os limites dos interesses privados dos envolvidos, repercutindo na própria coletividade.⁹⁷

Sobre o tema, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explicam que se trata de “manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos – limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada”.⁹⁸ A seu turno, Athos Gusmão Carneiro esclarece que a repercussão social não seria a única razão que justificaria a intervenção estatal na administração de interesses particulares, acrescentando àquela motivos de tradição (dos tempos em que não havia nítida distinção entre as atividades jurisdicionais e administrativas, pois o princípio da separação dos poderes não era ainda reconhecido) e de conveniência em confiar certos atos à imparcialidade e à experiência jurídica dos magistrados, a fim, até mesmo, de se evitar futuros conflitos de interesse.⁹⁹

1.4.5 Jurisdição Comum ou Especial

Os vários organismos judiciários foram instituídos pela Carta Política de 1988 como unidades administrativas autônomas, designadas ao exercício jurisdicional nos limites constitucionalmente estabelecidos de sua competência. Ciente da infundável

⁹⁷ Registre-se, por oportuno, a nota de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco no sentido do surgimento de vozes que defendem a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, sustentando, para tanto, que esta: a) é prevista no art. 1º do Código de Processo Civil como uma espécie de jurisdição; b) visa também à pacificação social mediante eliminação de situações incertas; c) submete-se a um rito processual, pois há petição inicial, citação dos demandados, resposta destes, princípio do contraditório, produção de provas, sentença e apelação (arts. 1.104, 1.105, 1.107, 1.110, do CPC); d) não poderia perder seu caráter jurisdicional pelo mero fato de inexistirem partes (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 156). *Data maxima venia*, discordamos deste entendimento pelos motivos e fundamentos expostos no corpo do trabalho.

⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 153.

⁹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 46.

variedade e complexidade dos conflitos sociais, o legislador constituinte optou pela especialização de alguns órgãos do Poder Judiciário, atribuindo-lhes competência para causas de determinada natureza e conteúdo jurídico-substancial. Surgem, daí, as *jurisdições especiais* ou *extraordinárias*, exercidas por órgãos da Justiça do Trabalho (Juízes do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral), da Justiça Eleitoral (Juízes Eleitorais, Juntas Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral) e da Justiça Militar (Juízes Militares, Tribunais Militares e Superior Tribunal Militar), especializados em ramos peculiares do direito material.

Em síntese, à Justiça do Trabalho cabe o processamento e o julgamento das ações oriundas da relação de trabalho e dos dissídios, em geral, entre empregados e empregadores, na forma do disposto no artigo 114 da Constituição Federal de 1988. À Justiça Eleitoral compete processar e julgar questões pertinentes ao *jus suffragii* e eleições políticas no geral.¹⁰⁰ Por fim, à Justiça Militar incumbiu-se a apreciação de causas penais fundadas no direito penal militar e na Lei de Segurança Nacional.¹⁰¹

Por exclusão, a denominada *jurisdição comum* ou *ordinária* é exercida por órgãos da Justiça Federal (Juízes Federais, Juizados Especiais Federais, Turmas Recursais Federais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e da Justiça Estadual (Juízes de Direito, Juizados Especiais Estaduais, Turmas Recursais Estaduais e Tribunais de Justiça) que têm competência para conhecer

¹⁰⁰ O art. 121 da CF/88 prevê que a disposição sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais deverá ser firmada por Lei Complementar. Como tal lei ainda não fora editada, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 1965) ainda está a definir algumas dessas competências.

¹⁰¹ Dispõe o art. 124, *caput* e parágrafo único, da CF/88 que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei e que a esta cabe dispor sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. Atualmente, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 1969) é a legislação que alicerça significativa parte do direito castrense.

quaisquer matérias que não as contidas nas competências especialmente reservadas às chamadas Justiças Especiais (Trabalhista, Eleitoral e Militar) pela Constituição Federal.

Tendo em vista que a jurisdição ordinária é aquela que se refere a uma generalidade de interesses e que a especial tem sua competência limitada pela CF/88, poder-se-ia, a rigor, considerar a Justiça Federal como especial, vez que as matérias que são de sua alçada estão taxativamente elencadas no art. 109 da Constituição Cidadã. Todavia, a doutrina majoritária inclina-se no sentido de se considerar a Justiça Federal como ordinária em virtude da considerável amplitude e variedade de causas afetas à sua competência. Assim, tem-se que a Justiça Federal é comum em relação às demais Justiças mantidas pela União (Trabalhista, Eleitoral, Militar), mas especial em relação à Justiça Estadual.¹⁰²

1.4.6 Jurisdição de Direito ou de Equidade

O artigo 127 do Código de Processo Civil admite a possibilidade de, excepcionalmente, nos casos previstos em lei, o magistrado decidir por equidade, sem as rígidas limitações impostas pela regulamentação legal.¹⁰³ É neste contexto que a doutrina indica que a jurisdição pode ser de *direito*, quando exercida em fiel conformidade com a norma geral e abstrata prevista no ordenamento jurídico, ou, de *equidade*, quando “o

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 73.

¹⁰³ Define-se *equidade* como sendo “o respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções” (EQÜIDADE. *In*: HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, v. 1.0, 1 CD-ROM)

legislador renuncia a traçar desde logo na lei a exata disciplina de determinados institutos, deixando folga para a individualização da norma através dos órgãos judiciários”.¹⁰⁴

Um exemplo típico de exercício de jurisdição de equidade pode ser verificada na Lei de Arbitragem (Lei n° 9.307, de 1996), a qual, em seus artigos 2° e 11, inc. II, faculta às partes a escolha do julgamento por critérios estritamente legais ou de equidade.¹⁰⁵ De igual forma, a arbitragem prevista na Lei dos Juizados Especiais (Lei n° 9.099/95) oferece ao árbitro a possibilidade de decidir por equidade, independentemente da vontade das partes.¹⁰⁶

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que no processo penal (art. 59, do CP) e nos feitos de jurisdição voluntária (art. 1.109, do CPC), a regra geral é a da equidade.¹⁰⁷

1.4.7 Jurisdição Plena ou Limitada e Jurisdição Exclusiva ou Cumulativa

Julio Fabbrini Mirabete aponta que a jurisdição pode ser *plena*, quando, segundo as leis de organização judiciária que disciplinam os órgãos julgadores, o juiz tiver competência para decidir todos os casos; ou *limitada*, quando, a exemplo do que ocorre nas

¹⁰⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁵ Arts. 2°, *caput* e §1°, e 11, II, da Lei de Arbitragem. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1° Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. [...] Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...] a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes.

¹⁰⁶ Arts. 24 e 25, da Lei n° 9.099/95. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. [...] O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5° e 6° desta Lei, podendo decidir por equidade.

¹⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 148.

grandes cidades onde há diversas varas especializadas, a competência do magistrado for restrita a determinadas causas. Alega ainda o autor que a jurisdição poderá ser classificada em *exclusiva*, se o órgão jurisdicional tiver competência apenas para atuar em determinados tipos de crimes ou em fases específicas do processo, como, p. ex., o Tribunal do Júri;¹⁰⁸ ou *cumulativa*, quando não houver essa delimitação.¹⁰⁹

1.5 A Jurisdição Penal e o Estado Democrático de Direito

Estabelecida como imperiosa necessidade jurídica a fim de se impedir que a prática descomedida da autodefesa impingisse a desarmonia e a desordem social extremas, a jurisdição revela sua maior importância quando da apreciação de causas de natureza criminal, pois o ilícito penal desponta como um acirramento de uma ilicitude civil anterior cujos valores são caros à sociedade e, em razão disso, o Estado empenha-se com mais zelo em preservá-los, punindo a conduta delituosa com maior severidade. Evidencia-se, a toda prova, o poder-dever exclusivo do Estado em punir o comprovado autor da infração penal, impondo-lhe as sanções previstas no preceito secundário da lei penal objetiva que, via de regra, atinge o direito de liberdade do delinqüente.

Adverte Fernando da Costa Tourinho Filho que:

“Da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social caso se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem, pelo uso da força, suas contendas, também e principalmente

¹⁰⁸ Art. 5º, XXXVIII, d, da CF/88. É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei [...] a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 167.

*no campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a cometer”.*¹¹⁰

Por essa razão, o Estado, único titular do *jus puniendi*, autolimitou seu poder repressivo, obrigando-se a sempre recorrer ao Poder Judiciário - integrado por terceiros desinteressados e imparciais - a fim de, por meio do processo penal e sob o manto dos preceitos constitucionais que resguardam o *jus libertatis* do acusado e norteiam o Estado Democrático de Direito, exercer legitimamente seu direito de punir.

Depreende-se do artigo 1º, *caput* e §1º, da Constituição Federal de 1988, a clara disposição do legislador em adotar o regime do Estado Democrático de Direito para nortear os ditames da República Brasileira, reunindo, destarte, os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não apenas na junção formal dos elementos que os compõem, mas engendrando um conceito novo, revolucionário, que os supera.¹¹¹ Cuida-se, portanto, da confluência do princípio da legalidade com o princípio democrático naquilo que ambos têm de salutar ao cotejo do império da lei com a realidade política, social e econômica do Estado, vale dizer, o formalismo legal destituído de conteúdo é mitigado pela participação efetiva e operante do povo na vida política do país em busca da justiça social.

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 2, p. 48.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

A persecução penal, portanto, rege-se pelos princípios constitucionais informativos do processo penal (igualdade, legalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, acusatório, juiz natural, publicidade, obrigatoriedade, presunção de inocência e *in dubio pro reo*, verdade real)¹¹² os quais, de modo geral, visam a impedir a arbitrariedade estatal e assegurar ao cidadão o exercício de seus direitos e garantias fundamentais fixadas na Constituição Federal.

Sobre o tema, Marco Antonio Marques da Silva aduz que:

*“os princípios constitucionais do Direito penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste. No processo penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar as conseqüências jurídicas”.*¹¹³

Não há dúvidas de que a simples exigência de um processo judicial para validar a inflicção de qualquer sanção penal, representa, *per se*, um fator de inibição ao arbítrio judicial e de restrição ao exclusivo poder coercitivo do Estado. Com mais razão será um instrumento de salvaguarda das liberdades individuais o processo penal pátrio que, sob a lente do Estado Democrático de Direito, assegura o respeito à dignidade humana.

¹¹² Sobre cada um desses princípios, consulte nosso artigo *Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal* (GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do direito processual penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 278, 11 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4993>>. Acesso em: 05.03.2007).

¹¹³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 15.

Sobre o processo penal, merecem destaque as palavras contidas no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, proferido nos autos do *Habeas Corpus* 73.338 (1ª Turma, DJU 19.12.1996):

“O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, que jamais presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios apresentados pelo Ministério Público”.

2. A JURISDIÇÃO PENAL BRASILEIRA E SUA APLICABILIDADE NO ESPAÇO

Os Estados se apresentam perante a comunidade internacional em condição de igualdade, sem qualquer forma de subserviência ou subordinação entre eles. Internamente, cada Estado exerce seu *summa imperii* (poder supremo), contra qual nenhum outro Estado pode se opor. São estas as manifestações externa e interna, respectivamente, da soberania estatal.¹¹⁴ Em respeito à primeira e no exercício pleno da segunda é que, num momento inicial, restringe-se o poder jurisdicional de um Estado aos limites de seu território. Diz-se que sobre este o Estado soberano tem *jurisdição geral e exclusiva*: “a *generalidade* da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. A *exclusividade* significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania”¹¹⁵ (grifos no original).

De outro lado, é preciso ter em mente que as relações entre os homens há muito deixaram de respeitar as fronteiras. A globalização, facilitada pelo tremendo avanço tecnológico dos meios de transporte e de comunicação, trouxe consigo, além de benesses indiscutíveis, algumas mazelas que suscitam preocupações dos operadores do Direito, notadamente no que se refere à intensificação da criminalidade transnacional. Esta, não

¹¹⁴ AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.

¹¹⁵ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 161.

raro, viola interesses afetos à ordem jurídica de mais de um país e, em conseqüência, exige, para uma repressão eficaz, que a aplicabilidade da lei penal interna de cada Estado envolvido alcance fatos ocorridos fora de seus limites territoriais. Na busca do equilíbrio harmonioso entre a coexistência pacífica dos Estados soberanos e a necessidade imperiosa de punir as condutas criminosas que atentam contra a ordem jurídica e a paz social dos países atingidos, o contorno internacional do poder jurisdicional de cada Estado é delimitado, prioritariamente, por normas internas e, como segunda fonte, por tratados internacionais, os quais, conforme Vera Maria Barrera Jatahy, configuram “forma poderosa de manifestação do incessante esforço dos Estados soberanos no sentido de adequar o direito ao movimento de integração político-econômica da sociedade internacional globalizada”.¹¹⁶

As regras que determinam a norma aplicável à ação delituosa que afeta ou lesa a ordem jurídica de mais de um Estado integram a disciplina jurídica designada pela doutrina de *direito penal internacional*. É ele, na concepção de José Frederico Marques, “o conjunto de regras relativas à designação da lei penal aplicável no espaço, quando há elemento estrangeiro, tratando-se, pois, ‘de direito para a aplicação do direito’, ou ‘superdireito’”.¹¹⁷ Para Celso de Albuquerque Mello, o direito penal internacional “determina a competência do Estado na ordem internacional para a repressão dos delitos, bem como regulamenta a cooperação entre os estados em matéria penal”.¹¹⁸

¹¹⁶ JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21.

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁸ MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Penal e direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 14.

Não se deve confundir o *direito penal internacional* com o *direito internacional penal*. Enquanto que aquele pertence ao direito interno e disciplina a chamada competência externa dos juízes brasileiros, este é ramo do direito internacional público e objetiva a luta contra as infrações internacionais, “cuja ilicitude está prevista nas normas ou princípios do ordenamento jurídico internacional e cuja gravidade é de tal ordem e de tal dimensão, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pela vastidão do perigo que provocam no mundo, que passam a interessar a toda a sociedade dos Estados concomitantemente”¹¹⁹ (p. ex., crimes de guerra, contra a humanidade, terrorismo e outros).

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli:

*“O direito penal internacional é o ramo do direito interno (direito penal) relativo às relações com os ordenamentos jurídicos estrangeiros e com a jurisdição estrangeira, competente para determinar a competência dos órgãos internos para a repressão de delitos na órbita internacional, em oposição ao chamado direito internacional penal, no qual a precedência do adjetivo ‘internacional’ induz tratar-se de um ramo do direito internacional concernente à tipificação internacional de delitos por meios de tratados, ao estabelecimento de cortes penais internacionais e à conseqüente responsabilidade penal dos indivíduos frente ao Direito Internacional Público”*¹²⁰ (grifos no original).

¹¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 18-19.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 19.

Face ao exposto, percebe-se que o estudo do alcance da jurisdição penal brasileira encontra-se indissolavelmente vinculado à própria extensão espacial das leis penais, resultando legítimo o exercício do poder jurisdicional da Justiça de nosso país toda vez que se tiver que aplicar, no caso concreto, a lei nacional. Nos dizeres de José Frederico Marques, “mede-se assim a jurisdição penal pela norma punitiva da *lex fori*, do que resulta ser a competência judiciária uma decorrência do direito penal internacional brasileiro, sempre que se cuide de delimitar essa competência em face das jurisdições estrangeiras”, ou, em outras palavras, “a extensão da jurisdição brasileira deriva da própria extensão espacial das leis penais”.¹²¹

2.1 Princípios do Direito Penal Internacional

Em sua missão de definir os limites de aplicação da lei penal no espaço, o direito penal internacional pátrio rege-se por cinco princípios consagrados pela doutrina, presentes – implícita ou explicitamente – na legislação nacional e acolhidos pela maioria dos ordenamentos jurídicos alienígenas.

2.1.1 Princípio da Territorialidade

Inerente à própria soberania do Estado é o manifesto direito que este tem de punir aqueles que cometem infrações penais nos limites de seu território. Nisto consiste o *princípio da territorialidade*, segundo o qual “a lei penal se aplica a todos os indivíduos que tenham praticado crime dentro do território do Estado donde aquela lei promana,

¹²¹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 90.

estabelecendo, como regra de superdireito, a ligação da norma punitiva através do *locus delicti commissi*”.¹²²

Cezar Roberto Bitencourt afirma que o fundamento do princípio da territorialidade, também chamado de *princípio territorial exclusivo* ou *absoluto*, é justamente a soberania política do Estado,¹²³ que, conforme Juarez Cirino dos Santos, releva-se sob três caracteres: “a *plenitude*, como totalidade de competências sobre questões da vida social; a *autonomia*, como rejeição de influências externas nas decisões sobre essas questões; e a *exclusividade*, como monopólio do poder nos limites de seu território”¹²⁴ (grifos no original).

Damásio Evangelista de Jesus esclarece que é tríplice o fundamento do princípio: processual, repressivo e internacional.

“Sob o prisma processual, enorme seria a dificuldade em processar-se um cidadão em país que não aquele em que foi praticado o delito. Por outro lado, a aplicação da sanção penal em lugar outro que não o do locus delicti commissi, excluiria uma das funções da pena: a intimidativa. Por último, a função punitiva do Estado é legítima emanação de sua própria soberania. O monopólio do jus puniendi, que

¹²² Ibidem, p. 92.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 224.

¹²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 47.

*pertence ao Estado nos limites de seu território, exclui a interferência de outro, sendo tutelado o princípio da soberania”.*¹²⁵

A territorialidade é considerada o postulado básico do direito penal internacional e também do direito internacional penal, posto que atende melhor às finalidades do direito punitivo fazer julgar um delito pelos órgãos jurisdicionais do Estado que teve a ordem perturbada pela violação de seu direito penal objetivo. Note-se que, na esteira do princípio da territorialidade, a nacionalidade do autor do delito, da vítima e do titular do bem jurídico lesado são circunstâncias irrelevantes para o exercício da jurisdição penal pelo Estado onde se deu o fato delituoso. Nacionais, estrangeiros, apátridas, residentes no país ou os aqui só de passagem, todos, via de regra, estão sob o império das normas punitivas do ordenamento jurídico nacional.¹²⁶ Nesse sentido é que o *Código de Direito Internacional Privado para a América*, conhecido como *Código de Bustamante*,¹²⁷ uma das convenções internacionais mais destacadas e importantes a que o Brasil está vinculado desde a promulgação, em 13 de agosto de 1929, do Decreto n° 18.871, adota o

¹²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 120.

¹²⁶ Alguns delitos, mesmo praticados dentro dos limites do território nacional, furtam-se à aplicação da lei penal brasileira por força de normas de direito internacional (tratados e convenções) ratificadas pelo nosso país. São os casos de extraterritorialidade da lei penal, que serão estudados oportunamente.

¹²⁷ O Código de Direito Internacional Privado para a América foi aprovado pela 6ª Conferência Pan-americana, realizada em 20.02.1928 na cidade de Havana, e recebeu a denominação de Código de Bustamante em homenagem ao nome de seu autor, o jurista cubano Dr. Antônio Sánchez de Bustamante. O Código foi subscrito por 15 países (Brasil, Cuba, República Dominicana, Haiti, Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, Salvador, Guatemala, Chile, Bolívia, Equador, Peru e Venezuela). Possui 437 artigos distribuídos por assunto referentes ao direito civil internacional, direito comercial internacional, direito penal internacional e direito processual internacional.

princípio fundamental da territorialidade da lei penal, sem distinção de nacionalidade, vedando a aplicação no território de um Estado das leis penais dos outros.¹²⁸

2.1.2 Princípio da Nacionalidade ou da Personalidade

Enquanto que na regra geral da territorialidade importa onde o delito fora cometido, o *princípio da nacionalidade* ou *da personalidade* apregoa que o indivíduo sempre se faz acompanhar do direito punitivo de seu Estado de origem, devendo obediência às leis de seu país mesmo que fora dele se encontre (*quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium*).¹²⁹ Ressalta-se, assim, a nacionalidade do sujeito quando da aplicação da lei penal, sem se cogitar do local onde o delito fora cometido.

Defendem alguns como fundamento do princípio da nacionalidade o fato de o Estado ter o direito de exigir que seus nacionais no estrangeiro tenham determinado comportamento e, não sendo assim, puni-los por seus atos descabidos. José Frederico Marques, a seu turno, sustenta que, na verdade, a base de sustentação de tal princípio é a necessidade de se impedir a impunidade de nacionais por crimes praticados em outros países, na medida em que, normalmente, tais cidadãos, mesmo infratores, não se submetem à extradição pelo seu próprio Estado.¹³⁰ O ordenamento jurídico nacional veda expressamente, em sede constitucional (art. 5º, LI, da CF/88) e infraconstitucional (art. 77, I, da Lei nº 6.815/80), a extradição de brasileiros, à exceção dos naturalizados, em caso de

¹²⁸ Art. 296, do Código de Bustamante. As leis penaes obrigam a todos os que residem no territorio, sem mais excepções do que as estabelecidas neste capitulo; Art. 304, do Código de Bustamante. Nenhum Estado contractante applicará em seu territorio as leis penaes dos outros.

¹²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 121.

¹³⁰ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 136-137.

crime comum praticado antes da naturalização ou por comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.¹³¹

Para José Frederico Marques:

*“A ratio essendi do princípio não se encontra propriamente no status do delinqüente, na sua nacionalidade. A lei é ultraterritorial, não porque se reconheça ao Estado o direito de punir seus nacionais onde quer que se encontrem. Manda o superdireito que a norma penal se estenda a crimes nacionais praticados aliunde, tão-só para satisfazer a um regime de reciprocidade internacional. Como os nacionais, via de regra, não podem ser extraditados pelo seu Estado, a pedido de outro Estado, necessário é que aquele estenda o raio de sua ação, para que não fique impune o delito cometido no estrangeiro, por esse nacional”.*¹³²

Depreende-se das palavras do autor – com as quais comungamos – que o interesse na aplicação ultraterritorial da lei penal *ratione personae*, conforme a nacionalidade, é secundário se cotejado com a premente necessidade de se combater a impunidade, mesmo de nacionais. Justamente por ser esse interesse secundário é que para a punição interna de brasileiros que cometeram delitos no estrangeiro há uma série de requisitos que devem ser preenchidos (art. 7º, II, b, c/c §2º, do CP).

O princípio da nacionalidade é classificado em: *princípio da nacionalidade ativa*, quando para o legítimo exercício da jurisdição penal do Estado de

¹³¹ Os arts. 77, 78, 80, 83 e 91, da Lei nº 6.815/80 estabelecem os requisitos para a concessão da extradição.

¹³² MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 136-137.

origem releva-se apenas a nacionalidade do autor do ilícito penal; e *princípio da nacionalidade passiva*, onde é imperativo que também a vítima ou o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão seja da mesma nacionalidade do infrator.¹³³

Vale ressaltar que, quanto ao princípio da nacionalidade passiva, a doutrina é vacilante. Julio Fabbrini Mirabete e Ney Moura Teles somente admitem sua aplicação na hipótese de autor e vítima serem da mesma nacionalidade, não se manifestando acerca da nacionalidade do bem jurídico ofendido.¹³⁴ Para Cezar Roberto Bitencourt, importa apenas a nacionalidade da vítima para a incidência do princípio.¹³⁵

2.1.3 Princípio Real ou da Proteção Jurídica Necessária

Há determinados bens jurídicos que são especialmente considerados pelo Estado como de importância nacional. Por refletirem a própria coletividade organizada e seus interesses, a ofensa ou ameaça de ofensa a tais bens permite, sob a lente do *princípio real* ou *da proteção jurídica necessária* – igualmente conhecido como *princípio da competência real*, *da proteção* ou *da defesa* –, que a jurisdição penal do Estado titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão alcance fatos praticados além de suas fronteiras. Nesse caso, a *lex fori* atingirá o ilícito penal perpetrado no estrangeiro em virtude da nacionalidade e da importância do bem protegido pelo ordenamento jurídico pátrio,

¹³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 120; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 121.

¹³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, v. I, p. 73; TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral – arts. 1º a 31 do código penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 95.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 224.

independentemente do local onde o delito foi cometido ou da nação a que pertence o agente infrator.

José Frederico Marques afirma que é natural que a tutela penal seja mais intensa nos casos onde os bens jurídicos refiram-se ao próprio Estado brasileiro ou ao chefe da nação, p. ex., do que aqueles exclusivamente pertencentes às pessoas privadas.¹³⁶ Em tempos de globalização, Cezar Roberto Bitencourt alerta que, com frequência, interesses nacionais são desrespeitados e violados *aliunde* e, por isso, “esse princípio [real] adquire grande importância na seara do *direito penal no espaço*, ante a necessidade de o Estado, cada vez mais, proteger seus interesses além fronteiras”¹³⁷(grifos no original).

2.1.4 Princípio da Justiça Penal Universal ou da Universalidade

Firme na idéia de o crime ser um mal universal e que, em razão disso, há interesse de todos os Estados em coibir sua prática e proteger os bens jurídicos da lesão provocada pela infração penal,¹³⁸ o *princípio da justiça universal ou da universalidade*¹³⁹ resguarda o primado da efetiva cooperação penal internacional ao prescrever a possibilidade de aplicação das leis penais de cada país a todos os homens, sem levar em conta o lugar onde o delito foi praticado ou a nacionalidade de seu autor ou do bem jurídico lesado, bastando apenas que o infrator se encontre dentro de seu território.

¹³⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 142-143.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 224.

¹³⁸ MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: SEDEGRA, 1971, p. 124.

¹³⁹ Também chamado de princípio universal, da competência universal, cosmopolita, da justiça cosmopolita, da repressão universal, da universalidade do direito de punir, da universalidade da lei penal, da jurisdição mundial, da ultraterritorialidade absoluta, entre outros.

Seria este o princípio ideal no combate à criminalidade, pois, ao tratar o planeta – para efeitos de repressão penal – como se fosse um único território, evitaria a impunidade pela fuga do agente para país diverso daquele onde foi cometido o delito. Os Estados, então, em estreita cooperação na luta contra o crime, obrigam-se a punir o criminoso que se encontrasse em seu território, sem se preocupar com sua nacionalidade ou com o local onde a infração fora perpetrada.

Alerta-nos Francisco de Assis Toledo, contudo, que “este princípio não pode, obviamente, ter aplicação senão secundária, em casos restritos, dada a diversidade dos sistemas penais existentes e os problemas resultantes dos denominados crimes políticos”.¹⁴⁰ De igual forma, Edgard Magalhães Noronha, no mesmo passo que reconhece que o princípio da universalidade como sendo o mais ideal, adverte que “é de difícil efetivação, considerando-se a dificuldade da coleta de provas e a falta de uniformidade na conceituação do crime, pois o que assim é considerado entre nós nem sempre o será em país de outro continente”.¹⁴¹

Na amenização das diferenças existentes entre as legislações penais dos diversos países, visando a subsidiar a aplicação do princípio da universalidade, os tratados e convenções internacionais adquirem fundamental importância como instrumentos legítimos capazes de padronizar conceitos e procedimentos, bem como tipificar aqueles crimes que, por sua gravidade, têm o condão de afetar todo o conjunto da sociedade

¹⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48.

¹⁴¹ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. 1, p. 86.

internacional, a exemplo do que ocorre com o tráfico de entorpecentes, o genocídio e o tráfico de mulheres ou crianças.

2.1.5 Princípio da Representação

Trata-se de um princípio recomendado pela Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em reunião realizada em Santiago, Chile, em novembro de 1963, acatando-se sugestão de Sebastian Soler.¹⁴² Sua aplicabilidade restringe-se aos delitos cometidos a bordo de aeronaves e embarcações privadas quando estas se encontram, respectivamente, no mar territorial ou no espaço aéreo estrangeiro e aí não venham a ser julgados.

De acordo com o *princípio da representação*, incidirá a lei do Estado em que está registrada a embarcação ou a aeronave, ou cuja bandeira ostenta, aos delitos praticados a bordo quando “por deficiência legislativa ou desinteresse de outro que deveria reprimir o crime, este não o faz. É uma aplicação do princípio da *nacionalidade*, mas não a do agente ou da vítima, e sim do meio de transporte em que ocorreu o crime”¹⁴³(grifo no original).

O princípio da representação é tido como um caso de “suplementar administração penal da justiça”,¹⁴⁴ onde a jurisdição brasileira substitui o poder punitivo estrangeiro, originalmente legítimo para atuar, em face da omissão deste no exercício de sua pretensão punitiva.

¹⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 131-132.

¹⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 73.

¹⁴⁴ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 132.

2.2 A Territorialidade Temperada no Código Penal Brasileiro

Não é possível resolver-se a problemática da aplicação da lei penal no espaço a partir da adoção de um único princípio de direito penal internacional. Hodiernamente, é comum vigorar nos diversos códigos penais um complexo sistema de regras com predominância do princípio da territorialidade e incidência complementar dos princípios da nacionalidade, real, da universalidade e da representação.

Abarcando tal tendência, o Código Penal pátrio prevê, em seu artigo 5º, que “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”, consagrando, a toda prova, a hegemonia do princípio da territorialidade na aplicação de nossa lei penal. Contudo, ao contrário do que ocorre com as contravenções, onde, por força do artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), o princípio da territorialidade é absoluto,¹⁴⁵ o próprio artigo 5º, adrede transcrito, permite que a lei penal brasileira deixe de ser aplicada a crimes cometidos no território nacional em decorrência de convenções, tratados ou regras de direito internacional ratificados pelo Governo Brasileiro e incorporados, após os trâmites legais, ao ordenamento jurídico nacional. Possibilita-se, assim, a *extraterritorialidade* na aplicação da lei penal, vez que, à margem do que se espera, o poder jurisdicional do Estado deixa de ser exercido mesmo nos crimes perpetrados dentro dos limites de seu próprio território.¹⁴⁶ Conforme José Frederico Marques, “em havendo

¹⁴⁵ Art. 2º, da Lei das Contravenções Penais. A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional.

¹⁴⁶ A grande maioria da doutrina – Cezar Roberto Bitencourt, Roberto Luis Luchi Demo, Julio Fabbrini Mirabete, Ney Moura Teles, Damásio Evangelista de Jesus e outros – e o próprio Código Penal (art. 7º) utilizam a expressão *extraterritorialidade* para se referirem às hipóteses por nós consideradas de *ultraterritorialidade*, preferindo tratar das imunidades à jurisdição brasileira em um tópico apartado afeto à aplicabilidade da lei penal às pessoas. No particular, mesmo em minoria, preferimos acompanhar os passos

extraterritorialidade de direito internacional, a justiça brasileira é incompetente para apreciar e julgar as infrações penais praticadas, visto não serem alcançadas pelas leis penais pátrias”.¹⁴⁷

As imunidades diplomáticas representam um claro exemplo da extraterritorialidade da lei penal brasileira em decorrência de normas do direito internacional público, reguladas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1967, as quais foram incorporadas ao ordenamento jurídico interno com a promulgação dos Decretos n° 56.435/65 e 61.078/67, respectivamente. Exceção manifesta à regra geral de que a todas as pessoas presentes no território nacional aplica-se a lei penal brasileira, entende-se que os chefes de Estado e os representantes de governo estrangeiros (corpo diplomático) não se submetem à jurisdição criminal dos países onde exercem suas funções,¹⁴⁸ gozando de inviolabilidade pessoal, de habitação e de completa independência no que se refere à sua qualidade de representante de um Estado estrangeiro.¹⁴⁹

Considera-se *agente diplomático* aquele que é enviado a país estrangeiro (*Estado acreditado*) a fim de representar os direitos e interesses de seu país de origem (*Estado acreditante*). Pode o agente diplomático ser *permanente* (quando acreditado permanentemente junto a um governo estrangeiro) ou *temporário* (quando enviado ao país estrangeiro para cumprir uma missão especial). O grupo dos agentes diplomáticos

de José Frederico Marques e Fernando da Costa Tourinho Filho que fazem clara distinção entre a *extraterritorialidade* e a *ultraterritorialidade*, consoante será exposto no decorrer deste trabalho.

¹⁴⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 127.

¹⁴⁸ Art. 297, do Código de Bustamante. Estão isentos das leis penais de cada Estado contractante os chefes de outros Estados que se encontrem no seu território.

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 128.

acreditados num mesmo Estado é denominado *corpo diplomático*. Todo Estado soberano tem o direito – chamado de *direito de legação* - de enviar tais agentes e, reciprocamente, de receber outros de governos estrangeiros.¹⁵⁰

Os agentes diplomáticos não podem ser presos e sequer é possível a instauração de inquérito ou processo criminal em seu desfavor.¹⁵¹ Além disso, não podem ser constrangidos a comparecer perante qualquer tribunal do país acreditado para prestar testemunho de fatos que sejam de seu conhecimento.¹⁵²

As sedes diplomáticas (p. ex., embaixadas, consulados, sedes de organismos internacionais), embora não consideradas extensão do território estrangeiro, revestem-se de inviolabilidade como garantia aos agentes diplomáticos que nelas atuam. Prevê o art. 22 da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas que “os locais da missão são invioláveis. Os agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do chefe de missão” e ainda, no item 3 deste mesmo dispositivo, que “os locais da missão, o seu mobiliário, demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da missão, não poderão ser objecto de busca, requisição, embargo ou medida de execução”. Já os locais consulares, por serem sede de atividades de cunho administrativo, conservam sua inviolabilidade na medida estrita de sua utilização funcional.

A imunidade ora comentada refere-se não apenas às sedes diplomáticas, mas também à residência oficial e particular e aos veículos utilizados pelos citados agentes.

¹⁵⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 245-247.

¹⁵¹ DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97.

¹⁵² ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 251.

A inviolabilidade da sede diplomática e da residência do agente implica que nelas “não podem penetrar, no exercício de suas funções próprias, nem oficiais de justiça, nem agentes da polícia local ou de qualquer outro departamento da administração pública, a menos que o consentimento do chefe da missão tenha sido, previamente, obtido”.¹⁵³

Explica Hildebrando Accioly que “a necessidade, que têm os agentes diplomáticos, de se sentir independentes da jurisdição civil e criminal do Estado onde se acham acreditados, a fim de poderem tratar, com plena liberdade e a máxima franqueza, dos negócios inerentes às respectivas missões, exige que lhes não seja aplicada a referida jurisdição”.¹⁵⁴ Para Heleno Cláudio Fragoso, “a concessão de privilégios a representantes diplomáticos, relativamente a ilícitos por eles praticados, é antiga praxe no direito das gentes, fundando-se no respeito e consideração ao Estado que representam e na necessidade de cercar sua atividade de garantia para o desempenho de sua missão diplomática”.¹⁵⁵

José Francisco Rezek lembra que “não faltou quem sustentasse, na época, que a prestação jurisdicional é garantida pela Constituição do Brasil a quem quer que sofra lesão de direito, e que desse modo uma norma internacional assecuratória de imunidade afrontaria nossa lei fundamental”. Segundo o autor:

“Quando o constituinte brasileiro promete a todos a tutela judiciária, ele o faz na presunção de que a parte demandada, o réu, o causador da lesão que se pretende ver reparada, seja um jurisdicionado, vale dizer,

¹⁵³ Ibidem, p. 250.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 251.

¹⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 130.

*alguém sujeito à ação do Judiciário local. O constituinte brasileiro não tem autoridade para fazer promessas à custa de soberanias estrangeiras. Numa palavra: regras sobre a sensível, eminente e igualitária relação entre soberanias só se produzem no plano internacional, e mediante o consentimento das partes. Tais regras não podem ser ditadas unilateralmente por uma Constituinte nacional”.*¹⁵⁶ (grifo no original)

Salienta Edgard Magalhães Noronha que “não se trata evidentemente de privilégio à pessoa física do representante estrangeiro, mas de acatamento à soberania da nação que ele representa”,¹⁵⁷ motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), pois a chamada *imunidade de jurisdição* (ou *isenção de jurisdição*) de que gozam os agentes diplomáticos e chefes de Estado estrangeiro não lhe é conferida em razão da pessoa, mas em virtude do cargo, das relevantes funções que exercem no cenário internacional e também do respeito à independência do Estado a que pertencem.

Aduz Hildebrando Accioly que:

“Perante o direito internacional, parece razoável que todos os atos praticados por um chefe de Estado [e aqui incluímos também os agentes diplomáticos], nesta qualidade, nas relações com outros Estados, todas as manifestações de vontade por ele expressas, nesse caráter, devam ser

¹⁵⁶ REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 174-175.

¹⁵⁷ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 92.

*atribuídos ao próprio Estado, ainda quando se achem em contradição com o seu direito interno”.*¹⁵⁸

Por essa razão é que, no particular, a isenção da jurisdição penal é um privilégio absoluto e irrenunciável, senão por parte do próprio Estado acreditante, mesmo contra a vontade do agente diplomático, posto que conferida no interesse daquele.¹⁵⁹

No âmbito da missão diplomática, a imunidade de jurisdição abrange os membros do quadro diplomático de carreira (do embaixador ao terceiro-secretário) e do quadro administrativo e técnico (p. ex., tradutores, contabilistas), estes últimos desde que provenientes do Estado acreditante e não recrutados *in loco*.¹⁶⁰ O privilégio também se estende à respectiva família de cada membro, desde que vivam sob sua dependência e os nomes estejam incluídos na lista diplomática.¹⁶¹ Excluem-se os empregados particulares dos agentes diplomáticos (p. ex., secretários, datilógrafos, mordomos, motoristas), ainda que de mesma nacionalidade destes. Estão também imunes à jurisdição penal do país os *agentes ou representantes dos Estados em certos organismos coletivos internacionais* (p.ex, Organização das Nações Unidas – ONU, Organização dos Estados Americanos - OEA)¹⁶² e os *funcionários internacionais*, assim chamados aqueles que trabalham nos ditos organismos.¹⁶³ De igual forma, a prática internacional tem estendido a imunidade aos

¹⁵⁸ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 243.

¹⁵⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 128-129.

¹⁶⁰ REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶¹ Art. 298, do Código de Bustamante. Gozam de igual isenção os representantes diplomáticos dos Estados contractantes, em cada um dos demais, assim como os seus empregados estrangeiros, e as pessoas da família dos primeiros, que vivam em sua companhia.

¹⁶² Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946; Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, de 1947.

¹⁶³ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 253.

membros da família e pessoas que integram o comboio do chefe de Estado estrangeiro em visita ao país, “não porém como obrigação decorrente de um direito, mas tão-somente como testemunho de amizade”.¹⁶⁴

Peculiar é a situação dos cônsules, definidos por Hildebrando Accioly como:

“funcionários administrativos ou agentes oficiais sem caráter diplomático, que um Estado nomeia para servirem em cidades ou portos de outros Estados, com a missão de velar por seus interesses comerciais, prestar assistência e proteção a seus nacionais, legalizar documentos, exercer a polícia da navegação com os portos nacionais, fornecer informações de natureza econômica e comercial sobre o país ou o distrito onde sirvam”.¹⁶⁵

Isto porque sua imunidade, ao contrário do que acontece com os agentes diplomáticos, não é absoluta. Antes, atinge apenas os atos praticados em caráter oficial, nos limites de sua competência. Justamente por exercerem funções de cunho administrativo, notadamente mercantis e sem maior interesse político, os cônsules somente se isentam da jurisdição penal do país em que se encontram acreditados face ao cometimento de delitos funcionais, ou seja, perpetrados no exercício de suas funções consulares.¹⁶⁶ Estabelece o artigo 41, item 1, do Código de Bustamante que “os funcionários consulares não poderão ser detidos ou presos preventivamente, exceto em

¹⁶⁴ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁵ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 29.

caso de crime grave e em decorrência de decisão de autoridade judiciária competente”. O item 2 desta mesma norma diz que à exceção de delitos de grave, “os funcionários consulares não podem ser presos nem submetidos a qualquer outra forma de limitação de sua liberdade pessoal, senão em decorrência de sentença judiciária definitiva”.

Tanto a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961¹⁶⁷ quanto a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1967¹⁶⁸ ressaltam que as leis e regulamentos do Estado acreditado devem ser respeitados pelas pessoas que gozam da imunidade diplomática, mesmo que não sujeitas a eles. Assegura José Francisco Rezek que “o primado do direito local, no que tem de substantivo, é portanto indiscutível, apesar de frustrada, pela imunidade, a ação judicial correspondente à sua garantia de vigência”.¹⁶⁹ Note-se, contudo, que mesmo isentos à jurisdição penal do país onde desempenham suas funções, os agentes diplomáticos que lá cometerem crime sujeitam-se ao poder jurisdicional do Estado acreditante,¹⁷⁰ o qual deve ser comunicado para fins de processo, julgamento e punição.

Além da extraterritorialidade, o Código Penal brasileiro admite também a *ultraterritorialidade* na aplicação da lei penal na medida em que o princípio da territorialidade é complementado pelos demais princípios que regem o direito penal internacional. Enquanto a extraterritorialidade limita o *jus puniendi* do Estado em seu

¹⁶⁷ Art. 41, Convenção de 1961. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditador. Têm também o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.

¹⁶⁸ Art. 55, Convenção de 1967. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que se beneficiem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e regulamentos do Estado receptor. Terão igualmente o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.

¹⁶⁹ REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷⁰ Conforme arts. 31, 1, e 31, 4, da Convenção de Viena de 1961.

próprio território, a ultraterritorialidade amplia a esfera de aplicação da lei penal nacional para além de seus limites territoriais. Para José Frederico Marques, “a ultraterritorialidade é uma exceção à norma de que o Estado somente pode punir os crimes havidos em seu território; a extraterritorialidade, uma exceção ao preceito de que o Estado pode punir todos os crimes praticados em seu território”.¹⁷¹ Da leitura do artigo 7º do *codex* criminal depreende-se a incidência do princípio real (art. 7º, I, a, b e c, §3º, do CP), da justiça penal universal (art. 7º, I, d, II, a, do CP), da nacionalidade ativa (art. 7º, II, b, do CP) e da representação (art. 7º, II, c, do CP) também norteando a aplicação da lei penal pátria no espaço.

Diante da sistemática contemplada pelo Código Penal brasileiro, afirma a doutrina que a solução adotada pelo *codex* criminal nacional incorpora uma *territorialidade temperada*, que reflete a flexibilização, nas hipóteses legais, do princípio fundamental da territorialidade pela extraterritorialidade e pela ultraterritorialidade.

Para se estabelecer os precisos limites espaciais da jurisdição brasileira é preciso o estudo acerca da ultraterritorialidade da lei penal. Porém, antes de fazê-lo, é necessário delimitar-se qual a extensão jurídica do território nacional e definir-se o lugar onde, de acordo com a legislação vigente, pode-se considerar cometido o delito. É o que será feito a seguir.

2.3 O Território Nacional e a Eficácia Espacial da Lei Penal

O estatuto criminal vigente adotou o princípio da territorialidade temperada como regra sobre a eficácia espacial da lei penal. Entretanto, mesmo diante da

¹⁷¹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 127.

reforma ocorrida em 1984 (Lei n° 7.209/84) que, dentre outras alterações, melhor definiu as normas de aplicação da jurisdição penal no espaço, olvidou-se o legislador em conceituar *território*, tarefa essa que coube a outros ramos do direito e à doutrina.

Analisa-se o território em seu aspecto material (em sentido estrito) e jurídico (por extensão).

2.3.1 Território em Sentido Estrito

Em sua conformação física, o território nacional compreende a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (lacustres, fluviais e marítimas) e o espaço aéreo correspondente sujeitos à soberania do Estado.¹⁷² Dentro dessa acepção natural (ou geográfica) tem-se o território sob o aspecto *material* ou *em sentido estrito*. O solo e o subsolo são, nos dizeres de Clóvis Beviláqua, “o assento geográfico do Estado, a parte da terra onde estaciona a Nação, e sobre a qual o Estado exerce a sua soberania”.¹⁷³ Aponta Hildebrando Accioly que:

“O domínio terrestre de cada Estado compreende o solo e o subsolo da área geográfica incluída nas fronteiras que lhe são próprias, bem como, eventualmente, o solo e o subsolo de quaisquer outros territórios pertencentes ao mesmo Estado ou deste juridicamente dependentes. Considera-se que todo subsolo depende diretamente do território que lhe

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**, v. I, observações ao artigo 1° da Introdução, *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 94.

*constitui superfície. Qualquer que seja a sua profundidade, ele pertence ao Estado que possui o território do solo correspondente”.*¹⁷⁴

Quando se trata de solo ocupado pela corporação política, sem solução de continuidade e com limites reconhecidos, a delimitação do domínio terrestre não apresenta dificuldade. A extensão territorial submetida à soberania nacional será aquela delimitada pelas fronteiras do Estado. Alguma dúvida pode surgir quando os limites entre países são naturalmente fixados por *montanhas* ou *rios*. No primeiro caso, dois são os critérios a serem utilizados para se estabelecer o traçado da fronteira: o da linha das cumeadas ou das máximas alturas ou o do divisor de águas, também chamado linha de partilha das águas (*divortium aquarum*). Sendo um rio que separa os territórios de dois ou mais Estados, as seguintes situações não de ser consideradas: a) se o rio pertencer a um Estado, a fronteira será definida pela margem oposta; b) se o rio pertencer aos dois Estados, a costuma-se adotar como fronteira a linha mediana do leito do rio, determinada pela equidistância das margens, se as águas forem navegáveis, ou a linha de maior profundidade do rio – linha de talvegue –, se as águas não forem navegáveis;¹⁷⁵ c) podem os Estados considerar o rio comum aos dois países e, neste caso, será indiviso, cada Estado exercendo normalmente sua soberania sobre ele.¹⁷⁶ Quando o limite territorial ocorrer com lagos, lagoas, baías, golfos ou mares internos, seguem-se, em princípio, os mesmos critérios elencados para os

¹⁷⁴ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 187.

¹⁷⁶ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 89.

rios, porém, com maior freqüência, utiliza-se como divisor a linha imaginária equidistante das margens.¹⁷⁷

*As águas territoriais englobam as lagoas, os lagos, os rios, os golfos, as baías, os mares interiores e o mar territorial que se encerram nos limites espaciais do Estado.*¹⁷⁸ Tem-se como domínio fluvial de um Estado os rios propriamente ditos e demais cursos de água, quaisquer que sejam sua extensão e natureza, que cortam o território do país. Os cursos de água ou vias fluviais podem ser *nacionais*, se compreendidos, em todo o seu trajeto, dentro do território de uma só nação, ou *internacionais*, quando seu curso abrange partes de territórios de mais de um Estado. Por sua vez, os internacionais classificam-se em *simultâneos*, *contínuos* ou *fronteiriços*, se correm entre os territórios de dois ou mais países, e *sucessivos* ou *interiores*, quando atravessam mais de um Estado sem os limitar.¹⁷⁹ Os cursos de água ou rios nacionais, bem como as lagoas, os lagos, os golfos, as baías e mares interiores, acham-se sob a jurisdição plena e exclusiva do país em cujo território correm ou repousam. Nos cursos de água ou rios internacionais sucessivos, cada Estado atravessado é soberano sobre a parte do trajeto compreendida dentro de seu território. O exercício do poder jurisdicional sobre os cursos de água ou rios internacionais simultâneos alcançará os limites de fronteira fixados segundo um dos critérios anteriormente estudados (margem oposta, linha mediana, linha de talvegue ou indiviso). Em se tratando de lagoas, lagos, golfos, baías e os mares interiores fronteiriços,

¹⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* p. 226.

¹⁷⁸ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 96.

ordinariamente define-se os limites da soberania de cada Estado pela linha de meia distância entre as margens.¹⁸⁰

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay/Jamaica, em 1982, e ratificada pelo Brasil em 1988, prescreve, em seu artigo 2º, 1, que “a soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso de Estado arquipélago, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de *mar territorial*” (grifos acrescentados). Expressamente havido como um bem da União, *ex vis* do artigo 20, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, o *mar territorial* ou *mar maginal* é considerado um prolongamento, mar adentro, do espaço terrestre nacional que compreende uma faixa de doze milhas marítimas (cerca de 22 km) de largura, “medidas a partir da linha de baixamar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil” (art. 1º, da Lei nº 8.617/93). Vê-se que a orientação legal interna está em perfeita consonância com o art. 3º da Convenção de 1982, que confere a todo o Estado-membro o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse doze milhas marítimas.

Não apenas nos limites do mar territorial, mas igualmente sobre o espaço aéreo a ele sobrejacente, seu leito e o respectivo subsolo, a soberania brasileira é exercida de maneira quase que absoluta, restringida apenas pelo chamado *direito de passagem inocente* ou *inofensiva* (arts. 2º e 3º, da Lei nº 8.617/93, e arts. 2º, 2 e 17 da Convenção de 1982).

¹⁸⁰ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 189-191.

Em total sintonia com as disposições da Convenção de 1982, a Lei n° 8.617/93 reconhece aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro (art. 3°, *caput*) e estabelece os critérios a serem observados para tanto: a) a passagem não pode ser prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil (art. 19, 2, da Convenção de 1982), devendo ser contínua e rápida (art. 3°, §1°, da Lei n° 8.617/93, e arts. 18, 2, e 19, 1, da Convenção de 1982); b) poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave (art. 3°, §2°, da Lei n° 8.617/93, e art. 18, 2, da Convenção de 1982); c) as embarcações estrangeiras deverão respeitar os regulamentos estabelecidos pelo Governo brasileiro (art. 3°, §3°, da Lei n° 8.617/93, e art. 21, 4, da Convenção de 1982).

Não apenas em latitude, longitude e profundidade estende-se a eficácia do poder estatal, mas também em altura. O *espaço aéreo* faz parte do território em sentido estrito e é considerado a “dimensão estatal da altitude”.¹⁸¹ São três as teorias que procuram defini-lo: 1ª) a da *absoluta liberdade do ar*, segundo a qual o domínio do espaço aéreo não é exercido por qualquer Estado, permitindo-se, portanto, sua livre utilização por todos os países, sem restrições; 2ª) a da *soberania até os prédios mais elevados* ou *até o alcance das baterias antiaéreas*, a qual delimita o poder estatal no espaço aéreo até os sinais concretos de seu domínio (altura de seus prédios e alcance de sua artilharia); 3ª) a da *soberania sobre a coluna atmosférica* ou da *absoluta soberania do país subjacente*,¹⁸² que

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 97.

¹⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, *op. cit.*, p. 75; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 227; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 125.

estabelece o domínio total sobre o espaço aéreo delimitado por linhas imaginárias perpendiculares às fronteiras que demarcam o território físico, incluindo o mar territorial. Esta última foi a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, consoante se extrai do artigo 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e do artigo 2º da Lei nº 8.617/93.¹⁸³

De fato, a soberania exercida pelo Brasil sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial é completa e exclusiva, não, contudo, *ad infinitum*, posto que limitada até onde termina a camada atmosférica.¹⁸⁴ A partir desta, surge o *espaço extra-atmosférico*, imune à soberania de qualquer país, semelhantemente ao que ocorre com o *alto-mar* o qual, de acordo com Waldemar Ferreira, pertence a todos, sem, contudo, ser de nenhum Estado soberano.¹⁸⁵

O direito relativo ao espaço extra-atmosférico, também chamado de *cósmico* ou *sideral*, é estritamente convencional e começou a se forjar em 1957 quando o primeiro satélite artificial – o *sputnik* – foi colocado em órbita pela então majestosa União Soviética.¹⁸⁶ Em 1967, foi aberto à assinatura, no âmbito da Assembléia Geral da ONU, em Nova Iorque/EUA, o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e Demais Corpos Celestes, o que foi feito pelo Governo brasileiro neste mesmo ano e incorporado ao ordenamento jurídico nacional por meio da promulgação do Decreto nº 64.362/69. De acordo com o referido

¹⁸³ Art. 11, do CBA. O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial; Art. 2º, da Lei 8.617/93. A soberania do Brasil estende-se ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao seu leito e subsolo.

¹⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 123; REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 326.

¹⁸⁵ FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 33.

¹⁸⁶ REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 331-332.

Tratado, “o espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio” (art. 2º) e “poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação, em condições de igualdade e em conformidade com o direito internacional, devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes [... e] estará aberto às pesquisas científicas, devendo os Estados facilitar e encorajar a cooperação internacional naquelas pesquisas” (art. 1º). As atividades dos Estados, relativas à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de todos os países (art. 1º), com fins exclusivamente pacíficos (art. 4º) visando à manutenção da paz e da segurança internacional e a favorecer a cooperação e a compreensão internacionais (arts. 3º, 5º, 9º, 10 e 11).

No que se refere ao alto-mar, denomina-o José Frederico Marques o *mare liberum*, não sujeito à soberania de qualquer Estado e alheio, portanto, a toda ordem jurídica.¹⁸⁷ Conforme Hildebrando Accioly, “é um bem comum a todos os povos, ou, melhor, cujo uso é comum a todos os homens ou a todas as nações”.¹⁸⁸ A matéria é bem disciplinada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, onde se prevê a utilização para fins pacíficos do alto-mar (art. 88) e a ilegitimidade de qualquer país reivindicar sua soberania sobre ele (art. 89). O direito de navegação em alto-mar é assegurado a todos os Estados, costeiros ou sem litoral (art. 90), e as liberdades que gozam os países englobam a de sobrevôo, a de colocar cabos e dutos submarinos, a de construir ilhas artificiais e outras instalações permitidas pelo direito internacional, a de pesca e a de

¹⁸⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 194.

investigação científica (art. 87, 1). Assegura a Convenção que “tais liberdades devem ser exercidas por todos os Estados, tendo em devida conta os interesses de outros Estados no seu exercício da liberdade do alto mar” (art. 87, 2). Semelhantemente, a camada atmosférica sobre o alto-mar é considerada *res communis omnium* e, por isso, não sujeita à soberania de qualquer país.¹⁸⁹

Da leitura do Código Brasileiro de Aeronáutica observam-se vários dispositivos, em especial os arts. 1º, 14, 175, §2º, 203, parágrafo único, a, 282, b, 287, 302, II, m, III, m, e 303, I, que sinalizam a grande importância dos tratados, convenções e atos internacionais na regulamentação, em conjunto com o próprio código e com a legislação complementar, do direito aeronáutico. Dentre eles, destaca-se a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, também conhecida como Convenção de Chicago, firmada em 1944, em Chicago/EUA, e promulgada internamente pelo Decreto nº 21.713/46, a qual estabeleceu regras acerca do espaço aéreo, registro de aeronaves e segurança de voo e criou a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), com sede em Montreal/Canadá, uma agência das Nações Unidas especializada na coordenação e regulamentação do transporte aéreo internacional.

Semelhantemente ao que ocorre nos limites do mar territorial brasileiro, depreende-se da Convenção de Chicago e do Código Brasileiro Aeronáutico a existência de um *direito de travessia inofensiva* do espaço aéreo nacional, por parte de aeronaves civis, particulares ou comerciais, desde que obedeçam as condições, normas e regulamentos internos e não incorram na prática de atos atentatórios à segurança, à ordem pública ou aos interesses de nosso país (arts. 13, 14, §§2º, 3º e 4º, do CBA, e art. 5º, da

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 100.

Convenção de Chicago). Como exemplos de algumas condições que, respaldadas na própria Convenção de Chicago, podem ser impostas pelo Estado diante do direito de travessia inofensiva, Hildebrando Accioly cita: o direito de exigir a aterrissagem da aeronave e prescrever determinados itinerários; o direito de restringir ou suprimir temporariamente os vôos sobre a totalidade ou parte de seu território, em circunstâncias excepcionais ou de emergência; o direito de, em razão de segurança pública, proibir permanentemente o sobrevôo em certas áreas de seu território; o direito de reservar a cabotagem aérea às aeronaves nacionais.¹⁹⁰

Tal direito integra o *sistema das cinco liberdades* definido pela OACI para a navegação aérea internacional. São elas: 1) liberdade de sobrevôo do território, com permissão de o Estado subjacente proibir o tráfego sobre determinadas áreas em nome da segurança; 2) liberdade de escala técnica, quando o pouso for imperioso; 3) liberdade para desembarcar passageiros, malas postais e carga provenientes do país de origem da aeronave; 4) liberdade para embarcar passageiros, malas postais e carga destinadas ao país de origem da aeronave; 5) liberdade para embarcar e desembarcar, em seu território, passageiros, malas postais e carga com destino a – ou proveniente de – qualquer país membro da OACI.¹⁹¹

De uma forma geral, qualquer delito que for cometido dentro dos limites territoriais brasileiros adrede definidos será submetido a apuração, processamento e julgamento pela jurisdição penal pátria, vale dizer, aplicar-se-á o direito penal objetivo previsto no ordenamento jurídico nacional.

¹⁹⁰ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 217.

¹⁹¹ *Ibidem*, mesma página; REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 328-330.

2.3.2 Território por Extensão

A acepção jurídica do território nacional é bem mais ampla que sua definição em sentido estrito. Engloba, além deste, também o que se convencionou chamar *território fictício* ou *por extensão*, “onde a soberania nacional exerce sua autoridade, estribada em razões de direito, universalmente reconhecidas”.¹⁹² É que os §§1º e 2º do artigo 5º do Código Penal, com as novas redações dadas pela Lei nº 7.209/84, prescrevem que, para efeitos penais, “consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar”. Além disso, está previsto que se aplica a lei brasileira “aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil”.

2.3.2.1 Embarcações

Dá-se o nome de embarcação a todo engenho flutuante destinado ao transporte de pessoa e/ou carga (p. ex., navios, barcos, iates).¹⁹³ Quando compreendem os vasos de guerra,¹⁹⁴ os empregados em serviços militares ou públicos (p. ex., alfândega,

¹⁹² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 183.

¹⁹³ EMBARCAÇÃO. In: HOUAISS, Antônio, *op. cit.*

¹⁹⁴ O art. 29 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, define o vaso ou navio de guerra como sendo aquele pertencente às forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar.

polícia marítima), os designados para o transporte oficial de soberanos, chefes de Estado ou representantes diplomáticos, diz-se que tais embarcações são de natureza *pública*.¹⁹⁵ Nestas circunstâncias, representam a autoridade e a soberania de seu país, razão pela qual, onde quer que estejam – território nacional, estrangeiro ou alto-mar –, estarão submetidos somente ao império do Estado a que pertencem.¹⁹⁶ São considerados *territórios flutuantes* de seu país de origem e, por conseguinte, aplica-se à tripulação a lei penal do Estado cuja bandeira ostentam.

O art. 91, 1, da Convenção de 1982 aponta que “todo o Estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio”. Prossegue o art. 92, 1 e 2, da mesma Convenção no sentido de que:

“1 - os navios devem navegar sob a bandeira de um só Estado e, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou na presente Convenção, devem submeter-se, no alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado. Durante uma viagem ou em porto de escala, um navio não pode mudar de bandeira, a não ser no caso de transferência efectiva da propriedade ou de mudança de registro. 2 - Um navio que navegue sob a bandeira de dois ou mais Estados, utilizando-as segundo as suas conveniências, não pode

¹⁹⁵ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁶ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 233.

reivindicar qualquer dessas nacionalidades perante um terceiro Estado e pode ser considerado como um navio sem nacionalidade”.

As embarcações públicas brasileiras, quer se encontrem no território nacional, quer estejam em território estrangeiro, quer se achem em alto-mar, independentemente de estarem em movimento, fundeadas ou aportadas, serão consideradas extensão de nosso país e, por assim ser, aplicar-se-á, pelo princípio da territorialidade, a jurisdição penal do Brasil aos crimes nelas cometidos (art. 5º, §1º, 1ª parte, do CP, e art. 300, do Código de Bustamante).¹⁹⁷ De igual forma, delitos praticados a bordo de embarcações públicas estrangeiras, mesmo que dentro dos limites territoriais brasileiros, não se sujeitarão à lei penal pátria, mas à do Estado de origem.¹⁹⁸ O respeito à soberania nacional que impera sobre a embarcação pública é tão evidente que se nesta estiver abrigado algum criminoso e o comandante da unidade se recusar a entregá-lo às autoridades locais, estas não poderão intervir senão valendo-se do instituto da extradição.

Se não de natureza pública, as embarcações, por exclusão, serão consideradas de natureza *privada*, notadamente quando mercantes, de recreio ou particulares. Nesta hipótese, não são consideradas extensão territorial de seu Estado, mas meramente bens móveis sem representatividade alguma da soberania deste.¹⁹⁹ Assim sendo, as embarcações privadas que se encontrarem em domínio estrangeiro estarão sujeitas à fiscalização e à jurisdição do Estado em cujo território estejam. Entretanto, se a embarcação encontrar-se em alto-mar – por ser este local subtraído ao império de qualquer Estado – aplicar-se-á a lei penal do país sob cuja bandeira navega. Tem-se, na espécie, a

¹⁹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 124-125.

¹⁹⁸ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 125.

¹⁹⁹ ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 233.

incidência do chamado *princípio do pavilhão* ou *da bandeira*, que estende, mediante ficção jurídica, o conceito de território do Estado onde esteja matriculada a embarcação.²⁰⁰ Em síntese, as embarcações privadas brasileiras estarão sobre a égide da lei penal nacional quando em alto-mar (art. 5º, §1º, 2ª parte, do CP) ou sujeitas à jurisdição estrangeira do país em cujo território se encontrar (princípio da territorialidade). Semelhantemente, estarão sujeitas à jurisdição penal pátria as embarcações privadas estrangeiras que se acharem navegando, fundeadas ou aportadas nos limites territoriais do Brasil (art. 5º, §2º, do CP).

Ressalte-se, contudo, que a prática internacional criou um *modus vivendi*²⁰¹ que acabou sendo positivado no artigo 27 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982: mesmo quando uma embarcação de natureza privada estiver em território marítimo estrangeiro, a autoridade local somente conhecerá dos delitos ali cometidos quando a) a infração tiver conseqüências para o Estado costeiro (art. 27, 1, a, Convenção de 1982); b) o crime perturbar a paz ou a ordem do país estrangeiro (art. 27, 1, b, Convenção de 1982); c) quando solicitada a ajuda das autoridades locais (art. 27, 1, c, Convenção de 1982); ou d) se se tratar de delito envolvendo tráfico ilícito de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas (art. 27, 1, d, Convenção de 1982). Outrossim, em regra, não deve o Estado costeiro tomar qualquer medida a bordo de uma embarcação privada estrangeira que passe pelo seu mar territorial – visando a detenção de uma pessoa ou a proceder a investigações relacionadas com qualquer ilícito penal que tenha sido cometido antes de a embarcação ter entrado no seu mar territorial –, se esta, procedente de um porto estrangeiro, encontrar-se só de passagem pelo mar territorial, sem

²⁰⁰ DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 92.

²⁰¹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 120.

entrar nas águas interiores (art. 27, 5, Convenção de 1982). Destarte, em prestígio ao direito de passagem inocente, afirma-se que eventuais crimes cometidos a bordo de embarcações estrangeiras em trânsito ou fundeadas em nosso mar territorial somente deverão ser apreciados pela Justiça brasileira se, de alguma forma, forem prejudiciais aos interesses, à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil.²⁰² É também essa a orientação que se infere dos artigos 300 e 301 do Código de Bustamante.²⁰³

Pode ocorrer de o tripulante de uma embarcação cometer um delito fora de bordo em território estrangeiro. Sendo o infrator oriundo de embarcação de natureza privada, parece não haver dúvidas de que, pelo princípio da territorialidade, estará sujeito à jurisdição penal do país em cujo território delinqüiu. No caso de ser tripulante de embarcação de natureza pública, duas são as hipóteses a serem consideradas: 1ª) o infrator está em território estrangeiro a serviço, no desempenho de suas funções, com licença tácita ou expressa de seu país: nessa condição, por representar o Estado de origem da embarcação pública, estará imune à jurisdição das autoridades locais, respondendo criminalmente segundo a lei penal da bandeira de sua embarcação; 2ª) o infrator desembarcou para tratar de assuntos particulares (p. ex., turismo): nesse caso, submete-se à lei local.²⁰⁴ Quanto a esta última hipótese, assevera Nelson Hungria que, por uma questão de cortesia diplomática, é comum haver a renúncia por parte do Estrangeiro à punição de delitos sem gravidade praticados por tripulante de embarcação pública, mesmo que o

²⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 122.

²⁰³ Art. 300, do Código de Bustamante. Applica-se a mesma isenção aos delictos commettidos em aguas territoriaes ou no espaço aereo nacional, a bordo de navios ou aeronaves estrangeiros de guerra; Art. 301, do Código de Bustamante. O mesmo succede com os delictos commettidos em aguas territoriaes ou espaço aereo nacional, em navios ou aeronaves mercantes estrangeiros, se não têm relação alguma com o paiz e seus habitantes, nem perturbam a sua tranquillidade.

²⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 76; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, p. 125; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, v. 1, p. 126.

infrator tenha vindo a terra simplesmente a passeio.²⁰⁵ O costume é limitarem-se as autoridades locais a efetuar a prisão do tripulante delinqüente e entregá-lo ao comandante da embarcação.²⁰⁶

Havendo abalroamento ou qualquer outro incidente de navegação entre embarcações em alto-mar, orienta o artigo 97, 1, da Convenção de 1982, que eventual processo de responsabilidade penal ou disciplinar pelo ocorrido deverá ser iniciado perante as autoridades judiciais ou administrativas do Estado a qual pertence a embarcação do tripulante infrator ou do qual este seja nacional. O Código de Bustamante, por sua vez, apresenta, em seu artigo 309, orientação diversa ao prever que “nos casos de abalroamento culpavel, no alto mar ou no espaço aereo, entre navios ou aeronaves de pavilhões diversos, applicar-se-á a lei penal da victima”. A aplicação de uma ou de outra regra de direito internacional deverá seguir as normas que regem o direito internacional público, mormente considerando-se a nacionalidade das embarcações diretamente envolvidas no abalroamento, o fato de os respectivos países serem ou não signatários das Convenções em comento e as disposições de direito penal internacional adotadas por cada Estado.²⁰⁷ Os barcos salva-vidas e destroços são considerados extensões representativas das embarcações e, por conseguinte, aplicam-se aos crimes cometidos naqueles as mesmas regras estudadas para estas.²⁰⁸ Na circunstância de eventual jangada ser construída com material de embarcações abalroadas, prevalece o entendimento de que, praticado um delito naquela, o

²⁰⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 167, v. 1, t. 1 e 2, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, v. 1, p. 127.

²⁰⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 126; ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 235.

²⁰⁷ Sobre o tema, sugerimos consultar: REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 99-102.

²⁰⁸ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 125; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 76.

criminoso ficará sujeito à lei de seu país, aplicando-se, então, o critério da nacionalidade ativa.²⁰⁹

2.3.2.2 Aeronaves

O artigo 106, *caput*, do Código Brasileiro de Aeronáutica define *aeronave* como sendo “todo aparelho manobrável em vôo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”, considerando a um “bem móvel registrável para o efeito de nacionalidade, matrícula, aeronavegabilidade (arts. 72, I, 109 e 114), transferência por ato entre vivos (arts. 72, II, e 115, IV), constituição de hipoteca (arts. 72, II, e 138), publicidade (arts. 72, III, e 117) e cadastramento geral (art. 72, V)” (art. 106, parágrafo único, do CBA).

De modo geral, as mesmas regras e considerações expostas para as embarcações valem, *mutatis mutandis*, para as aeronaves.²¹⁰ Estas, a exemplo das primeiras, também podem ser de natureza *pública* ou *privada*. Serão *públicas* as aeronaves militares, integrantes das Forças Armadas e as requisitadas na forma da lei para missões militares (art. 107, §1º, do CBA), e as civis diretamente utilizadas pelo Estado em serviço público de natureza não militar, p. ex., aeronaves de polícia (art. 107, §3º, do CBA).

Semelhantemente ao que sucede com as embarcações públicas, as aeronaves públicas, onde quer que estejam – território nacional, estrangeiro, alto-mar ou região que não detém a soberania de qualquer Estado –, em sobrevôo ou pousadas, são

²⁰⁹ Ibidem, p. 125; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 117; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 88.

²¹⁰ Ibidem, mesma página; Ibidem, p. 100; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 227; ACCIOLY, Hildebrando, *op. cit.*, p. 239.

consideradas extensão do território do país a que pertencem e, por isso, pelo princípio da territorialidade, aos crimes praticados em seu interior aplica-se a lei penal do Estado de matrícula da aeronave (art. 5º, §1º, 1ª parte, do CP, arts. 3º, *caput*, I, e 108, do CBA, e art. 300, do Código de Bustamante). Dessa forma, a aeronave pública brasileira, independentemente de onde esteja, é tida como extensão de nosso país e, por isso, a jurisdição penal do Brasil será aplicada aos delitos cometidos em seu interior. De outro lado, a pessoa que cometer um crime no interior de aeronave pública estrangeira, mesmo que dentro dos limites territoriais brasileiros, estará imune à lei penal pátria, submetendo-se a do Estado de origem.

Residualmente, serão consideradas *privadas* as aeronaves normativamente não classificadas como públicas (art. 107, §3º, *in fine*, do CBA), inclusive aquelas a serviço de entidades da administração indireta federal, estadual ou municipal (art. 107, §4º, do CBA). A exemplo das embarcações privadas, as aeronaves privadas somente são consideradas extensão territorial do Estado onde foram matriculadas se estiverem no espaço aéreo sobre o alto-mar ou em região apátrida, hipótese em que aos crimes cometidos em seu interior a jurisdição penal do país da aeronave será aplicada (art. 3º, II, do CBA, e art. 5º, §1º, 2ª parte, do CP), pois, segundo José Frederico Marques, “sobre a camada atmosférica da imensidão do alto-mar, e dos territórios terrestres não sujeitos a qualquer soberania, também não existe o império da ordem jurídica de Estado algum, salvo a do pavilhão da aeronave, para os atos nela verificados, quando cruzam esse espaço tão amplo”.²¹¹

²¹¹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 113.

Sobrevoando ou pousada em domínio estrangeiro, entretanto, incide a regra do princípio da territorialidade e, por isso, a aeronave privada estará sujeita à fiscalização e à jurisdição do Estado em cujo território se encontre. Nesse sentido, o artigo 3º, parágrafo único, do Código Brasileiro de Aeronáutica, dispõe que: “Salvo na hipótese de estar a serviço do Estado, na forma indicada no item I deste artigo [as aeronaves militares, bem como as civis de propriedade ou a serviço do Estado, por este diretamente utilizadas], não prevalece a extraterritorialidade em relação à aeronave privada, que se considera sujeita à lei do Estado onde se encontre”.

Também é este o entendimento do art. 5º, 2º, do Código Penal, que apregoa textualmente a aplicabilidade da lei penal brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves estrangeiras privadas quando estas estiverem em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente. De forma recíproca, aos delitos perpetrados no interior de aeronaves privadas brasileiras aplicar-se-ão as leis penais do Estado estrangeiro em cujo território aquelas se encontrem.

Foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro as disposições da Convenção sobre Aviação Civil Internacional e que, face a esta e ao preceituado no Código Brasileiro de Aeronáutica, as aeronaves privadas (civis particulares e comerciais) gozam do direito de travessia inofensiva do espaço aéreo nacional, desde que obedeçam as normas e regulamentos internos de nosso país e não pratiquem atos que atentem contra a segurança, a ordem pública ou os interesses do Brasil. Correlatamente ao que ocorre com as embarcações quando no exercício de seu direito de passagem inocente, convencionou-se que se o fato penalmente relevante, ocorrido a bordo de uma aeronave privada em vôo sobre o território nacional, não tiver relação alguma com o Brasil ou seus habitantes, nem perturbar, de qualquer sorte, sua tranquilidade, não haveria motivos, *prima facie*, para

intervir no vôo tão-somente com o fito de exercer a jurisdição penal brasileira.²¹² Aprovada pelo governo brasileiro por meio do Decreto-lei n° 479, de 1969, e promulgada pelo Decreto n° 66.520, de 30.04.1970, a Convenção sobre Infrações e Certos Outros Atos Praticados a Bordo de Aeronaves, concluída em Tóquio em 1963, expressamente dispôs, em seu artigo 4°:

“o Estado Contratante, que não fôr o da matrícula, não poderá interferir no vôo de uma aeronave a fim de exercer sua jurisdição penal em relação a uma infração cometida a bordo, a menos que: a) a infração produza efeitos no território dêsse Estado; b) a infração tenha sido cometida por ou contra um nacional dêsse Estado ou pessoa que tenha aí sua residência permanente; c) a infração afete a segurança dêsse Estado; d) a infração constitua uma violação dos regulamentos relativos a vôos ou manobras de aeronaves vigentes nêsse Estado; e) seja necessário exercer a jurisdição para cumprir as obrigações dêsse Estado, em virtude de um acôrdo internacional multilateral”.

As regras e preceitos aplicáveis às embarcações também vigoram para as aeronaves quanto ao abalroamento ou qualquer outro incidente aéreo ocorrido no sobrevôo em alto-mar e quanto aos crimes cometidos fora de bordo e em estruturas confeccionadas com destroços de aeronaves.

²¹² Ibidem, p. 122; DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 92; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 90;

2.3.2.3 Lugares Militarmente Ocupados

Em nossos dias, têm sido freqüentes as incursões militares que, por meio de força armada e grandiosa ação bélica, investem contra países estrangeiros ocupando-lhes, total ou parcialmente, o território. Face à atualidade do tema, faz-se mister consignar, mesmo que *en passant*, a eficácia espacial da lei penal no caso.

José Frederico Marques assinala que o exército de um país é parte integrante do Estado cuja bandeira arvora.²¹³ Tal qual ocorre com as embarcações e as aeronaves militares, presume-se, por ficção jurídica, que o local ocupado por um exército estrangeiro, a partir de operações bélicas, é extensão do território do país cuja bandeira a força armada ocupante ostenta. Vale dizer que, em se tratando de ocupação militar hostil, “a lei penal, que rege o exército ocupante, tem plena eficácia no perímetro de seu acampamento, não só contra os militares e seus assemelhados, como sobre qualquer outro indivíduo que aí se torne passível de punição”.²¹⁴

Pode ocorrer, todavia, que a ocupação militar não se dê por forças hostis e inimigas, mas por exército de nação neutra ou aliada, com permissão do Estado parcialmente ocupado. Sendo essa a hipótese, estabelece o artigo 299 do Código de Bustamante que “as leis penaes dum Estado não são, tão pouco, applicaveis aos delictos commettidos no perimetro das operações militares, quando esse Estado haja autorizado a passagem, pelo seu territorio, dum exercito de outro Estado contractante, comtanto que taes delictos não tenham relação legal com o dito exercito”, ou seja, havendo

²¹³ Ibidem, p. 151.

²¹⁴ SODRÉ, Moniz. **Curso de direito criminal: doutrina e legislação**. São Paulo: Saraiva, 1932, v. 1, p. 217, *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 151.

consentimento do país parcialmente ocupado, “a lei do exército ocupante, não havendo convenções especiais entre os dois governos, não se estenderá senão aos militares e aos seus assemelhados” e, ainda, “se qualquer destes comete um crime fora da região militarmente ocupada, ficará o infrator sujeito à legislação do país em cujo território ele delinqüiu”.²¹⁵

2.4 O Lugar do Delito

A ocorrência de um delito sempre se dá sobre num determinado espaço vinculado a uma porção territorial. Na maioria das vezes, o lugar onde se inicia a ofensa e o lugar em que ocorre o dano ao bem jurídico penalmente tutelado são coincidentes. Quando é assim, têm-se os chamados *crimes de espaço mínimo*, para os quais, normalmente, maiores problemas não há na determinação da lei penal aplicável e da competência para apurar e julgar o delito.

Pode acontecer, contudo, que os locais onde a conduta ilícita foi perpetrada e o crime se consumou sejam distintos, muitas vezes pertencentes, cada qual, ao território de cidades, estados e mesmo países diversos. São os denominados *crimes de espaço máximo*, para os quais, em especial, torna-se imperativo estabelecer, de acordo com as disposições normativas internas, o lugar onde se considerará praticado o delito, haja vista que a indefinição do *locus commissi delicti*, notadamente quando o *iter criminis* se desenrola em localidades diversas, pode ensejar conflitos não apenas na fixação da competência interna, mas também entre jurisdições de países soberanos que, face ao caso

²¹⁵ Ibidem, p. 217-218, *apud* ibidem, mesma página.

concreto, tiverem sido atingidos pela prática delituosa e, por isso, julgarem aplicável sua legislação penal.

Explica José Frederico Marques que “o lugar do crime, como acentuam os penalistas, não é importante apenas para fixar a competência interna *ratione loci*, regulada pelo direito processual penal. Na determinação da competência geral, é também de grande relevo o assunto, pois a jurisdição nacional, quando subordinada ao princípio da territorialidade, tem sua base no *locus delicti commissi*”.²¹⁶

2.4.1 As Teorias e o Código Penal Brasileiro

Há algumas orientações doutrinárias que buscam explicar e identificar o lugar do delito. Dentre as mais importantes, destacam-se as teorias da *ação*, da *resultado*, da *intenção* e da *ubiquidade*.²¹⁷

Segundo a *teoria da ação*, também conhecida como *teoria da atividade*, considera-se local do crime aquele onde o agente praticou a conduta criminosa (ação ou omissão),²¹⁸ ou seja, onde desenvolveu os atos executórios.²¹⁹ Normalmente, este lugar coincide com aquele onde o sujeito ativo do crime se encontra no momento de sua atividade ou omissão.²²⁰ Para a teoria da ação, pouco importa o local onde foi produzido o

²¹⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 104.

²¹⁷ Há teorias menos expressivas e pouco conhecidas que buscam apontar o lugar do delito. É o caso, p. ex., da *teoria do efeito intermediário* ou *do efeito mais próximo*, segundo a qual se considera praticado o crime no local em que “a energia movimentada pela atuação do agente alcança a vítima ou o bem jurídico”, e da *teoria da ação à distância* ou da *longa mão*, que defende ser o lugar delito aquele em se verificou o ato executivo (BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 228).

²¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 77.

²¹⁹ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 126.

²²⁰ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 105.

resultado do delito, pois releva, apenas, o lugar onde houve a execução da conduta típica. Cezar Roberto Bitencourt pondera que “o defeito dessa teoria reside na exclusão da atuação do Estado em que o bem jurídico tutelado foi atingido e, à evidência, onde o delito acabou produzindo os seus maiores efeitos nocivos”.²²¹

A *teoria do resultado*, também conhecida como *teoria do efeito* ou *do evento*, define como o lugar do delito aquele onde foi produzido o resultado típico,²²² vale dizer, onde o crime se consumou.²²³ Para esta, adotada pelo Código de Bustamante em seu artigo 302, é irrelevante o local da conduta do agente, que pode não coincidir com o da produção do resultado.²²⁴ A principal crítica dirigida à teoria do resultado reside na “exclusão da atuação do Estado onde a ação se realizou, que tem justificado interesse na repressão do fato”.²²⁵

A terceira teoria, a *da intenção*, considera o lugar do delito aquele em que, segundo a intenção do agente, deveria ocorrer o resultado.²²⁶ Tal entendimento, contudo, é difícil de ser sustentado, mormente face aos crimes culposos e preterdolosos,²²⁷ o que nos leva a crer que o lugar do crime deve ser analisado objetivamente, sem se cogitar o elemento intenção.

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 227.

²²² JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 126.

²²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 77.

²²⁴ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 86.

²²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 228.

²²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 129.

²²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 228.

Por último, a *teoria da ubiqüidade, mista* ou *unitária*, pela qual se entende como lugar do crime tanto onde se deu a conduta criminosa quanto onde foi produzido o resultado típico.²²⁸ Desprezando-se, pela atipicidade, os simples atos preparatórios e os atos ou efeitos posteriores do crime, a teoria da ubiqüidade considera cometido o crime em todos os lugares em que foram realizados ou produzidos quaisquer atos (comissivos ou omissivos) ou efeitos (resultado, total ou parcial) que integram o tipo correspondente,²²⁹ ou seja, onde ocorreu qualquer dos momentos do *iter criminis*, seja da prática dos atos executórios, seja da consumação.²³⁰

É esta a orientação considerada pela doutrina como a “única cientificamente certa, praticamente satisfatória e que impede a calamidade dos conflitos negativos de competência [p. ex., se o Estado em que ocorreu o resultado adotar a teoria da ação ou, ainda, no Estado onde foi praticada a conduta típica prevalecer a teoria do resultado]”,²³¹ impedindo que o delito fique sem punição. Outrossim, resolve-se a questão nos crimes onde os atos executórios e a consumação ocorrem em lugares diversos, geograficamente afastados, muitas vezes pertencentes até mesmo ao domínio territorial de países distintos, como é o caso dos chamados *crimes à distância*, onde conduta ilícita e resultado desenvolvem-se cada qual em um Estado soberano diferente,²³² e também dos *delitos plurilocais* que, à semelhança dos primeiros, têm a ação ou omissão do infrator

²²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 77.

²²⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 105.

²³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 127.

²³¹ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 87.

²³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 77.

realizada num local e a consumação do crime em outro, porém, agora, circunscritos a um mesmo país.²³³

Quanto a estes últimos, dúvidas não há acerca da incidência da lei penal nacional, posto que todo o *iter criminis* se desenrola em um único país e, por assim ser, aplica-se o princípio da territorialidade de forma exclusiva. Em se tratando de crimes à distância, contudo, sob o prisma da teoria da ubiqüidade, incide a regra da territorialidade simultaneamente em cada país onde tiver sido praticado qualquer ato executório do delito ou produzido, total ou parcialmente, o resultado típico, autorizando os Estados soberanos a exercer sua jurisdição e punir o infrator segundo suas próprias leis. Nestas circunstâncias pode ocorrer que o mesmo infrator seja punido em mais de um país pelo mesmo fato criminoso por ele praticado. Com o fito de se evitar o *bis in idem*, isto é, a dupla condenação pelo mesmo fato, prevê o art. 8º do Código Penal que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Não sem motivo, portanto, a teoria da ubiqüidade é adotada pela maioria das legislações penais modernas (p. ex., os códigos italiano, suíço e polaco), inclusive pelo Código Penal brasileiro, que, em seu artigo 6º, claramente preceitua: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. Note-se que o dispositivo também contempla a hipótese de tentativa ao utilizar a expressão “deveria produzir-se o resultado”. Em sendo o caso, indica Julio Fabbrini Mirabete que:

²³³ Idem, **Processo penal**, *op. cit.*, p. 190.

*“Aplicar-se-á a lei brasileira ao crime tentado cuja conduta tenha sido praticada fora dos limites territoriais (ou do território por extensão), desde que o impedimento da consumação se tenha dado no país. Não será aplicada a lei brasileira, porém, aos casos de interrupção da execução e antecipação involuntária da consumação ocorridos fora do Brasil, ainda que a intenção do agente fosse obter o resultado no território nacional”.*²³⁴

José Frederico Marques pontua, então, que será considerado cometido em solo nacional: “a) o crime cuja ação se verificou, no todo ou em parte, em território brasileiro; b) o crime cujo último ato de execução se praticou *aliunde*, mas cujo resultado se produziu no Brasil; c) o crime cujos atos de execução foram praticados no estrangeiro, mas em que o resultado devia produzir-se no Brasil (tentativa)”.²³⁵ Em outras palavras, Bento de Faria, apoiado em Manzini, diz ser aplicável a lei nacional quando:

“a) a atividade executiva do delito, começada no estrangeiro prossegue no território brasileiro; b) ou, tendo início no território brasileiro, continua no estrangeiro; c) ou quando toda a atividade executiva se verificou no Brasil, mas o conseqüente resultado ocorreu em território estrangeiro; d) ou ainda quando toda a referida atividade realizada no

²³⁴ Idem, **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 78.

²³⁵ MARQUES, José Frederico, *op.cit.*, p. 107.

*território estrangeiro, o dito resultado se verificou [ou se verificaria] no Brasil”.*²³⁶

A doutrina chama a atenção para possível lacuna deixada pelo referido artigo 6º do Código Penal na hipótese de a ação ou omissão do infrator ter sido perpetrada no estrangeiro e produzido em território nacional apenas parte do resultado, mesmo não sendo esta a intenção do agente.²³⁷ É que a norma em testilha faz referência à prática de parte dos atos executórios, omitindo-se quanto à fração do resultado. Com vistas a melhor atender aos interesses nacionais, há entendimento doutrinário no sentido de que parte do resultado também deve ser considerado resultado e, assim, incide na espécie a lei nacional.²³⁸ Ainda sobre a questão do resultado, é importante frisar que, para fins de aplicação da lei penal brasileira, apenas aquele *típico* - que forma a figura delitiva e que lhe é elemento constitutivo - deve ser levado em conta, descartando-se os efeitos secundários do delito, mesmo que produzidos em solo pátrio (p. ex., resultado típico: morte no estrangeiro; efeito secundário: sucessão patrimonial no Brasil). Não se aplica, portanto, o princípio da territorialidade se os atos executórios e a consumação ocorreram no exterior e somente os efeitos secundários do crime sucederam no Brasil.²³⁹

Assim sendo, para que seja aplicada a lei penal brasileira, basta, nos dizeres de Nelson Hungria, que “o crime haja *tocado* o território nacional”,²⁴⁰ (grifo no

²³⁶ FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro: comentado**. Rio de Janeiro: Record, 1958, v. II, 1ª parte, p. 125-126, *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 107-108.

²³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 78; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 228-229.

²³⁸ *Ibidem*, p. 78.

²³⁹ DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 93.

²⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 164-165.

original), ou seja, que em nosso território, considerado sob o prisma de sua mais ampla aceção (em sentido estrito e por extensão),²⁴¹ tenha sido praticada qualquer parcela da conduta típica do infrator ou produzido, total ou parcialmente, efeito que integre o resultado do delito. Note-se que, em todo caso, punir-se-á segundo a legislação pátria o crime como um todo e não apenas a fração realizada no território nacional.²⁴²

Convém ressaltar que a teoria da ubiqüidade insculpida no artigo 6º do Código Penal diz respeito à aplicabilidade ou não da jurisdição penal nacional ao fato típico considerado, diferentemente das regras previstas no artigo 70 do Código de Processo Penal e no artigo 63 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), as quais dispõem sobre a determinação da competência interna *ratione loci* pelo lugar em que se consumar a infração (teoria do resultado), no primeiro caso, ou pelo lugar em que foi praticada a infração penal (teoria da ação), no segundo. Ordinariamente, a análise do fato concreto sob a óptica do princípio da territorialidade (artº 5, do CP) e da teoria da ubiqüidade (art. 6º, do CP) indicará se a jurisdição brasileira será aplicada ao infrator.

Decidido que haverá incidência das leis penais nacionais à espécie, parte-se, em seguida, à fixação da competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar o feito, consoante as normas que regem o tema e que se encontram previstas tanto em sede constitucional quanto em sede infraconstitucional. Isso porque, embora a jurisdição seja una, não é possível ser exercida ilimitadamente por qualquer juiz, seja pela extensão territorial do país, seja pela quantidade da população, seja pelo número imenso de

²⁴¹ DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 93.

²⁴² NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 87.

lides e controvérsias levadas ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais.²⁴³ Assim, notadamente ante a multiplicidade e a variedade dos feitos levados a juízo, tornou-se necessário o estabelecimento de critérios a fim de que as controvérsias fossem adequadamente distribuídas aos órgãos jurisdicionais nacionais de modo a atender o superior interesse de uma melhor aplicação da Justiça.²⁴⁴ Diz-se, portanto, que todos os juízes exercem jurisdição, porém o fazem numa certa medida, dentro de certos limites legalmente estabelecidos. A essa medida e ao limite de jurisdição conferidos a cada juiz no exercício de seu poder jurisdicional dá-se o nome de *competência*.

Mário Guimarães afirma que “a jurisdição é um *todo*. A competência, uma *fração*. Pode um juiz ter jurisdição sem competência. Não poderá ter competência sem jurisdição”.²⁴⁵ Tem-se, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, que “a competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”.²⁴⁶ Enrico Tullio Liebman, a seu turno, chama de competência a essa “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”.²⁴⁷

No Brasil, a distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos: Constituição Federal de 1988, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil, Leis Federais, Constituições Estaduais, Leis de Organização Judiciária Estaduais e Regimentos Internos dos Tribunais. Na Constituição Federal de 1988

²⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 2, p. 75-76.

²⁴⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 67.

²⁴⁵ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 27, p. 56.

²⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, v. I, p. 153.

²⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 230.

encontram-se definidas, fundamentalmente, as competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105), da Justiça Federal (arts. 108 e 109), das justiças especiais (Trabalhista, Eleitoral, Militar e Trabalhista – arts. 114, 121 e 124, respectivamente) e da Justiça Estadual, esta última numa feição residual. As competências fixadas na Constituição Federal de 1988 são taxativas, ou seja, não poderão ser reduzidas ou ampliadas por qualquer outro dispositivo normativo, à exceção, naturalmente, das emendas constitucionais. O Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal abrigam as normas gerais atinentes à competência, máxime aquelas que se referem à competência territorial ou de foro. Várias Leis Federais também dispõem sobre a competência, como, p. ex., a Lei n° 9.099/95, dos Juizados Especiais. Respeitadas as normas constitucionais, as Constituições e Leis Estaduais podem traçar a organização das justiças locais e estabelecer as competências originárias dos tribunais locais e as do juízo (art. 125, *caput* e §1º, da CF/88). De igual sorte, permite-se aos Regimentos Internos dos Tribunais disporem sobre as competências internas do colegiado (pleno e órgãos fracionários do Tribunal).

A função jurisdicional, assim, mesmo sendo uma só e abstratamente atribuída a todos os órgãos jurisdicionais que integram o Poder Judiciário, sofre um processo gradativo de concretização até que o juiz competente para o processamento e julgamento de determinado delito seja, por meio das regras legalmente instituídas, identificado, excluindo-se os demais órgãos jurisdicionais do exercício jurisdicional para aquele caso concreto.²⁴⁸ Em apertada síntese, pode-se afirmar que a concretização do poder jurisdicional que fixa a competência de cada órgão jurisdicional brasileiro se dá segundo

²⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 230.

critérios de competência material e funcional. A primeira delimita o exercício da jurisdição quanto à natureza da relação de direito ou natureza do crime (*ratione materiae*), quanto à qualidade da pessoa incriminada (*ratione personae*) e quanto ao local onde foi cometido o delito (*ratione loci*). A segunda, que tem como elemento de distribuição os atos processuais e pressupõe a existência de atribuição jurisdicional *ratione loci e ratione materiae*, fixa a competência de acordo com as fases do processo, o objeto do juízo e o grau de jurisdição.²⁴⁹

Frise-se que a aplicabilidade do regramento afeto à fixação da competência interna pressupõe que a jurisdição nacional esteja firmada, ou seja, está previamente estabelecido que incidirá sobre o delito considerado as leis penais brasileiras. Ainda acerca da competência, ressalte-se que as regras que autorizam sua modificação (p. ex., a conexão ou a continência, previstas nos arts. de 76 a 82, do CPP), *per se*, não têm o condão de ampliar a jurisdição penal brasileira aos delitos afetos à justiça estrangeira, haja vista que para a incidência de tais regras pressupõe-se, como dito, firmada a jurisdição nacional. Neste sentido, o artigo 303 do Código de Bustamante apregoa que “se se trata de delictos connexos em territorios de mais de um Estado contractante, só ficará subordinado á lei penal de cada um o que fôr commetido no seu território”. Assim, p. ex., se ocorre um comprovado furto no exterior e receptação no Brasil, somente este será julgado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros.²⁵⁰

O estudo um pouco mais detalhado sobre o *iter criminis* e sua fase de consumação do delito, notadamente em algumas modalidades específicas de crimes, é de

²⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, *op. cit.*, p. 167-168.

²⁵⁰ DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 93-94.

grande valia na determinação do *locus delicti commissi* e, conseqüentemente, da possibilidade ou não de ser exercida a jurisdição penal brasileira ao caso concreto.

2.4.2 O Iter Criminis

A realização de um delito obedece a um itinerário que se inicia na ideação criminosa e segue até a consumação do crime. Chama-se *iter criminis* o caminho de atos encadeados percorrido na execução de um fato delituoso, que vai “desde o momento em que germina, como idéia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato final”.²⁵¹ A doutrina é unânime em subdividir o *iter criminis* em quatro fases, quais sejam: cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação.²⁵²

Como ocorre com todo ato humano voluntário, é no âmbito das idéias que o delito começa a tomar forma. Num primeiro momento, antes da exteriorização de qualquer ato, o agente mentaliza, antevê, planeja, representa mentalmente a prática do crime. Cezar Roberto Bitencourt explica que:

“É na mente do ser humano que se inicia o movimento criminoso. É a elaboração mental da resolução criminosa que começa a ganhar forma, debatendo-se entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, e desenvolve-se até a deliberação e propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja concretização constituirá o crime. São os atos internos que percorrem o labirinto da mente humana, vencendo obstáculos e

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 493.

²⁵² Ibidem, mesma página; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 156; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 323; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 127.

ultrapassando barreiras que porventura existam no espírito do agente”.²⁵³

Esta é a chamada fase da *cogitação*, onde persiste ainda hoje a máxima *cogitationis nemo poenam patitur*, de Ulpiano, ou, como falam os italianos: *pensiero non paga gabella* (o pensamento não paga imposto ou direito).²⁵⁴ A cogitação, portanto, não constitui fato punível, sendo totalmente irrelevante para o direito penal. Afirma Hans Welzel que “a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada”.²⁵⁵ Julio Fabbrini Mirabete esclarece que nem mesmo a cogitação externada a terceiros é passível de punição, conforme se depreende da leitura do artigo 31 do Código Penal, onde se estabelece que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Excetuam-se, naturalmente, as manifestações que, *per se*, constituem fato típico, a exemplo dos delitos de ameaça, incitação ao crime e quadrilha ou bando, previstos nos arts. 147, 286 e 288 do CP, respectivamente.²⁵⁶ Nesse caso, assevera Edgard Magalhães Noronha que “a impaciência do legislador, então, antecipa-se e não espera que ele se verifique, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso”.²⁵⁷ Note-se que os casos apontados não se referem a simples *cogitatio*, mas de *voluntas sceleris* caracterizada como ato executório dos tipos considerados.²⁵⁸

²⁵³ Ibidem, p. 493-494.

²⁵⁴ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 127.

²⁵⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 259.

²⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, *op. cit.*, v. I, p. 156.

²⁵⁷ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 127.

²⁵⁸ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 324.

Os *atos preparatórios* constituem a segunda fase do *iter criminis*. Consistem naquelas condutas externas ao agente, que passa da cogitação (fase interna subjetiva) à ação objetiva.²⁵⁹ Ordinariamente, são atos preparatórios aqueles primeiro praticados pelo sujeito ativo, no plano físico, visando a criar condições prévias adequadas para a realização do delito planejado, sem, contudo, realizar o verbo contido no preceito primário do tipo penal. O agente ultrapassa o limite do simples projeto, porém não inicia qualquer agressão ao bem jurídico penalmente tutelado (p. ex., adquirir arma de fogo para prática de homicídio ou providenciar os petrechos necessários a superar eventual obstáculo para realizar um furto).²⁶⁰ Por esse motivo, à semelhança do que ocorre com a cogitação, os atos preparatórios não são puníveis, posto que, em regra, sua prática não configura crime por faltar-lhes a tipicidade, característica essencial a todo fato punível.²⁶¹ Prevalece, na espécie, o disposto no artigo 31 do Código Penal, citado alhures, haja vista que, por não ter sido efetivamente praticado ato executório do delito, este sequer pode ser considerado tentado, resultando na impossibilidade de a conduta ser punida pelo direito penal.²⁶²

Todavia, o legislador pode transformar simples atos preparatórios em tipos penais especiais e, neste caso, aqueles não serão mais indiferentes penais, mas delitos autônomos plenamente puníveis. É o que acontece, p. ex., com as condutas de “atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento” (art. 238, do CP), “fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação” (art. 253, do CP) e “fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar

²⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 156.

²⁶⁰ *Ibidem*, mesma página.

²⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 494-495.

²⁶² RT 530/370, 536/288, 545/380; Revista de Julgados e Doutrina do TACRIM/SP 7/102 e 103.

maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda” (art. 291, do CP) em relação, respectivamente, aos delitos de “simular casamento mediante engano de outra pessoa” (art. 239, do CP), “expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos” (art. 251, do CP) e “expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante” (art. 252, do CP), e “falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro” (art. 289, do CP). Não fossem considerados crimes autônomos e, portanto, passíveis de punição pelo direito penal, as ações previstas nos arts. 238, 253 e 291 do Código Penal poderiam ser consideradas tão-somente atos preparatórios dos crimes tipificados nos arts. 239, 251 e 252, e 289, respectivamente, do *codex criminal*.

Julio Fabbrini Mirabete conceitua *atos de execução* ou *atos executórios* como aqueles diretamente voltados à prática do delito que põem o agente em relação imediata com a conduta típica.²⁶³ Nessa nova fase do *iter criminis* o infrator inicia a realização do núcleo do tipo e, por isso, sua ação ou omissão se torna punível pelo direito penal, seja a título de tentativa (art. 14, II, do CP), seja por consumação do delito (art. 14, I, do CP). Concretizado o primeiro ato executório, considera-se que o agente deixou a fase impunível da preparação do crime para adentrar em sua execução, propriamente dita.

Motivo de inúmeros debates doutrinários e objeto de incessante discussão nos tribunais é a definição de regras gerais capazes de delimitar, com precisão, a fronteira que separa os atos preparatórios dos atos executórios, ou seja, de se determinar, com

²⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 157.

satisfatória segurança, quando, efetivamente, o delito começou a ser perpetrado. Dentre os mais variados critérios defendidos,²⁶⁴ dois encontram maior ressonância como norma geral: o *material* ou do *ataque ao bem jurídico tutelado* e o *formal, objetivo* ou do *início da realização do tipo*. Para o primeiro, o elemento diferencial funda-se no ataque direto ao objeto da proteção jurídica, isto é, no momento em que a conduta do agente passa a representar realmente um perigo para o bem juridicamente protegido, caso em que o ato perpetrado pelo infrator será considerado executório.²⁶⁵ Para o segundo, haverá começo de execução quando o sujeito iniciar a realização da conduta descrita no núcleo do tipo, vale dizer, quando houver correspondência formal entre o ato executado e a realização, parcial ou total, do correspondente tipo delitivo.²⁶⁶ Depreende-se do artigo 14, inciso II, do Código Penal brasileiro o acolhimento desta última orientação, pois o referido dispositivo considerada tentado o crime quando iniciada sua execução. Isoladamente, porém, nenhum dos dois critérios – nem o material, nem o formal – está livre de críticas.

Aníbal Bruno anotava que:

“Na realidade, o ataque ao bem jurídico para constituir movimento executivo de um crime tem de dirigir-se no sentido da realização de um tipo penal. O problema da determinação do início da fase executiva há

²⁶⁴ A doutrina aponta julgados que consideraram como atos preparatórios aqueles distantes da consumação e, nessa condição, não perigosos em si, enquanto que os atos executórios seriam os mais próximos da consumação e, por isso, passíveis de colocar em risco o bem jurídico tutelado (RT 510/435; Jurisprudência Catarinense JCAT 68/408). Outros julgados preferiram definir como atos preparatórios os equívocos, onde a vontade criminosa dirigida a um fim determinado é ainda duvidosa, e como atos de execução os inequívocos, os quais revelam com nitidez o intento do agente na prática de um delito (RT 406/21, 434/357, 458/344). Enquanto regra geral, tanto um quanto outro critério são falhos e não podem ser tomados como definitivos, senão para auxiliar na distinção em casos concretos especificamente considerados (BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 495; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 157).

²⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 495-496.

²⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 157.

*de resolver-se em relação a cada tipo de crime, tomando-se em consideração sobretudo a expressão que a lei emprega para designar a ação típica. É em referência ao tipo penal considerado que se pode decidir se estamos diante da simples preparação ou já da execução iniciada. Para isso é preciso tomar em consideração o fim realmente visado pelo agente”.*²⁶⁷

Há entendimento de que o critério formal carece de complementação, pois existem atos tão próximos, idôneos e inequívocos para a consumação do delito que, malgrado não configurarem, a rigor, início da realização da conduta descrita no núcleo do tipo, merecem ser classificados como atos executórios posto que, em determinado caso concreto, podem tornar-se quase indissociáveis do início da prática criminosa. Exemplo trazido pela doutrina é a do agente flagrado no interior de uma casa de onde pretendia subtrair objetos sem que, antes de ser surpreendido, tivesse tocado em um só destes. Não se poderia dizer que o sujeito tenha iniciado a prática do verbo do tipo – subtrair – previsto no artigo 155 do Código Penal (furto), porém, não resta dúvida de que para tanto seria imprescindível sua entrada em casa alheia. Face a hipóteses como esta, é que se tem adotado como complementação mais usual do critério formal um princípio de base material que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, consoante uma concepção natural, como é o caso do exemplo adrede mencionado.²⁶⁸ Damásio Evangelista de Jesus prega a adoção de um critério objetivo-individual, defendido por Hans Welzel e Eugênio Raúl Zaffaroni, segundo

²⁶⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1, p. 234.

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 496; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 157.

o qual “é perfeitamente aceitável o entendimento de que também são atos executórios do crime aqueles imediatamente anteriores à conduta que se amolda ao verbo do tipo”²⁶⁹ desde que, por óbvio, sejam aptos e indubitavelmente destinados à prática criminosa.

A última fase do *iter criminis* é a *consumação*, que, de acordo com o artigo 14, inciso I, do Código Penal, ocorre quando no crime se reúnem todos os elementos de sua definição legal ou, em outras palavras, quando há realização integral do tipo.

Conforme Damásio Evangelista de Jesus, “a noção da consumação expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora”.²⁷⁰ Aníbal Bruno, por sua vez, esclarece que “a consumação é a fase última do atuar criminoso. É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofre a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo”.²⁷¹ Em síntese, preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, diz-se que ocorreu a consumação do delito e, portanto, exsurge a figura do *crime consumado* ou *crime perfeito*.²⁷² Este não se confunde com o *crime exaurido*, o qual representa uma etapa posterior à consumação de ilícito, onde o agente leva o delito às suas conseqüências finais, p. ex., o recebimento do resgate no crime de extorsão mediante seqüestro, que se consuma com o simples arrebatamento da vítima (art. 159, do CP), e o recebimento da vantagem

²⁶⁹ WELZEL, Hans, *op. cit.*, p. 264; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 683, *apud* JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 325-326.

²⁷⁰ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 321.

²⁷¹ BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 254.

²⁷² JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 201.

indevida no crime de concussão, cuja consumação ocorre com a simples exigência (art. 316, do CP).

Vê-se, então, que o exaurimento não caracteriza um novo delito, mas tão-somente mero desdobramento de uma conduta típica já consumada. Sua ocorrência, todavia, por representar conseqüências mais nefastas ao bem jurídico, é circunstância que deve ser sopesada pelo magistrado quando da dosimetria da pena (art. 59, *caput*, do CP), isto quando, *per se*, não importar em causa de aumento da sanção criminal (p. ex., a corrupção passiva em que o agente, após solicitar ou receber a vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, efetivamente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional - art. 317, §1º, do CP).

Pode haver, portanto, a consumação de um crime sem que ocorra, contudo, todo o resultado lesivo previsto e visado pelo agente,²⁷³ isto porque a integralidade do delito não importa em sua exaustão, vez que, consumado, torna-se perfeito, mesmo que não tenha sido levado a suas últimas conseqüências.²⁷⁴

Note-se que o instante de consumação de um delito varia conforme a natureza deste, motivo pelo qual é importante se conhecer as principais qualificações apresentadas pela doutrina, a partir de um trabalho construtivo de sistematização científica da teoria do crime, que resultou em “categorias dogmático-jurídicas onde distinções se estabelecem em razão dos múltiplos elementos essenciais da norma penal e da infração, da

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 492.

²⁷⁴ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 126.

estrutura deste e de seu conteúdo”.²⁷⁵ A seguir, algumas dessas categorias qualificativas e seus respectivos momentos consumativos.

a) *crimes materiais* ou *de resultado*: são aqueles cujo tipo legal contém a descrição de uma conduta e de um resultado, este último necessariamente exigido para que o crime seja consumado. Para Julio Fabbrini Mirabete, “no crime material há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta”.²⁷⁶ O resultado, portanto, integra o próprio tipo penal que exige, para sua consumação, a produção de um dano efetivo ao bem jurídico tutelado (p. ex., crimes de homicídio, furto e roubo, previstos nos arts. 121, 155 e 157, respectivamente, do CP);

b) *crimes formais, de consumação antecipada* ou *de resultado cortado*: também descrevem um resultado, porém sua ocorrência não é obrigatória para a consumação do tipo. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, para ser consumado “basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi*”.²⁷⁷ Afirma-se, neste caso, que o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples conduta do agente, independentemente de eventual resultado previsto no tipo (p. ex., crimes de injúria, ameaça e extorsão, previstos nos arts. 140, 149 e 158, respectivamente, do CP);

c) *crimes de mera conduta* ou *de mera atividade*: há, no tipo penal, descrição apenas de um comportamento, de uma conduta, sem qualquer menção a resultado. Assim como nos crimes formais, contenta-se o legislador com a ação ou omissão do agente, pouco importando a ocorrência de eventual resultado lesivo. Existe presunção legal de ofensa

²⁷⁵ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 185.

²⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op.cit.*, v. I, p. 134.

²⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 266-267.

diante da simples prática da conduta ilícita (p. ex., crimes de violação de domicílio, ato obsceno e condescendência criminosa, previstos nos arts. 150, 233 e 329, respectivamente, do CP). Distinguindo os delitos formais dos de mera conduta, Damásio Evangelista de Jesus esclarece que “estes são sem resultado; aqueles possuem resultado, mas o legislador antecipa a consumação à produção. [...] no crime de mera conduta o legislador só descreve o comportamento do agente [...] no crime formal o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para a consumação”,²⁷⁸

d) *crimes permanentes*: são “aqueles que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo”.²⁷⁹ Protrai-se no tempo a consumação desde o instante em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal até que o agente cesse o estado antijurídico por ele gerado.²⁸⁰ São exemplos, os crimes de seqüestro e cárcere privado, violação de domicílio e extorsão mediante seqüestro (arts. 148, 150 e 159, respectivamente, do CP). Distinguem-se os crimes permanentes dos *crimes instantâneos de efeitos permanentes*, pois nestes a infração é consumada em dado momento – não se prolonga no tempo, como nos primeiros – e somente os efeitos do delito perduram no tempo, independentemente da vontade do agente (p. ex., crimes de homicídio, furto e roubo, previstos nos arts. 121, 155 e 157, respectivamente, do CP);

e) *crimes complexos*: parte da doutrina considera a existência de duas formas de *crime complexo*: a primeira, numa acepção mais restrita, define-o como aquele que encerra dois ou mais tipos penais em uma única descrição legal, ou seja, o legislador reuniu dois ou mais delitos e os transformou em um terceiro tipo autônomo; a segunda, num sentido

²⁷⁸ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 189.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 191.

²⁸⁰ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 146.

amplo, tem-no como aquele que abrange, em sua tipificação, um crime e outro elemento (fatos ou circunstâncias) que, em si, é atípico.²⁸¹ Seriam exemplos de *crime complexo em sentido restrito* o roubo (furto+ameaça e/ou lesão) e a extorsão mediante seqüestro (extorsão+seqüestro). Dentre os *crimes complexos em sentido amplo* têm-se o constrangimento ilegal (ameaça e/ou lesão+outro fato atípico) e o estupro (ameaça e/ou lesão+conjunção carnal). Há autores, contudo, que somente admitem a existência do crime complexo em sua acepção restrita, como é o caso de Damásio Evangelista de Jesus. Para o citado jurista, “só há delito complexo na reunião de dois ou mais tipos penais incriminadores, apresentando-se sob duas formas: 1ª) dois ou mais delitos constituem outro, funcionando como elementares; 2ª) um delito integra outro como circunstância qualificadora. No primeiro caso, o legislador reúne dois ou mais crimes e os transforma em elementos de outro [...] Na segunda hipótese, um delito deixa de ser autônomo para funcionar como qualificadora de outro”.²⁸² Como exemplos desta última, o eminente doutrinador cita os crimes de latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*, do CP) e estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave (arts. 213 e 223, *caput*, do CP). A tese aventada parece encontrar respaldo legal no art. 101 do Código Penal que, ao dispor sobre a ação penal no crime complexo, faz menção de que este deve abranger “fatos que, por si mesmos, constituem crime”.²⁸³ Nos delitos complexos, salvo expressa disposição legal em contrário, a consumação somente ocorre quando os crimes componentes estão integralmente realizados;

²⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 156; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 113.

²⁸² JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 195.

²⁸³ *Ibidem*, p. 196.

f) *crimes habituais*: é aquele que se evidencia na reiteração de uma mesma conduta ilícita de forma a constituir um estilo ou hábito de vida. Nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete, “o crime habitual é, normalmente, constituído de uma reiteração de atos, penalmente indiferentes *per se* que constituem um todo, um delito apenas, traduzindo geralmente um modo ou estilo de vida”.²⁸⁴ Frise-se que, no crime habitual, cada ato, isoladamente considerado, é atípico. Para a configuração do delito é necessária a habitualidade na prática da conduta proibida (p. ex., crimes de rufianismo, exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica e curandeirismo, previstos nos arts. 230, 282 e 284, respectivamente, do CP). Aliás, esta é uma das diferenças fundamentais entre o crime habitual e o *crime continuado*, haja vista que neste cada ato isolado, por si só, já constitui um crime. A determinação exata do momento consumativo nos delitos habituais é tarefa árdua, pois dificilmente será possível saber quando a conduta do agente se tornou efetivamente um hábito;

g) *crimes culposos*: o art. 18, II, do Código Penal conceitua o *crime culposo* como aquele em que o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Assegura o parágrafo único deste mesmo artigo que, a exceção dos casos expressamente previstos em lei, “ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Em linhas gerais, diz-se que o crime é *culposo* quando o infrator, sem desejar, produziu o resultado antijurídico. Julio Fabbrini Mirabete lembra que o art. 26 do Código Penal Tipo para a América Latina procurou definir que “age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais, e, no caso de representá-lo

²⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 132.

como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo” e, em suas didáticas palavras, apresenta seu conceito de crime culposo como “a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.²⁸⁵ Como elementos do crime culposo, o citado autor aponta a *conduta* (tão importante quanto o fim pretendido do agente – que é normalmente lícito – é o modo e a forma imprópria com que atuou), a *inobservância do dever de cuidado objetivo* (o agente deixou de praticar os atos da vida com as devidas cautelas necessárias para não provocar dano a bens jurídicos alheios – agiu com negligência, imprudência ou imperícia), o *resultado lesivo involuntário* (mesmo com a vontade não dirigida à realização de resultado objetivo ilícito, somente se este se realizar haverá o ilícito penal), a *previsibilidade* (não há, como dito, conduta especificamente voltada à ocorrência de um resultado lesivo, porém existe a possibilidade de conhecimento de que este pode acontecer – possibilidade de, na situação em que se encontra o agente, ter antevisto o resultado) e a *tipicidade* (somente se a modalidade culposa estiver expressamente prevista em lei é que será possível a punição do infrator, conforme estabelece o art. 18, parágrafo único, do Código Penal). São exemplos de crimes culposos os previstos nos arts. 129, §6º (lesão corporal), e 250, §2º (incêndio), ambos do Código Penal. Tais quais os crimes materiais, os culposos somente se consumam com a produção do resultado, vez que na ausência deste a inobservância do dever de cuidado, *prima facie*, será um indiferente penal;

h) *crimes omissivos próprios e impróprios*: Edgard Magalhães Noronha conceitua os *crimes omissivos* como os que “ofendem o bem jurídico, mediante inação, constituindo,

²⁸⁵ Ibidem, p. 145-149.

esta, elemento integrante do tipo”.²⁸⁶ Podem ser *omissivos próprios* (ou *puros*) ou *omissivos impróprios* (ou *comissivos por omissão* ou, ainda, *comissivos-omissivos*). Têm-se os primeiros quando o agente deixa de realizar determinada conduta, mesmo possuindo a obrigação jurídica de fazê-lo. Neste caso, a simples abstenção do sujeito, deixando de agir segundo preceitua a lei, faz com que sua omissão seja penalmente relevante e, por conseguinte, configure uma transgressão da norma jurídica, não sendo necessária, nestas circunstâncias, a ocorrência de qualquer resultado (p. ex., os crimes de omissão de socorro e omissão de notificação de doença, previstos nos arts. 135 e 269, respectivamente, do CP). Verificam-se os segundos quando a omissão é meio ou forma de se alcançar um resultado típico posterior. Ao contrário do que ocorre com os crimes omissos próprios, nos comissivos por omissão o agente responde não pela sua inércia, simplesmente, mas pelo resultado decorrente desta, a que estava, juridicamente, obrigado a impedir.²⁸⁷ Nesse sentido, o artigo 13, §2º, do Código Penal, prevê que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. São exemplos de delitos omissivos impróprios: a mãe que deixa de alimentar seu filho, causando-lhe a morte; o médico ou enfermeira que não ministra o medicamento necessário ao paciente e este, por falta da droga, morre. Nos crimes omissivos próprios, a consumação se dá no local e no momento em que o agente deveria agir e se não o fez, ao passo que nos omissivos impróprios, como a omissão é um meio para se alcançar um resultado lesivo, a consumação depende da ocorrência deste;

²⁸⁶ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 112.

²⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 265.

i) *crimes qualificados pelo resultado*: são, simultaneamente, crimes materiais (de resultado) e complexos (abrangem mais de um tipo), que se caracterizam pela previsão legal de uma pena mais severa, em relação ao tipo básico do crime, quando ocorre um resultado mais grave do que aquele descrito no tipo fundamental.²⁸⁸ Duas etapas podem ser verificadas nos crimes qualificados pelo resultado: a primeira corresponde à prática de um crime completo, composto de todos os seus elementos (fato antecedente – tipo básico), a segunda se revela na produção de um resultado mais grave do que aquele que seria necessário para a consumação do tipo fundamental (fato conseqüente – resultado agravador). Cada etapa pode ser praticada a título de dolo ou culpa, por isso, diz-se que, de acordo com a intenção do agente, são quatro as espécies de crimes qualificados pelo resultado: a) quando há dolo no antecedente e no conseqüente; b) quando há dolo no antecedente e culpa no conseqüente (hipótese em que o crime é chamado de *preterdoloso* ou *preterintencional* – o agente quer um *minus* e a sua conduta produz um *majus*); c) quando há culpa no antecedente e dolo no conseqüente; d) quando há culpa no antecedente e no conseqüente. Visando a se afastar qualquer ranço de uma responsabilidade penal objetiva, preceitua o artigo 19 do Código Penal que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Nos crimes qualificados pelo resultado, o momento consumativo ocorre no instante da produção do evento acrescido ao tipo fundamental. Não se realizando a circunstância qualificadora, a consumação se dará de acordo com o tipo antecedente.²⁸⁹

²⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 153; TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 144.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 156; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 322-323; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 492-493.

Nem sempre, porém, a consumação acontece. O agente, mesmo tendo empreendido todos os esforços possíveis no sentido de produzir o resultado típico, não consegue fazer com que este aconteça. Há, então, uma realização incompleta do tipo penal, onde, mesmo com a prática de atos executórios, a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesta hipótese, dá-se a *tentativa (conatus)* que, para Cezar Roberto Bitencourt, “é o crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstâncias acidentais. A figura típica não se completa. A conduta desenvolve-se no caminho da tipicidade, mas, antes que o agente a atinja, causa estranha detém o seu movimento”.²⁹⁰

O artigo 14, inciso II, do Código Penal conceitua o *crime tentado* como aquele que, “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. A tentativa é, portanto, a figura truncada de um crime, onde se verificam todos os traços caracterizadores do delito, menos a consumação. Constitui-se de três elementos: a) o início da execução de um fato típico, exigindo uma conduta dirigida à realização de um tipo penal; b) dolo em relação ao crime total, isto é, o agente deve querer praticar a conduta e realizar o resultado final que concretize o crime perfeito e acabado;²⁹¹ c) a não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente, vez que não há que se falar em tentativa se o infrator, não obstante sua vontade inicial de praticar do delito, interrompe o *iter criminis* pautado unicamente em seu próprio querer.

²⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 493.

²⁹¹ Ibidem, p. 497-498; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 158-159; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 328-329; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 129-130.

Prevê o artigo 15 do Código Penal que “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. É o que a doutrina costuma chamar de *tentativa abandonada*.²⁹² Enquadram-se no referido preceito legal os institutos da *desistência voluntária* e do *arrependimento eficaz*, que, por razões de política criminal, visam a estimular o agente a, voluntariamente, não seguir adiante em seu intento criminoso e, com isso, retornar da esfera da ilicitude em que se encontra para o mundo lícito, sem ser punido.²⁹³ Na expressão de Von Liszt, “é a ponte de ouro que a lei estende para a retirada oportuna do agente”.²⁹⁴

Ocorrerá a *desistência voluntária* toda vez que o agente, tendo iniciado a execução de um delito, voluntariamente interrompe a realização típica (art. 15, 1ª parte, do CP). Não é necessário que a desistência seja espontânea, ou seja, que a idéia inicial parta do próprio agente, mas é imprescindível que seja voluntária, isto é, sem qualquer coação moral ou física ou forçada por elementos circunstanciais.²⁹⁵ Julio Fabbrini Mirabete esclarece bem a diferença entre a desistência voluntária e a tentativa: na primeira, o agente pode prosseguir, mas não quer; na segunda, o agente quer prosseguir, mas não pode.²⁹⁶

Haverá o *arrependimento eficaz* quando, após ter esgotado todos os meios de que dispunha para a prática do crime, o agente voluntariamente se arrepende e evita que o resultado aconteça. Tal qual ocorre com a desistência voluntária, não se exige que o arrependimento seja espontâneo, bastando a voluntariedade (sem qualquer tipo de

²⁹² JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 334.

²⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 502.

²⁹⁴ LISZT, Von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luiz Jiménez de Asúa. Madrid: Ed. Reus, 1929, v. 3, p. 20.

²⁹⁵ RT 403/127, 664/256, 665/301, 688/326.

²⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, *op. cit.*, v. I, p. 162.

coação). Para se caracterizar o arrependimento eficaz é absolutamente imprescindível que, após ter ultimado o processo de execução do crime (esgotada toda a potencialidade agressiva), o agente impeça, de forma efetiva, a produção do resultado. É de se observar que enquanto a desistência voluntária tem caráter negativo, consistindo em o agente abandonar a empreitada criminosa iniciada, o arrependimento eficaz tem caráter positivo, pois exige que o agente pratique uma nova atividade capaz de impedir a consumação do delito.²⁹⁷

Se a nova ação do agente não for suficiente para obstar a produção do resultado, seu arrependimento não será considerado eficaz e, por isso, responderá pelo delito consumado. Naturalmente que, neste caso, sua atitude deverá ser relevada pelo juiz no momento de aplicação da pena. Dispõe a parte final do art. 15 do Código Penal que, tanto na desistência voluntária quanto no arrependimento eficaz, o agente responderá pelos atos já praticados que, *per se*, constituírem crimes, retirando-se a tipicidade com referência ao crime cuja execução o infrator iniciou. Chama-se a isso *tentativa qualificada*.²⁹⁸

Fala-se em *tentativa perfeita* ou *acabada*, ou ainda *crime falho* ou *crime imperfeito*, quando a fase de execução é integralmente realizada pelo agente, mas mesmo assim o resultado não se verifica. O infrator esgota todos os atos executórios que julga necessários para atingir o resultado típico, contudo, por circunstâncias alheias à sua vontade, o crime não se consuma (p. ex., o agente desfere todos os tiros de sua arma na vítima, atingindo-a mortalmente, todavia, esta é socorrida por terceiros e salva por intervenção médica). Aduz Damásio Evangelista de Jesus que, na tentativa perfeita, “o

²⁹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 336.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 338; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 504; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 163.

crime é subjetivamente consumado em relação ao agente que o comete, mas não o é objetivamente em relação ao objeto ou pessoa contra o qual se dirigia. A circunstância impeditiva da produção do resultado é eventual no que se refere ao agente, ou, como dizia Asúa, o resultado não se verifica por mero acidente”.²⁹⁹

A tentativa será *imperfeita, inacabada* ou *propriamente dita* quando, por interferência externa, o agente não conseguir praticar todos os atos necessários à consumação do crime (p. ex., o agressor é contido quando está desferindo golpes de faca contra a vítima que, mesmo com ferimentos, não morre). Nesta modalidade de tentativa, ao contrário do que ocorre com a anterior, o agente não exaure toda a sua potencialidade lesiva por motivos externos sobre os quais não tem controle e, em razão disso, o resultado típico pretendido não ocorre.³⁰⁰

No ordenamento jurídico pátrio, a distinção entre tentativa perfeita e imperfeita somente tem relevância para fins de dosimetria da pena (art. 59, do CP) e no que se refere aos institutos do arrependimento eficaz e da desistência voluntária. No que diz respeito a esta última, p. ex., cite-se que, por se constituir numa abstenção de atividade (o sujeito cessa seu comportamento delituoso) antes da consumação do delito, somente é possível sua ocorrência antes de o agente esgotar o processo executivo, ou seja, nos casos de *tentativa imperfeita* ou *inacabada*.

No campo da aplicação da pena em abstrato, ambas as tentativas – perfeita e imperfeita – recebem o mesmo tratamento penal, com tipicidade decorrente da

²⁹⁹ Ibidem, p. 329.

³⁰⁰ Ibidem, mesma página.

conjugação do delito não consumado com o artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal, onde se firma, como regra geral, a punição da tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Salienta a doutrina que não admitem a tentativa os crimes:

a) *culposos*, em geral, pois sua ocorrência depende sempre de um resultado lesivo causado por imprudência, negligência ou imperícia do agente (art. 18, II, do CP). Afirma Edgard Magalhães Noronha que tentativa e culpa são noções antitéticas, pois, naquela, o agente fica aquém do que desejava, e nesta vai além do que queria.³⁰¹ De fato, no crime culposos há resultado sem intenção de provocá-lo, enquanto que na tentativa há intenção de produzir o resultado, sem ocorrência deste;³⁰²

b) *preterdolosos*, pois o resultado mais grave, não querido pelo agente, é punido a título de culpa. O crime preterdoloso é uma espécie do crime qualificado pelo resultado no qual o agente age com dolo no antecedente e culpa no conseqüente. Havendo culpa pela produção do resultado mais grave, valem as mesmas considerações feitas para os crimes culposos, ou seja, nestes, o resultado produzido vai além do pretendido pelo agente enquanto que na tentativa fica aquém do esperado. Logo, incompatíveis a tentativa e os crimes preterdolosos;³⁰³

c) *unissubsistentes*, posto que impossível o fracionamento dos atos de execução. São *unissubsistentes* os delitos constituídos por único ato (*unico actu perficiuntur*), isto é, a

³⁰¹ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 132.

³⁰² JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 331.

³⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 501.

conduta é una e indivisível.³⁰⁴ Nestes, a consumação coincide com o momento da prática do ato executório unitário, inexistindo fracionamento na fase de execução. São exemplos os crimes de injúria oral e uso de documento falso (arts. 140 e 304, respectivamente, do CP). Em regra, os delitos formais e de mera conduta são unissubsistentes e, por isso, também não admitem tentativa;

d) *omissivos puros*, pois não exigem que a inércia do agente produza qualquer resultado. Os crimes omissos puros consumam-se no lugar e no momento em que a conduta legalmente exigida deixou de ser realizada e não exigem a produção de qualquer resultado para sua configuração. Assim, se o agente deixa passar o momento em que devia agir, o crime se consuma. Se ainda pode agir, não há que se falar em ilícito e sequer cogitar-se de tentativa.³⁰⁵ Além do mais, os delitos omissos puros são considerados crimes de mera conduta e, como tais, insuscetíveis de tentativa;

e) *habituais*, pois ou há reiteração de atos e habitualidade em sua prática operando-se a consumação, ou os atos praticados configuram indiferentes penais;

f) de *atentado*, pois a lei pune a tentativa como delito consumado.³⁰⁶ Configuram exemplos de crimes de atentado: “tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa” (art. 352, do CP); “tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país”, “tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente”, “tentar

³⁰⁴ NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 113 e 130.

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 501.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 500-502; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 160-161; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 331-332; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p.130-132.

mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito”, “tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados” (arts. 9º, 11, 17 e 18, respectivamente, da Lei nº 7.170/83);

g) por força expressa de lei, não se pune a tentativa de *contravenção* (art. 4º, da Lei das Contravenções Penais).

2.5 Ultraterritorialidade da Lei Penal

As normas de direito penal internacional positivadas no estatuto jurídico interno de cada país definem os limites espaciais de alcance da *lex fori* do Estado que as formula. Em homenagem aos princípios que regem a soberania e a autodeterminação dos povos, o exercício da jurisdição usualmente se restringe às fronteiras territoriais do país onde impera o direito objetivo a ser aplicado. Não seria razoável um Estado soberano impor regras jurisdicionais a outro Estado igualmente soberano, salvo em virtude de disposição permissiva expressa emanada do direito internacional costumeiro ou convencional. Nesse sentido, José Frederico Marques pondera que “na situação atual do direito das gentes, proíbe este, como limitação primordial aos Estados, que exerçam seu poder sobre o território de outro Estado. Nesse sentido a jurisdição é certamente territorial, pois não poderia ser exercida *aliunde*”.³⁰⁷ Nada impede, contudo, que um Estado, em seu próprio território, exerça sua jurisdição penal aos delitos perpetrados no estrangeiro, excetuando-se, naturalmente, uma ou outra hipótese a respeito da qual haja preceito

³⁰⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 134.

proibitivo explícito do direito internacional. Citando René Garraud,³⁰⁸ José Frederico Marques esclarece que:

*“Embora a lei penal de um povo esteja circunscrita, quanto à execução, aos limites de seu território, nem por isso se lhe impede de atingir, nesse mesmo território, as infrações penais cometidas no estrangeiro. Se a territorialidade das leis penais se baseia no princípio da soberania, este mesmo princípio leva à consequência de que todas as vezes em que o Estado tenha interesse em punir, em seu território, para salvaguardar a ordem pública do país, infração cometida no estrangeiro, pode e deve fazê-lo”*³⁰⁹ (grifos no original).

No que concerne ao direito brasileiro, à exceção das hipóteses de extraterritorialidade, como visto, aplica-se a lei penal pátria a todos os delitos (crimes ou contravenções) perpetrados em território nacional, vale dizer, combinada a norma que delimita o território pátrio em seu aspecto jurídico (em sentido estrito e por extensão) com aquela que define o cometimento da infração em solo brasileiro, a aplicabilidade da lei penal nacional é determinada pelo princípio da territorialidade em função do *locus delicti commissi*. Não se olvidou o legislador, contudo, em estabelecer regras de direito penal internacional que, por questões de interesse nacional, atribuíssem, em determinados casos, efeitos ultraterritoriais às leis penais brasileiras, permitindo-as alcançar os delitos não praticados em território brasileiro, desde que exercida a jurisdição em solo nacional. É o

³⁰⁸ GARRAUD, René. *Précis de droit penal*. 14^a ed., 1926, p. 128-129 *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 132-133.

³⁰⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 135.

que se chama *ultraterritorialidade* da lei penal brasileira, atualmente regradada pelo artigo 7º do Código Penal.

Alerta José Frederico Marques que “a *lex fori* do juiz nacional atinge tais infrações cometidas *aliunde*, não porque se amplie a noção espacial de território: já aqui não há nenhuma ligação entre território e crime, que torne a lei do Estado aplicável”.³¹⁰ De fato, nos casos de ultraterritorialidade, o que faz com que o delito praticado no estrangeiro seja atingido pela lei punitiva nacional não é mais o princípio da territorialidade, mas aqueles outros que norteiam o direito penal internacional: princípio real, da nacionalidade, da justiça penal universal e da representação.

2.5.1 *Ultraterritorialidade Incondicionada*

Há bens jurídicos que, por sua importância, representam relevantes interesses do Estado. Qualquer ofensa àqueles importa em risco à ordem pública ou à imagem do país e, por isso, recebem um tratamento especial da legislação penal.³¹¹ Prevê o Código de Bustamante que “estão sujeitos, no estrangeiro, às leis penaes de cada Estado contractante, os que commetterem um delicto contra a segurança interna ou externa do mesmo Estado ou contra o seu credito publico, seja qual fôr a nacionalidade ou o domicilio do delinquente” e que “todo nacional de um Estado contractante ou todo estrangeiro nelle domiciliado, que commetta em paiz estrangeiro um delicto contra a independencia desse Estado, fica sujeito ás suas leis penaes” (arts. 305 e 306, respectivamente, do Código de Bustamante).

³¹⁰ Ibidem, mesma página.

³¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 130; BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 229.

Notadamente no que se refere às regras brasileiras de direito penal internacional, diz-se que a lei penal pátria alcançará o delito perpetrado em detrimento a tais bens jurídicos mesmo que praticado fora do território nacional e, ainda, sem se subordinar a qualquer requisito ou depender da anuência do país onde o crime ocorreu. São os casos de *ultraterritorialidade incondicionada* da lei penal brasileira, taxativamente previstos no artigo 7º, *caput*, I, do Código Penal, que estabelece:

“Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”.

Cuidam os dispositivos retrotranscritos da imprescindível tutela de bens jurídicos de interesse nacional, nas hipóteses das letras “a”, “b” e “c”, e de importância para toda a humanidade, no caso da letra “d”, defesa essa que se encontra alicerçada nos princípios da proteção jurídica necessária e da justiça penal universal, respectivamente.

Os delitos contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, notadamente aqueles com viés político, são de tamanha gravidade que alguns deles, conforme for a motivação e os objetivos do agente e a lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico, podem ser tipificados na lei que define os crimes contra a segurança nacional (arts. 28 e 29 c/c 26, §2º, I e II, §1º, III, todos da Lei nº 7.170/83).

Para Edgar Carlos de Amorim, os chamados *crimes políticos* caracterizam-se em razão de dois critérios: o *objetivo* e o *subjetivo*. Pelo primeiro, observa-se apenas se o crime foi praticado contra a ordem política estatal, pelo segundo, se o delito foi perpetrado com finalidade política.³¹² Partindo-se da natureza do bem jurídico tutelado, será considerado crime político todo aquele que lesionar ou ameaçar de lesão a estrutura política vigente de um país. Relevando-se o *animus* do agente, será político o delito que apresentar uma motivação desse caráter. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/83 dão subsídios para a definição de crime político, podendo este ser considerado, no particular, como aquele que abarca uma conduta que lese ou exponha a perigo de lesão a soberania nacional e a ordem política e que tenha motivação e objetivos políticos em sua essência.

Não sendo o caso de crime com motivação política, os delitos contra a vida ou a liberdade do Presidente da República encontram suas devidas tipificações no Código Penal (p. ex., homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, constrangimento ilegal, ameaça, seqüestro e cárcere privado, previstos nos arts. 121, 122, 146, 147, 148, respectivamente, do CP) e em legislação extravagante diversa da Lei de Segurança Nacional.

As ofensas contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, dos Estados, Territórios, Municípios, empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações instituídas pelo Poder Público estão tipificadas, em maior número, no Título II – Dos Crimes Contra o Patrimônio e no Título X – Dos Crimes Contra a Fé Pública do Código Penal naquilo que se aplica quando são vítimas as pessoas jurídicas mencionadas (p. ex., roubo, furto, estelionato, falsificação de moeda, falsidade de

³¹² AMORIM, Edgar Carlos de, *op. cit.*, p. 104.

títulos públicos, previstos nos arts. 157, 155, 171, 289 e 293, respectivamente). Quanto aos crimes praticados contra a administração pública por quem está a seu serviço, citem-se, como exemplo, os delitos de peculato (art. 312, do CP), concussão (art. 316, do CP) e corrupção passiva (art. 317, do CP).

Outra hipótese de ultraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira é prevista nas disposições de direito penal internacional pátrio e refere-se aos crimes de genocídio, quando praticados por agente brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 7º, I, d, do CP).

Em sua maioria, a doutrina considera que, neste caso, resta consagrado o princípio da justiça penal universal ou da universalidade, na medida em que o nefando delito de genocídio atinge a toda a humanidade e, por sua hediondez, deve o infrator ser punido onde quer que se encontre, independentemente do *locus delicti commissi*.³¹³ Fernando da Costa Tourinho Filho, Aníbal Bruno e Nilo Batista, entretanto, defendem uma posição minoritária ao afirmarem que, por se relevar a circunstância de o agente ser brasileiro ou domiciliado no Brasil, o princípio de direito penal internacional aplicado seria o da nacionalidade ativa.³¹⁴ Discordamos de tal posicionamento preferindo aderir à corrente majoritária, pois como a lei se contenta com o domicílio do agente em território nacional, ainda que o infrator não seja brasileiro, para nós resta afastada a incidência do princípio da nacionalidade ativa. Ademais, o genocídio é um delito que atenta contra o

³¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 79; DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 94; entre outros.

³¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 131; BRUNO, Aníbal e BATISTA, Nilo. **Teoria da lei penal**. São Paulo: RT, 1974, p. 23.

interesse de toda a humanidade e, por isso, cremos que se amolda melhor à espécie o princípio da justiça penal universal.

Assevera Valerio de Oliveira Mazzuoli que:

*“O crime de genocídio foi, sem sombra de dúvida, uma das grandes preocupações do período pós-Segunda Guerra, que levou à adoção, pela Resolução 260-A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, onde ficou expresso, agora em caráter de hard law, o entendimento de ser o genocídio um crime internacional e a mais grave espécie de crime contra a humanidade [a citada Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952]”.*³¹⁵

Leisa Boreli Prizon relembra alguns episódios de genocídio ocorridos no mundo: “o massacre dos índios americanos; dos armênios pelos turcos; dos Incas e Astecas; um milhão e meio ou dois milhões de mortos na guerra do Vietnã; Serra Leoa; Moçambique; Angola; El Salvador; Nicarágua; Rússia; Irã; Coréia; Hiroshima; Nagasaki; Timor Leste; Iraque, entre outros”.³¹⁶

³¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *op. cit.*, p. 48.

³¹⁶ PRIZON, Leisa Boreli. **Genocídio**: análise histórica e competência pelo tribunal penal internacional. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 431.

Na legislação brasileira, o crime de genocídio é especificamente tratado na Lei nº 2.889/56, que, em seu artigo 1º, prevê sanção criminal a quem:

“com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo”.

Ressalta Leisa Boreli Prizon que a Lei nº 2.889/56, ao definir o crime de genocídio, adotou critério semelhante ao anteriormente utilizado pela Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, a qual, em seu art. 2º, o considera como sendo:

“qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: matar membros seus, causar-lhes graves lesões à integridade física ou mental (genocídio físico), submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial, medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo

*(genocídio biológico), transferência forçada de menores do grupo para outro (genocídio cultural)”.*³¹⁷

As penas cominadas para condutas descritas no artigo 1º da Lei nº 2.889/56 são às correspondentes ao art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra “a” (matar membros do grupo), ao art. 129, § 2º, do Código Penal, no caso da letra “b” (causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo), ao art. 270, do Código Penal, no caso da letra “c” (submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial), ao art. 125, do Código Penal, no caso da letra “d” (adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo), e ao art. 148 do Código Penal no caso da letra “e” (efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo).

Outrossim, a citada lei estabelece como típicas as condutas de “associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior [art. 1º, da Lei nº 2.889/56]” e “incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o artigo 1º” (arts. 2º e 3º, respectivamente, da Lei nº 2.889/56).

O Código Penal Militar igualmente prevê tipificações para o crime de genocídio, estabelecendo tratamento diferenciado quando cometido em tempo de paz (art. 208, do CPM) ou de guerra (arts. 401 e 402, do CPM). A Lei nº 8.072/90 classifica o crime de genocídio, tentado ou consumado, como hediondo (art. 1º, parágrafo único) e, portanto, insuscetível de graça, anistia, indulto, liberdade provisória e fiança (art. 2º, I e II).

³¹⁷ Ibidem, p. 433.

No âmbito do direito internacional penal, é preciso consignar que o delito de genocídio é um dos que figuram no rol dos crimes sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional – criado pelo Estatuto de Roma em 17.07.1998, aprovado pelo parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002 – ao qual o Brasil, por força do §4º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem o dever de submissão.

Neste contexto, poderiam pensar alguns que estaria revogado o art. 7º, I, d, do Código Penal e que, nos crimes de genocídio e outros de competência do Tribunal Penal Internacional (crimes contra a humanidade, crimes de guerras e crime de agressão – art. 5º, 1, a, b, c, e d, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional) haveria ofensa à soberania brasileira com a supressão da jurisdição nacional. Não é bem assim. A jurisdição a ser exercida pelo Tribunal Penal Internacional é estritamente complementar, incidindo somente nos crimes de sua alçada em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem a efetiva vontade de agir na punição de criminosos que tenham praticados delitos (art. 17 c/c art. 5º, ambos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional).

Destarte, salvante as graves circunstâncias de incapacidade, omissão ou ilegal favorecimento por parte do Estado membro em punir os responsáveis pelos crimes sob sua jurisdição, caberá a este, prioritariamente e com absoluta liberdade e supremacia, aplicar suas regras de direito penal objetivo, sem qualquer interferência de quem quer que seja, pois a jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional é residual e, sendo o

caso, somente se instaurará após esgotadas as vias procedimentais internas dos países que voluntariamente a ele aderiram antes do fato a ser julgado.³¹⁸

Note-se que se crime de genocídio for praticado por estrangeiro contra brasileiro, a ultraterritorialidade da lei penal nacional deixará de ser incondicionada, passando a incidir a norma prevista no artigo 7º, §3º, do Código Penal, a qual impõe condições para aplicação das normas de direito objetivo pátrio.

Em todas as hipóteses de ultraterritorialidade incondicionada descritas no artigo 7º, inciso I, do Código Penal, a persecução penal é exercida *sine conditione*, pouco importando a nacionalidade do agente, o local onde o crime fora praticado, se o fato é punível ou não no país em que foi cometido ou se neste tenha ocorrido a extinção da punibilidade.³¹⁹ Mesmo se o agente já tiver sido absolvido ou, condenado, tenha cumprido pena no estrangeiro, a jurisdição penal brasileira, face aos relevantes interesses nacionais vulnerados pelo crime, não será afastada, podendo os órgãos jurisdicionais pátrios processar e julgar novamente o mesmo fato segundo os ditames de nossa legislação criminal (art. 7º, §1º, do CP).

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt alerta que:

“A excessiva preocupação do Direito brasileiro com a punição das infrações relacionadas no inciso I do artigo 7º levou à consagração de um injustificável e odioso bis in idem, nos termos do §1º do mesmo

³¹⁸ Ibidem, p. 429-439; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *op. cit.*, p. 33-44 e 66-70.

³¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 229; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 130-131.

*dispositivo, que dispõe: ‘Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro’. Nenhum Estado Democrático de Direito pode ignorar o provimento jurisdicional de outro Estado Democrático de Direito, devendo, no mínimo, compensar a sanção aplicada no estrangeiro, mesmo que de natureza diversa”.*³²⁰ (grifos no original)

A par desta questão, o legislador previu, no artigo 8º do Código Penal, que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Na primeira hipótese, há uma *diversidade qualitativa* das penas, isto é, são de naturezas diversas (p. ex., pecuniárias e privativas de liberdade). Por essa razão, o *quantum* referente à atenuação obrigatória será fixado a critério do juiz. Se as penas forem de mesma natureza, haverá mera *diversidade quantitativa* entre elas e, no particular, a comutação será feita pelo julgador cabendo-lhe abater da pena cominada no Brasil o *quantum* já cumprido no estrangeiro.³²¹ Também o artigo 42 do Código Penal, c/c artigo 41 do mesmo dispositivo, determina computar-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou qualquer outro estabelecimento congênere, consagrando, destarte, o instituto da *detracção*.

³²⁰ Ibidem, p. 229-230.

³²¹ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 135.

2.5.2 *Ultraterritorialidade Condicionada*

Há outras situações previstas na legislação onde é possível a aplicação da lei penal brasileira aos crimes praticados fora do território nacional, porém, desta vez, condicionada ao preenchimento de alguns requisitos obrigatórios e cumulativos, na falta dos quais não poderá a jurisdição pátria ser exercida. É o que se chama de *ultraterritorialidade condicionada* da lei penal, cujas hipóteses, fulcradas em princípios do direito penal internacional, compreendem os crimes:

a) *que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir* (art. 7º, II, a, do CP): visando a prevenir e a coibir crimes de maior gravidade que ecoam, direta ou reflexamente, no cenário mundial, em especial aqueles que afrontam os direitos humanos, o governo brasileiro tem firmado convenções e tratados internacionais, tanto no âmbito da ONU quanto na circunscrição regional interamericana,³²² a fim de permitir aos órgãos jurisdicionais nacionais processar e julgar os delitos de transcendência cosmopolita cuja repressão interessa a toda a comunidade internacional, independentemente do local onde

³²² São exemplos: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (adotada pela Resolução nº 2.106-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965, e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979, e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984); Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1994, e ratificada pelo Brasil em 28.09.1989); Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada pela Resolução nº L.44 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, e ratificada pelo Brasil em 24.09.1990); Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22.11.1969, e ratificada pelo Brasil em 25.09.1992); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (adotada no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 09.12.1985, e ratificada pelo Brasil em 20.07.1989); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995); Convenção Única das Nações Unidas sobre Estupefacientes (assinada em 30.03.1961, na cidade de Nova Iorque/EUA, e ratificada pelo Brasil em 27.08.1964); Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas (assinada em 21.02.1971, na cidade de Viena/Áustria, e ratificada pelo Brasil em 14.03.1977) e Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (assinada em 20.12.1988, na cidade de Viena/Áustria, e ratificada pelo Brasil em 26.06.1991).

foram perpetrados ou da nacionalidade dos envolvidos.³²³ Nesse sentido, o artigo 307 do Código de Bustamante já estabelecia que “tambem estarão sujeitos ás leis penaes do Estado estrangeiro em que possam ser detidos e julgados aquelles que commettam fora do territorio um delicto, como o tráfico de mulheres brancas, que esse Estado contractante se tenha obrigado a reprimir por accôrdo internacional”. Consagra-se, na hipótese, o princípio da justiça penal universal, valoroso instrumento de cooperação penal internacional na repressão do crime enquanto um mal coletivo que a todos afeta.

b) *praticados por brasileiro* (art. 7º, II, b, do CP): embasado nos fundamentos que sustentam o princípio da nacionalidade ativa, o presente dispositivo visa, sobretudo, a impedir que brasileiros perpetradores de ilícitos penais no estrangeiro fiquem impunes face à vedação legal de extradição de nacionais.³²⁴ Apregoa Ney Moura Teles que “se o Brasil não extradita seus nacionais, deverá, então, julgá-los aqui, segundo a lei brasileira, pois, se não o fizesse, estaria consagrando a impunidade para seus cidadãos que delinqüissem fora do Brasil e conseguissem aqui se homiziar”.³²⁵

c) *praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados* (art. 7º, II, c, do CP): trata-se de uma hipótese de jurisdição subsidiária que autoriza a aplicação da lei penal brasileira quando, por qualquer razão que seja, o Estado que, segundo o critério da territorialidade, deveria processar e julgar o delito, deixa de fazê-lo. Incide, no caso, o princípio da representação, fundamentado na deficiência legislativa ou no desinteresse do

³²³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 230; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, p. 131; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 131.

³²⁴ *Ibidem*, p. 230; *Ibidem*, p. 131; NORONHA, Edgard Magalhães, *op. cit.*, p. 91; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 136-137;

³²⁵ TELES, Ney Moura, *op. cit.*, p. 99.

país que deveria reprimir o crime e se omitiu. Afirma Damásio Evangelista de Jesus que, nesta situação, “o poder punitivo brasileiro substituirá o estrangeiro, competente para a intervenção, mas desinteressado no exercício da pretensão punitiva por razões irrelevantes”.³²⁶ Mais uma vez, o fim maior da norma é impedir a impunidade.

d) *cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil* (art. 7º, §3º, do CP): majoritariamente, a doutrina defende a incidência, neste caso, do mesmo princípio da proteção ou da defesa que fundamenta as hipóteses de ultraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira descritas no artigo 7º, I, a, b e c, do Código Penal, analisado alhures.³²⁷ Em menor número, há os que defendem que, na verdade, vigora na norma em estudo o princípio da nacionalidade passiva, pois o importante seria meramente a nacionalidade brasileira da vítima. Sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho não se manifesta, limitando-se a deixar clara a divergência doutrinária.³²⁸ Partindo-se do pressuposto que são condições para aplicação do princípio da nacionalidade passiva que o infrator e a vítima ou o infrator e o bem jurídico lesado sejam da mesma nacionalidade, parece mais acertada a orientação de José Frederico Marques que, em consonância com o entendimento dominante, afirma que “a lei interna de nosso país, no artigo 7º, §3º, do Código Penal, manda que se aplique a norma punitiva do Brasil a crimes praticados fora do território nacional por estrangeiro contra brasileiros, em consequência da proteção externa

³²⁶ JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 132.

³²⁷ *Ibidem*, p. 132; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 142; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 80.

³²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 132.

dos interesses nacionais, e nunca por admitir o princípio da nacionalidade no Direito Penal Internacional”.³²⁹

Para a incidência do direito penal objetivo em qualquer uma das hipóteses adrede listadas, é imperioso que as seguintes condições sejam rigorosa e cumulativamente satisfeitas:

a) *entrar o agente no território nacional* (art. 7º, §2º, a, do CP): não distingue a lei a forma da entrada do infrator em solo brasileiro, se voluntária ou forçosamente (p. ex., em decorrência de extradição, expulsão ou deportação), se temporária ou prolongada, se a negócios ou a passeio, se legal ou clandestinamente.³³⁰ Para satisfação deste requisito basta que se comprove que o agente está em território brasileiro. Eventual saída do infrator do Brasil não prejudicará o andamento da ação penal, desde que o réu tenha sido regularmente citado, pessoalmente ou por meio de seu advogado, conforme se infere da leitura do art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 9.271/96;

b) *ser o fato punível também no país em que foi praticado* (art. 7º, §2º, b, do CP): é preciso que a conduta do agente seja penalmente relevante tanto no Brasil quanto no local onde foi perpetrada, independentemente do *nomen juris* empregado pelas leis penais brasileira e estrangeira. Exige-se, portanto, a adequação do fato a um tipo penal legalmente descrito pela *lex fori* e pela *lex loci delicti*. Se cometido o delito em lugar não submetido à jurisdição específica de qualquer país (p. ex., em alto mar), aplica-se, em regra, o direito penal objetivo do país de nacionalidade do infrator. Damásio Evangelista de Jesus e José

³²⁹ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 142.

³³⁰ *Ibidem*, p. 137; JESUS, Damásio Evangelista de, *op. cit.*, v. 1, p. 133; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 80.

Frederico Marques lembram a resolução do Instituto de Direito Internacional de Munich, de 23.09.1833, onde se preceitua que “os nacionais se consideram responsáveis, de acordo com as leis de sua pátria, em toda infração praticada em países não submetidos a soberania alguma”,³³¹ sendo possível, contudo, a incidência subsidiária da jurisdição brasileira a estes casos.³³² Esclarece José Frederico Marques que a condição de que trata a regra legal ora estudada “decorre do caráter subsidiário da jurisdição nacional nos crimes cometidos *aliunde*, caráter esse que é evidente em face das condições todas que a lei enumera para a perseguição desses crimes. Por ser subsidiária a competência pessoal, dados estrangeiros como a punibilidade do delito em face da *lex loci* precisam ser considerados e pesados pela *lex fori*”.³³³

c) *estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição* (art. 7º, §2º, c, do CP): José Francisco Rezek conceitua a extradição como sendo “a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena”.³³⁴ Justifica-se na busca do ideal de justiça contra a impunidade, na solidariedade que deve existir entre os Estados na luta contra a violação dos direitos do homem e no dever moral de cada Estado de cooperar na repressão à criminalidade.³³⁵ Assegura a Constituição Federal de 1988 que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” e que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime

³³¹ Ibidem, p. 139-140; Ibidem, p. 133-134.

³³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 80.

³³³ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 139.

³³⁴ REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 197.

³³⁵ AMORIM, Edgar Carlos de, *op. cit.*, p. 102.

político ou de opinião” (art. 5º, incisos LI e LII, respectivamente, da Lei Maior). Em sede infraconstitucional, a Lei nº 6.815/80, conhecida como a Lei ou o Estatuto do Estrangeiro, regulamenta, dentre outros institutos pertinentes ao tema (v.g. registro, naturalização, deportação, expulsão), a extradição (Título IX, arts. de 76 a 94). Detalhadamente e em sintonia com a Carta Política de 1988, a citada lei estabelece as condições (arts. 77, 78 e 91, da Lei nº 6.815/80) e os procedimentos (arts. 80 e 83, da Lei nº 6.815/80) que devem ser fielmente observados para atendimento do pedido de extradição, o qual necessariamente tem por fundamento jurídico um tratado bilateral e específico entre os dois países envolvidos³³⁶ ou uma promessa de reciprocidade, onde o Estado requerente se compromete a acolher, no futuro, pedidos que transitem em sentido inverso (art. 76, da Lei nº 6.815/80). Não atendidos todos os requisitos impostos pela legislação, resta prejudicada a extradição e, por conseguinte, a aplicação ultraterritorial da lei penal brasileira face ao não cumprimento da condição estabelecida no artigo 7º, §2º, c;

d) *não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena* (art. 7º, §2º, d, do CP): a subsidiariedade da lei penal brasileira nos casos de ultraterritorialidade condicionada impede o exercício da jurisdição nacional se o infrator foi absolvido ou, condenado, cumpriu integralmente sua pena no estrangeiro, posto que em ambas as situações inexistirá o direito de punir, “quer por achar-se extinto, quer por ser declarado inexistente, quer ainda por já estar satisfeito com o cumprimento da *sanctio juris* imposta em sentença condenatória”.³³⁷ Se o agente, entretanto, mesmo condenado, não cumpriu a

³³⁶ Atualmente, o Brasil possui tratados de extradição em vigor celebrados com dezoito países: Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, Itália, México, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça, Uruguai, Venezuela. Tramitam ainda no Congresso Nacional projetos de tratados de extradição com o Canadá, França, Rússia, Líbano e entre os países membros do MERCOSUL.

³³⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 140-141.

pena ou o fez parcialmente, será possível a aplicação da lei penal brasileira, observando-se as regras do *non bis in idem* contidas nos artigos 8º e 42 do Código Penal;

e) *não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável* (art. 7º, §2º, e, do CP): similarmente ao explanado no item anterior, não será possível a persecução penal no Brasil se o agente, sob a égide da lei que lhe for mais benéfica – nacional ou estrangeira – estiver protegido por qualquer causa extintiva de punibilidade. O Código Penal pátrio prevê, em seu artigo 107, circunstâncias que impedem o pleno exercício da jurisdição penal brasileira. São elas: a morte do agente (inc. I), a concessão de anistia, graça ou indulto (inc. II), a retroatividade de lei que não mais considerada o fato criminoso (inc. III), a prescrição, decadência ou perempção (inc. IV), a renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada (inc. V), a retratação do agente, nos casos admitidos pela lei (inc. VI) e o perdão judicial legalmente previsto (inc. IX).

Notadamente no que se refere aos delitos cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do território nacional (art. 7º, §3º, do CP), a legislação penal pátria exige, para o exercício de nossa jurisdição, além de serem preenchidos todos os requisitos já citados, que não tenha sido pedida ou, se pedida, tenha sido negada a extradição (art. 7º, §3º, a, do CP) e que tenha havido requisição do Ministro da Justiça (art. 7º, §3º, b, do CP), o qual representando a Justiça do Brasil, resolverá sobre a conveniência e a oportunidade da ação penal.³³⁸

³³⁸ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, v.1, t. 1, p. 199.

A Lei n° 9.455/97 estabeleceu uma nova hipótese de ultraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira, especificamente voltada para os crimes de tortura definidos em seu art. 1°, incisos I e II, e §§ 1° e 2°. Prevê o artigo 2° da referida lei que mesmo não cometido o crime de tortura no território nacional, seu autor será punido no Brasil se a vítima for brasileira (princípio da nacionalidade) ou se o agente estiver em local sob a jurisdição brasileira (princípio da justiça penal universal). A satisfação alternativa de uma ou de outra condição será suficiente – independentemente do preenchimento de qualquer outro requisito estudado – para ensejar a *persecutio criminis*, em solo nacional, do agente que praticar o delito de tortura.

Como visto anteriormente, o princípio da territorialidade é absoluto quanto às contravenções, haja vista o disposto no artigo 2°, da Lei das Contravenções Penais, que é claro ao afirmar que “a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”. Assim sendo, não se cogita a existência de qualquer hipótese de ultraterritorialidade envolvendo os ilícitos tipificados no Decreto-Lei n° 3.688/41.

Ressalte-se que as mesmas considerações feitas acerca da regra do *non bis in idem*, estampada nos artigos 8° e 42 do Código Penal, valem para os casos de ultraterritorialidade condicionada, ou seja, a pena cumprida no estrangeiro, total ou parcialmente, atenua a sanção criminal imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

2.6 Conflito e Concorrência de Jurisdições

Dentre os objetos do direito internacional privado brasileiro, destacam-se o estudo e a tentativa de amenizar os efeitos negativos do conflito de leis no espaço, especialmente quando estas, de alguma forma, possam vir a ferir a soberania ou a ordem

pública local.³³⁹ É o que se chama *conflito de jurisdições*, verificado na ocorrência de uma determinada relação jurídica que, em razão de seus elementos de estraneidade, estiver sujeita à função judicante de mais de um Estado soberano.³⁴⁰ Vera Maria Barrera Jatahy indica que:

*“A expressão conflito de jurisdições para designar o objeto do estudo parece adequada [em contraposição a ‘competência internacional’, ‘competência geral’, ‘competência judiciária’ e ‘competência jurisdicional’, expressões igualmente utilizadas para designar a mesma matéria, cf. pp. 10-12], considerados a soberania dos Estados e seus interesses concorrentes, e focalizada a matéria no plano comparativo, tendo em vista a relação jurídica litigiosa inserida no âmbito da sociedade internacional, com elementos vinculantes a mais de um sistema jurídico potencialmente competente para julgá-la”*³⁴¹ (grifos no original).

Havendo conflito de jurisdições, deverá o operador de direito, valendo-se de normas delimitadoras de origem interna e/ou formalizadas em convenções e tratados internacionais – regras que representam, a bem da verdade, uma autolimitação imposta pelo país à sua própria jurisdição e que, assim, podem vir a permitir o reconhecimento do exercício de outras jurisdições –, determinar se uma controvérsia em concreto, resultante de uma relação internacional, será processada e julgada perante o Poder Judiciário do país A ou do país B, ambos envolvidos no conflito, soberanos, autônomos quanto ao seu poder

³³⁹ AMORIM, Edgar Carlos de, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁰ JATAHY, Vera Maria Barrera, *op. cit.*, p. 9.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

jurisdicional e com interesses não apenas na solução harmônica da celeuma, mas também na convivência pacífica dentro da comunidade internacional.³⁴²

Na seara do direito penal internacional, tratamento diverso é dado às diferentes jurisdições que, eventualmente, tenham interesse na punição de um mesmo fato ilícito. Enquanto que no direito internacional privado apenas um país pode exercer sua jurisdição, excluindo-se as outras, no direito penal internacional um Estado detém a prerrogativa de exercê-la principalmente e outros subsidiariamente. Nos dizeres de Pontes de Miranda, “num só plano discriminam-se as competências legislativas de direito privado, exclusivas umas das outras e insuperponíveis. As de direito penal escalam-se, são degraus, a umas se desce quando a anterior falhou”.³⁴³

Poder-se-ia dizer que no âmbito criminal inexistente um real conflito de jurisdições, mas sim uma *concorrência de jurisdições*, com prioridade de exercício por um determinado país, sem exclusão dos demais interessados, conforme as regras de direito penal internacional adotadas e os princípios doutrinários que informam a matéria. Se sobre determinado fato criminoso concorrerem a jurisdição nacional e a estrangeira, ambas, em tese, poderão ser exercidas, porém as regras e princípios adrede estudados apontarão qual país terá prioridade na aplicação da lei penal e quais as conseqüências de uma primeira sentença prolatada no eventual exercício do poder jurisdicional de um segundo país.

Fala-se, assim, em *jurisdição principal* ou *preponderante* – aquela que será exercida de forma independente, sem relevar eventual sentença prolatada

³⁴² Ibidem, p. 3-11.

³⁴³ MIRANDA, Pontes de *In Revista de Direito Penal*, v. I, p. 513, *apud* MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 152.

anteriormente, salvo para fins de detração de pena – e *jurisdição secundária* ou *subsidiária* – aquela que pode ser exercida respeitando-se a sentença do país que detém a jurisdição principal ou, de forma autônoma, na omissão deste.³⁴⁴

Uma vez que o direito penal é essencialmente territorial, em regra a sentença prolatada por um país tem eficácia executória nos limites de seu território. Pode ocorrer, contudo, que uma determinada sentença precise ser executada em outro país e neste surtir seus efeitos. Nesse caso, por ser sua execução um ato de soberania, é preciso que a sentença estrangeira seja homologada pelo Estado em que se pretenda executá-la para que este lhe atribua eficácia executória.

No Brasil, o art. 9º do Código Penal preceitua que “a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II - sujeitá-lo a medida de segurança” e estabelece que a homologação depende “a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça” (art. 9º, parágrafo único, do CP).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 deslocou a competência para homologação de sentenças estrangeiras do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i, da CF/88). Em se tratando de efeitos secundários da sentença, não destinados à execução, a decisão estrangeira não precisa ser submetida à

³⁴⁴ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 153; DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 96.

homologação no Brasil. Afirma Julio Fabbrini Mirabete que, nestes casos, é considerada como *fato jurídico* e, como tal, é capaz de produzir efeitos jurídicos perante a lei brasileira, bastando, para tanto, uma prova documental idônea de sua existência (p. ex., uma certidão devidamente traduzida).³⁴⁵ Tão-somente é o que se exige da sentença penal estrangeira para fins de detração da pena (art. 42, do CP), reincidência (art. 63, do CP) e análise das condições impostas pelo art. 7º, §2º, “d” e “e” para ultraterritorialidade condicional da lei penal brasileira.

No que concerne às regras do direito penal internacional brasileiro e aos princípios de direito penal internacional adotados pelo Código Penal pátrio, percebe-se que nas hipóteses de territorialidade (art. 5º, do CP) e de ultraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira (art. 7º, I, do CP), a jurisdição nacional é preponderante em relação à jurisdição estrangeira, vez que a norma determina a *persecutio criminis* mesmo se o agente tiver sido absolvido ou condenado no estrangeiro (art. 7º, §1º, do CP). Sobre o assunto, José Frederico Marques pondera:

“Quando à jurisdição brasileira compete conhecer do crime, ou porque cometido no território nacional (art. 5º do C. Penal) ou por força dos princípios de competência real (art. 7º, nº I, do C. Penal), seu caráter é o de jurisdição principal. Não importa que apenas em parte tenha sido o delito cometido em território nacional; ou que, não no território terrestre, mas no fictício se tenha dado a infração: desde que a lei considera o crime praticado em território nacional, a jurisdição brasileira é a principal para dele conhecer e julgar. Sendo assim, a

³⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, *op. cit.*, v. I, p. 92.

*absolvição no estrangeiro não impedirá nova persecutio criminis, nem obstará julgado condenatório do juiz brasileiro. Punido o fato pela lei nacional, e não extinta a punibilidade em face dessa mesma lei, tollitur quaestio: os tribunais pátrios conhecem da infração, fazendo tabula rasa da sentença proferida aliunde, das leis penais estrangeiras, ou de qualquer ato de indulgência soberana que beneficie o réu no outro Estado. Também, se for condenatória a decisão, aplicam-se as mesmas regras. O juiz brasileiro pode muito bem absolver o réu, malgrado lhe tenha sido imposta pena em jurisdição estrangeira”.*³⁴⁶

De outro lado, a jurisdição nacional será subsidiária nas hipóteses de ultraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira (art. 7º, II e §3º, do CP), preponderando sobre a sentença emanada pelo órgão jurisdicional pátrio aquela oriunda do estrangeiro, vale dizer, se absolvido o réu pelo magistrado que exerceu a jurisdição principal, por qualquer motivo que seja (p. ex., inexistência de fato típico, falta de materialidade, ausência de provas suficientes que comprovem a autoria ou qualquer causa extintiva de punibilidade), restará impedida nova *persecutio criminis* no Brasil. De igual forma, o infrator condenado no estrangeiro que lá tiver cumprido *in totum* sua pena não será novamente processado em solo nacional pelos mesmos fatos.³⁴⁷ Outrossim, pelo caráter subsidiário da jurisdição, deverão todos os requisitos previstos para os casos de ultraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira ser cumulativa e totalmente cumpridos.

³⁴⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 153-154.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 153; DEMO, Roberto Luis Luchi, *op. cit.*, p. 96.

Sendo subsidiária a incidência da jurisdição brasileira, vale lembrar que a regra do *non bis in idem* estabelecida nos artigos 8º e 42 do Código Penal tem aplicabilidade, afastando-se o duplo apenamento pelo mesmo fato.

Por fim, consigne-se que, malgrado a nítida distinção existente entre os institutos da jurisdição e da competência, é corriqueiro o emprego de um no lugar do outro mesmo na linguagem legislativa, o que pode ensejar confusões quanto aos institutos. No âmbito do processo penal, exemplo claro de desapego, por parte do legislador, do rigor técnico-conceitual atinente aos institutos adrede mencionados pode ser verificado no capítulo IV, do título VI, do livro I, do Código de Processo Penal, onde, sob a rubrica de “DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO”, trata-se, na verdade, de regramento afeto ao conflito de competências.

Na doutrina não é diferente. Não raro, fala-se impropriamente em *conflito positivo* ou *negativo de jurisdição* – duas ou mais autoridades judiciárias se consideram competentes ou incompetentes, respectivamente, para conhecer do mesmo fato criminoso (art. 114, I, do CPP) – quando o correto seria *conflito positivo* ou *negativo de competência*, pois não se discute, no particular, a aplicabilidade das leis penais brasileiras, mas qual órgão jurisdicional interno estaria legalmente incumbido de processar e julgar o feito.

Fernando da Costa Tourinho Filho usa a expressão *conflito de jurisdição* para se referir à divergência entre órgãos da Justiça Comum e Especial, distintos órgãos da Justiça Especial e órgãos jurisdicionais de diferentes unidades da federação, quanto ao processamento e julgamento de uma determinada controvérsia. Justifica-se afirmando que emprega o termo *jurisdição* como sinônimo de *justiça*. Para o jurista, haveria *conflito de*

competência se a discussão ocorresse entre dois ou mais órgãos da mesma “justiça”, p. ex., entre órgãos da jurisdição comum da mesma unidade da federação.³⁴⁸

Julio Fabbrini Mirabete, a seu turno, fala em *conflito de jurisdição em sentido próprio* se houver divergência entre órgãos pertencentes a diferentes unidades federadas ou entre órgão de uma unidade federada e a União. Afirma ainda que a palavra *jurisdição*, no caso, não significa o poder de decidir com autoridade, de dizer o direito, que todo juiz tem, mas significa *competência*, sua limitação. Quanto ao conflito de competência, Julio Fabbrini Mirabete acompanha Fernando da Costa Tourinho Filho ao defini-lo como aquele estabelecido entre juízes e tribunais da mesma “jurisdição”.³⁴⁹

Preferimos permanecer fiéis ao rigor técnico-conceitual dos institutos da jurisdição e da competência, considerando, em síntese, que apenas é possível o *conflito de jurisdição* entre países soberanos e o *conflito de competência* entre órgãos jurisdicionais internos. Neste diapasão, somente é cabível conhecer-se esta última modalidade de conflito quando a jurisdição nacional estiver precisamente estabelecida, pois a competência é medida – parte – da jurisdição e não haveria sentido discutir o fracionamento daquilo que sequer fora firmado enquanto todo. Preliminarmente assentado o entendimento de que se aplicará a lei penal objetiva brasileira ao caso concreto e, por óbvio, superado eventual conflito de jurisdição entre os países soberanos envolvidos, será necessário determinar, com precisão, o órgão jurisdicional nacional legalmente competente para processar e julgar a controvérsia.

³⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 2, p. 617.

³⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, *op. cit.*, p. 226.

Para tanto, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes sugerem que o juízo adequado seja definido identificando-se a competência de forma sucessiva, obedecendo-se, via de regra, a seguinte ordem de fixação:³⁵⁰

1º) *Competência de Justiça* ou de “*Jurisdição*” (qual a Justiça competente: Especial ou Comum?): o legislador constituinte adotou como critérios para fixação desta competência a natureza da relação jurídica material controvertida (arts. 114, 121 e 124, da CF/88) e a qualidade das pessoas (arts. 109 e 125, §§ 3º e 4º, da CF/88). Afirma Maria Lúcia Karam que “é em regras constitucionais que irá se estabelecer o âmbito de atuação dos órgãos que compõem cada sistema integrado e autônomo de órgãos jurisdicionais especiais, as chamadas ‘justiças’ especiais (justiça militar e eleitoral [e também a trabalhista]) e comuns (a justiça federal e as justiças estaduais e local do Distrito Federal)”.³⁵¹ A rigor, a expressão competência de “jurisdição”, muito utilizada pelos operadores do direito, é incorreta e contraditória, pois a matéria se refere unicamente a fixação de competência entre as justiças especiais (trabalhista, eleitoral ou militar) e comum (federal ou estadual), nada tendo a ver com a jurisdição enquanto poder uno e homogêneo inerente ao Estado soberano.³⁵²

2º) *Competência Originária* ou *Hierárquica* (é competente o órgão jurisdicional superior ou inferior?): via de regra, os chamados órgãos judiciários de primeiro grau de jurisdição ou de primeira instância são os que processam e julgam a grande maioria das controvérsias

³⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *op. cit.*, p. 44; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 232-233.

³⁵¹ KARAM, Maria Lúcia, *op. cit.*, p. 17-18.

³⁵² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 237.

propostas perante o Poder Judiciário. Excepcionalmente, porém, em razão da relevância de certas matérias ou da função exercida pelo réu, a controvérsia pode ser, desde logo, submetida à apreciação dos órgãos de jurisdição superior, como ocorre, p. ex., nos casos previstos nos artigos 102, I, b e c, 105, I, a, 108, I, a e b, 29, X, todos da Constituição Federal de 1988. Fala-se, neste caso, em *competência por prerrogativa de foro*. A competência originária representa a *competência funcional por graus de jurisdição*, que se refere “à repartição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos que devam atuar dentro de um mesmo processo”³⁵³ e, de acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, que também a chamam de *competência em sentido vertical*, apresenta-se em duas etapas: “primeira para determinar-se qual deles [órgãos jurisdicionais] conhece originalmente da causa, depois na escolha do órgão que conhecerá dos recursos interpostos”.³⁵⁴ Deste último trata a competência recursal, a seguir comentada;

3º) *Competência Territorial* ou *de Foro* (qual a comarca ou seção judiciária competente?): Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem *foro* como sendo “o território dentro de cujos limites o órgão jurisdicional exerce jurisdição”.³⁵⁵ Para Humberto Theodoro Júnior, “foro é o local onde o juiz exerce as suas funções” e “a competência territorial é aquela que é atribuída aos diversos órgãos jurisdicionais levando em conta a divisão do território nacional em circunscrições judiciárias”.³⁵⁶ Na Justiça Estadual, o foro de cada juiz de primeiro grau é chamado *comarca*, a qual dispõe de pelo menos uma vara e pode abranger a área de um ou mais

³⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, v. I, p. 168.

³⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 233.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 238.

³⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, v. I, p. 163 e 170.

municípios. Na Justiça Federal, o juiz exerce sua função jurisdicional no âmbito da *seção judiciária*, a qual pertence à *região* do Tribunal Regional Federal de lotação do magistrado. No processo penal, a competência de foro ou territorial é normalmente estabelecida pela regra indicada no *caput* do artigo 70 do Código de Processo Penal, onde se apregoa sua determinação “pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”. É a regra do *forum commissi delicti*. Não sendo conhecido o lugar da infração, prevê o artigo 72 do Código de Processo Penal que “a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu”.

4º) *Competência de Juízo* (qual a vara competente?): resulta da distribuição dos processos entre órgãos judiciários do mesmo foro, haja vista que, neste, pode haver mais de um *juízo* ou *vara*. Não se pode confundir competência de foro com a competência de juízo. Humberto Theodoro Júnior esclarece que o foro competente está diretamente ligado a circunscrição territorial (comarca ou seção judiciária) onde determinada controvérsia deverá ser processada e julgada, ao passo que o juízo ou a vara competente é aquele que, dentre os vários existentes na mesma circunscrição, deverá tomar conhecimento do caso.³⁵⁷ Ademais, enquanto que a competência de juízo é regradada nas leis de organização judiciária locais, a de foro ou territorial é fixada em leis processuais, notadamente o Código de Processo Penal. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco apontam que a competência de juízo é determinada precipuamente: “a) pela natureza da relação jurídica controvertida, ou seja, pelo fundamento jurídico-material da demanda (varas criminais ou as civis; varas de acidentes de trabalho, da família e

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 163.

sucessões, de registros públicos etc.); b) pela condição das pessoas (varas de Fazenda Pública)”.³⁵⁸

5º) *Competência Interna* (qual o juiz competente?): não raro pode existir mais de um juiz (pessoa física) no mesmo juízo ou mais de uma câmara, grupos de câmaras, turmas ou seções no mesmo tribunal. A determinação da competência interna, prevista nas Constituições Estaduais, Leis de Organização Judiciária e Regimentos Internos, indicará qual magistrado, dentre aqueles que integram o mesmo juízo, deverá apreciar a controvérsia.

6º) *Competência Recursal* (qual o órgão judiciário responsável para conhecer e julgar eventual recurso?): normalmente, esta competência diz respeito aos tribunais e não aos juízes de primeiro grau. A sentença prolatada de primeira instância pode gerar o inconformismo por parte do Ministério Público e/ou do réu que, descontentes com a solução dada à controvérsia e respaldados no princípio do duplo grau de jurisdição, têm, via de regra, a faculdade de interpor recurso para provocar o órgão jurisdicional de instância mais elevada a se manifestar sobre o caso. Ao se fixar a competência recursal define-se, em suma, a competência para o processamento e o julgamento dos recursos (p. ex., arts. 98, I, 102, II e III, 105, II e III, 108, II, todos da CF/88).

2.7 A Aplicação da Lei Processual Penal Brasileira no Espaço

Diferentemente do que ocorre no processo civil, onde há previsão legal autorizando o juiz nacional a aplicar o direito material estrangeiro (p. ex., arts. 7º, *caput* e §4º, 8º, *caput* e §1º, art. 9º, *caput* e §1º, art. 10, *caput*, todos da Lei de Introdução do

³⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.*, p. 239.

Código Civil), no processo penal o juiz deve sempre aplicar a lei processual penal brasileira para processar e julgar os delitos que chegam a seu conhecimento. Vigora, para a aplicação da lei processual brasileira no espaço, o *princípio territorial exclusivo* ou *absoluto*, que impõe, sem exceções, a aplicação da *lex fori* aos processos e julgamentos realizados no território nacional, mesmo nas hipóteses de ultraterritorialidade incondicionada ou condicionada da lei penal. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco esclarecem que:

*“Como o Direito Penal (direito material) se rege estritamente pelo princípio da territorialidade, não se impondo além dos limites do Estado, e como as sanções de Direito Penal não podem ser impostas senão através do processo, segue-se que o juiz de um Estado soluciona as pretensões punitivas exclusivamente de acordo com a norma penal pátria; ou, em outras palavras, a jurisdição penal tem limites que correspondem precisamente aos de aplicação da própria norma penal material”*³⁵⁹

Salienta Fernando da Costa Tourinho Filho que “sendo, pois o Processo Penal o meio de que se valem os Órgãos Jurisdicionais penais para a solução de lides penais, e seus Órgãos Jurisdicionais representam parcela do Poder Soberano de um Estado, ou, se quiserem, o próprio Estado na sua função de administrar a justiça, não pode este exercer seu Poder Soberano além o alcance da sua própria soberania”.³⁶⁰ Por este motivo, as leis processuais penais não ultrapassam os limites do território do país que as

³⁵⁹ Ibidem, p. 150.

³⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 136.

promulgou, afastada, portanto, a possibilidade de aplicação de lei processual penal de um outro país no Brasil e vice-versa. Mesmo que haja necessidade de certos atos processuais serem praticados no estrangeiro (p. ex., ouvida de testemunhas, cumprimento de mandado de busca e apreensão, citação e intimação), deverão os mesmos obedecer às normas de direito material penal do país onde forem realizados e não as leis processuais do país solicitante.

A propósito do domínio da *lex fori* no direito processual penal, prevêm os artigos 138 e 139 do Código Penal Militar, os crimes de ato de jurisdição indevida (“praticar o militar, indevidamente, no território nacional, ato de jurisdição de país estrangeiro, ou favorecer a prática de ato dessa natureza”) e violação de território estrangeiro (“violar o militar território estrangeiro, com o fim de praticar ato de jurisdição em nome do Brasil”), respectivamente.

Ernst Beling admite, contudo, a possibilidade de ser aplicada a lei processual penal de um Estado fora de seus limites territoriais nos seguintes casos: a) em território *nullius*; b) se houver autorização do país onde o ato processual será praticado; c) em território ocupado numa situação de guerra.³⁶¹

Na determinação pela incidência das regras processuais penais brasileiras, não se cogita sobre a nacionalidade do infrator, da vítima ou do bem jurídico lesado, se o crime foi cometido no território nacional ou no exterior ou se o ilícito é de menor potencial ofensivo ou atentatório à comunidade internacional como um todo, perquiri-se, tão-somente, se a lei penal pátria será aplicada. Sendo afirmativa a resposta, a

³⁶¹ BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*, trad. Miguel Fenech. Madrid, Labor, 1945, p.12, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, *op. cit.*, v. 1, p. 137.

ação, os pressupostos de sua admissibilidade, os meios de defesa, a produção de provas, a sentença e seus efeitos, os recursos, a execução da sentença, enfim, toda matéria processual deverá ser regida pelas leis processuais penais brasileiras.

Desatenta leitura do artigo 1º do Código de Processo Penal pode ensejar interpretação equivocada quanto à existência de eventuais exceções à territorialidade da lei processual penal brasileira. Dispõe o citado dispositivo que:

“O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional; II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100); III - os processos da competência da Justiça Militar; IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17); V - os processos por crimes de imprensa. Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso”.

As ressalvas mencionadas no transcrito artigo não são, como podem parecer, exceções ao princípio territorial exclusivo que norteia a aplicação no espaço da lei processual penal pátria, mas tão-somente à incidência do regramento geral disposto no Código de Processo Penal, o qual, frise-se, não abarca com exclusividade todas as normas processuais que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, nem toda controvérsia penal será resolvida por meio dos dispositivos constantes no Código de Processo Penal. Para certas infrações penais preferiu o legislador estabelecer ritos processuais diferenciados em legislação extravagante, como acontece, nos crimes de competência das Justiças Especiais (Militar – Código de Processo Penal Militar; Eleitoral – Lei nº 4.737/65; Trabalhista – Consolidação das Leis do Trabalho), nos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50, Decreto-Lei nº 201/67), de imprensa (Lei nº 5.250/67), de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), de competência dos tribunais (Leis nº 8.038/90 e 8.658/93), falimentares (Lei nº 11.101/05), nas infrações de menor potencial ofensivo (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01) e em muitos outros.

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho apregoa que “o Processo Penal, forma compositiva de litígios penais, continua sendo disciplinado pelas normas estabelecidas no Código de Processo Penal, que é a principal fonte de nosso direito processual penal. Ao seu lado, contudo, complementando-o, há essas leis extravagantes, alterando, modificando ou dispondo de maneira especial a respeito do processo e julgamento”.³⁶² Os incisos elencados no artigo 1º do Código de Processo Penal fazem alusão, justamente, à possibilidade de outros ritos processuais, que não os previstos como regra geral no *codex* processual, serem instituídos pelo legislador de acordo com a peculiaridade do delito ou das pessoas a serem processadas e julgadas. Especificamente quanto ao disposto no inciso I da citada norma, têm-se as hipóteses de extraterritorialidade da lei penal brasileira.

³⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, *op. cit.*, v. 1, p. 156.

CONCLUSÃO

O grande desafio do presente trabalho foi delinear os limites espaciais de aplicação da jurisdição penal brasileira fixados no regramento previsto no direito penal internacional pátrio e nos tratados e convenções internacionais pertinentes ratificados pelo Brasil.

Para a consecução de tal fim, inicialmente contextualizamos o tema a partir de sucinta retrospectiva histórica sobre a tutela dos direitos na sociedade, abordando, pela ordem cronológica de surgimento e importância social, os institutos da autotutela, da autocomposição e da arbitragem, chegando-se, ao final, à gênese da jurisdição.

Neste estudo, pudemos perceber que a tarefa de resolver conflitos interpessoais migrou, paulatinamente, do regime parcial e egoísta da vingança privada para a justiça pública, onde passou a ser exercida pelo Estado de forma imparcial e justa, o qual, em substituição às partes e com vistas a restabelecer a paz social, chamou para si o dever de resolver controvérsias, aplicando, imperativamente, o regramento do direito objetivo cabível.

Apontamos as principais características da jurisdição moderna, os elementos que a compreendem, os princípios fundamentais que norteiam a função jurisdicional e as principais classificações da jurisdição sugeridas pela doutrina, tecendo-se as considerações de maior relevância jurídica para cada ponto abordado.

Concluimos a primeira parte do trabalho esclarecendo o importante equilíbrio que deve existir entre o regime do Estado Democrático de Direito e a escorreita aplicação da jurisdição penal, vez que o necessário restabelecimento da pacífica convivência social, que exige a punição daqueles que atentam contra valores que são caros à sociedade, deve conviver harmoniosamente com as garantias e direitos fundamentais do infrator, que urgem prevalecer contra eventuais arbitrariedades do órgão estatal no exercício exclusivo e imperativo do direito de punir.

Inaugurando a segunda fase do trabalho, que trata especificamente sobre o tema inicialmente proposto, verificamos que o âmbito de atuação da jurisdição penal de cada país soberano é estabelecido pelas regras de direito penal internacional que integram seu ordenamento jurídico.

Abordamos a distinção existente entre o direito penal internacional e o direito internacional penal, concluindo que o primeiro pertence ao direito interno e destina-se a normatizar as hipóteses de aplicabilidade da lei penal nacional na repressão de delitos no âmbito internacional, e o segundo, é ramo do direito internacional público voltado à repressão de graves ilicitudes penais que atentam contra a comunidade mundial.

Analisamos os princípios fundamentais que balizam o direito penal internacional brasileiro e, por conseguinte, a incidência da jurisdição penal brasileira nos casos de delinquência transnacional com repercussão em nosso país. Dentre aqueles estudados, constatamos que o princípio da territorialidade é o de maior e mais importante aplicação, pois reflete a própria soberania do Estado no monopólio do poder-dever de punir todos aqueles que praticam delitos dentro de seu território, rejeitando influências externas

sobre suas decisões. Os demais princípios, por sua vez, teriam uma incidência complementar.

Chegamos à conclusão que o princípio da territorialidade no Brasil não é absoluto, posto que mitigado por hipóteses de extraterritorialidade na aplicação da lei penal previstas em convenções, tratados e regras de direito internacional, a exemplo do que acontece com as imunidades diplomáticas.

Buscamos delimitar com precisão os limites espaciais do território brasileiro, definindo-o tanto em seu aspecto material quanto em sua acepção jurídica. No tocante à noção física de território, constatamos que este é compreendido pela superfície terrestre, pelas águas territoriais e pelo espaço aéreo, este último compreendido por linhas imaginárias perpendiculares às fronteiras do território físico, incluindo-se o mar territorial, que vão da superfície ao final da camada atmosférica, consoante a teoria da soberania sobre a coluna atmosférica, por nós adotada.

Malgrado encontrar-se o território físico brasileiro sujeito à soberania de nosso país e, portanto, sob a jurisdição pátria, identificamos novos casos de extraterritorialidade nas hipóteses de passagem inocente nas águas territoriais e de travessia inofensiva do espaço aéreo nacional, ambas previstas na legislação interna e em convenções internacionais.

Ainda sob o ponto de vista do território físico, vimos que o espaço cósmico e o alto-mar são imunes à soberania de qualquer país e, portanto, alheios a toda ordem jurídica.

Abordando o território em sua concepção jurídica, percebemos que esta contempla todo o contorno físico do espaço territorial brasileiro e se estende às embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, às embarcações e aeronaves nacionais mercantes ou de propriedade privada que se achem, respectivamente, em alto-mar e no espaço aéreo correspondente, bem como às embarcações e aeronaves estrangeiras de propriedade privada que estiverem, respectivamente, aportadas ou fundeadas nas águas territoriais pátrias e pousadas no território nacional ou em vôo no espaço aéreo brasileiro. Para melhor compreensão da matéria, apresentamos os conceitos de embarcação e de aeronave públicas e privadas.

Salientamos que se se tratar de embarcação ou aeronave privada que se achar em território apátrida estará a mesma sob a jurisdição penal do país onde tenha sido matriculada ou registrada, respectivamente, incidindo-se, no particular, o princípio do pavilhão.

No que se refere aos lugares militarmente ocupados, consignamos que a aplicação da jurisdição penal é determinada, em regra, pela bandeira ostentada pela força armada ocupante.

Do exposto, concluímos que os limites espaciais do território brasileiro compreendem o âmbito de incidência da legislação penal nacional e, conseqüentemente, o alcance da jurisdição penal pátria sob a égide do princípio da territorialidade.

Delimitada a amplitude de aplicação da jurisdição penal brasileira pelo critério territorial, partimos para a determinação daquele que, segundo o ordenamento jurídico pátrio, é o lugar onde se considera praticado o delito transnacional.

Dentre as teorias que abordam o assunto, concluímos que a da ubiqüidade é a que melhor atende aos anseios da justiça penal num mundo globalizado, uma vez que impede eventuais conflitos negativos de jurisdição e resolve a questão da determinação do local da infração nos delitos à distância, onde os atos executórios e a consumação ocorrem em territórios distintos, cada qual sujeito à jurisdição de um Estado soberano diferente.

Adotada pela maioria das legislações penais modernas, vimos que a teoria da ubiqüidade considera como sendo o lugar do delito tanto onde a conduta típica se realizou, no todo ou em parte, quanto onde o resultado danoso proibido fora produzido, total ou parcialmente. Tal entendimento, conforme visto, foi amparado pelo Código Penal brasileiro, o qual, prestigiando as hipóteses de tentativa, considera também como lugar do delito o local onde o resultado deveria se produzir.

A adequada aplicação da teoria da ubiqüidade na identificação do *locus delicti commissi* não prescinde de uma criteriosa análise do caminho percorrido pelo delinqüente na execução do fato delituoso, estudo que visa a detectar a partir de quando a conduta e o resultado passam a ser relevantes para o direito penal. Por essa razão, detalhamos as fases do *iter criminis*, concluindo que, à exceção das cogitações e dos atos preparatórios transformados pelo legislador em tipos penais autônomos, apenas os atos de execução que põem o agente em relação imediata com a conduta típica – seja dando início à realização do núcleo do tipo, no caso da tentativa, seja reunindo todos os elementos da definição legal do delito, no caso da consumação – podem subsumir-se ao preceito primário da norma penal incriminadora e, portanto, sujeitar-se à aplicação da jurisdição penal brasileira.

Visando à melhor compreensão do tema, apresentamos as distintas formas de tentativa abarcadas pela doutrina, bem como os diversos momentos consumativos conforme a classificação do delito.

Observamos que se por um lado é possível, no Brasil, a extraterritorialidade, limitando o *jus puniendi* do Estado brasileiro diante de delitos cometidos em seu território, por outro, o direito penal internacional pátrio vislumbra situações de ultraterritorialidade na aplicação da lei penal nacional, permitindo que a jurisdição penal brasileira, firme em princípios outros do direito penal internacional que não o da territorialidade, alcance fatos típicos ocorridos fora dos limites territoriais de nosso país.

Estudamos que as hipóteses de ultraterritorialidade da lei penal brasileira estão previstas, em sua grande maioria, no Código Penal, havendo duas formas de aplicação da lei penal nacional aos delitos cometidos no estrangeiro. A primeira, de forma incondicional, encontra arrimo nos princípios da proteção jurídica necessária e da justiça penal universal, posto que busca resguardar valores de relevante interesse nacional, bem reprimir crimes de tamanha gravidade que repercutem na comunidade mundial. As hipóteses de ultraterritorialidade incondicional por nós estudadas estão previstas no artigo 7º, I, do Código Penal.

A segunda forma abordada de exercício da função jurisdicional penal pátria aos delitos cometidos no estrangeiro é aquela condicionada ao cumprimento obrigatório e cumulativo de vários requisitos legalmente definidos. Menos impositivas, as hipóteses de ultraterritorialidade condicionada e seus respectivos requisitos estão previstos no artigo 7º, II, §§ 2º e 3º, do *codex* criminal, e no artigo 2º da Lei nº 9.455/97, os quais

foram pormenorizadamente estudados no corpo do trabalho, oportunidade em que apresentamos o princípio de direito penal internacional correspondente a cada situação específica.

Havíamos concluído pelo viés temperado do princípio da territorialidade quando nos reportamos à extraterritorialidade. Neste ponto, face à ultraterritorialidade legalmente admitida, reafirmamos nossa posição.

Em decorrência da adoção da teoria da ubiqüidade, não raro dois ou mais países vitimados por fatos ilícitos parcialmente cometidos em seus respectivos territórios manifestam interesse em aplicar sua jurisdição penal na repressão do mesmo delito. Diante deste contexto, apontamos que, diferentemente do que acontece no âmbito do direito internacional privado, no direito penal internacional inexiste um conflito real de jurisdições, posto que a incidência preponderante da jurisdição de um país não exclui a aplicabilidade das leis penais de outros, que poderão exercer seu *jus puniendi* de forma subsidiária.

Concluímos, então, que na seara criminal há concorrência de jurisdições, uma vez que um país tem a prerrogativa de exercer, num primeiro momento, a jurisdição principal e os outros, *a posteriori*, a jurisdição secundária, respeitando-se, de acordo com os ditames do direito penal internacional, a sentença judicial exarada em cada país que processou e julgou o delinqüente. No particular, vimos que nas hipóteses de territorialidade e de ultraterritorialidade incondicionada a jurisdição brasileira é preponderante em relação à estrangeira, sendo subsidiária nas de ultraterritorialidade condicionada, neste caso, devendo obedecer aos preceitos relativos à detração da pena.

Salientamos a nítida distinção existente entre conflito de jurisdição e conflito de competência, bem como a falta de rigor técnico encontrada em parte da doutrina e da legislação quanto ao correto emprego dos termos. Adotamos o posicionamento de que somente é possível conflito de jurisdição entre países soberanos e que tanto eventuais conflitos de competência quanto a simples fixação desta são matérias de ordem interna, que apenas podem ser analisadas após a jurisdição do país ter sido inicialmente firmada.

Por fim, sobre a aplicação da lei processual penal brasileira no espaço, concluímos que no contexto do processo penal apenas o regramento consubstanciado no direito material pátrio, previsto no Código de Processo Penal e na legislação penal extravagante (art. 1º do CPP), pode incidir no processamento e no julgamento dos fatos delituosos apresentados ao Poder Judiciário, bastando, para tanto, que o direito objetivo brasileiro seja aplicado ao caso *sub examine*.

De um modo geral, consideramos atingidos os objetivos inicialmente propostos para o presente trabalho, haja vista termos conseguido esclarecer, a partir de critérios normativos e doutrinários, os limites espaciais de aplicação da jurisdição penal brasileira, delimitando o alcance do território nacional e apontando os lugares onde se considera cometido o delito transnacional.

É de se notar, contudo, que nem sempre a prática da concorrência de jurisdições resulta eficiente para a repressão dos delitos transnacionais, em especial face à problemática da coleta de evidências. Observamos que a criminalidade informática, perpetrada por meio da rede mundial de computadores, muitas vezes se vale de computadores situados em vários países como instrumentos para a prática delituosa, porém

sem que os responsáveis por tais máquinas tenham consciência de que seus sistemas informáticos foram utilizados para fins espúrios. Por isso, em que pese cabível, não nos parece justificável, sob o ponto de vista da eficiência e da efetiva repressão criminal, a aplicação da jurisdição penal brasileira nestes casos. Defendemos que, no particular, seria mais produtora a adoção de uma teoria da ubiqüidade temperada, tese que pretendemos aprofundar no futuro, em um nível superior de pós-graduação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 7ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição: temas escolhidos**. São Paulo: Edipro, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo: breves comentários ao código**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1989.

_____. **Código penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005.

- DELMANTO Celso et al. **Código penal comentado**. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária**: uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1.
- FARO JÚNIOR, Luiz P. F. de. **Direito internacional público**. 4ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro, Forense, 1985
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, v.1, t. 1.
- GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 278, 11 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4993>>. Acesso em: 05.03.2007.
- _____. *A jurisdição e seus princípios*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 287, 20 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4995>>. Acesso em: 05.03.2007.
- GOMES, Luis Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: RT, 2002 – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 8).

- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 183.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I.
- _____. **Da competência em matéria penal**. Ed. rev. atual. e compl. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Aspectos relevantes da criminalidade na internet*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1829>>. Acesso em: 04.03.2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; GRECO, Marco Aurélio (orgs.). **Direito e internet – relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: RT, 2001.
- MARTY-DELMAS, Mireille (org.). **Processos penais da europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global.** São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro.** São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Penal e direito internacional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
- MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal.** Rio de Janeiro: SEDEGRA, 1971.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. **Manual de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP.** 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, v. I.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. **Direitos humanos fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica.** 5ª ed. rev. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da justiça federal.** São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Estevam Augusto Santos. **Teoria geral do processo**. Brasília: Fast Copy, 1999, Tomo I.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar referência bibliográfica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2004.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado temático de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SIQUEIRA, Geraldo Batista. *Da competência pelo lugar da infração: crimes plurilocais e crimes à distância*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: n° 641, pp. 299-300, mar/1989.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral – arts. 1º a 31 do código penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. **Culpabilidade**: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas, SP: Minelli, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. **Processo penal**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo (org.). **Novo código civil**: texto comparado - código civil de 2002, código civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)