

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO
GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ
BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

TEORIA GERAL DO PROCESSO

34ª EDIÇÃO
Revista e atualizada da obra
Teoria Geral do Processo
de Antonio Carlos de Araújo Cintra
Ada Pellegrini Grinover
Cândido Rangel Dinamarco

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

 **MALHEIROS**
EDITORES

CAPÍTULO I

A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1. teoria geral do processo

Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras ou normas de direito positivo. Por isso mesmo tende à universalização, superando as limitações espaço-temporais do direito positivo. O estudo da teoria geral do processo enfoca preponderantemente o plano puramente abstrato das construções sistemáticas, com referências ao direito positivo mas sem postular uma imaginária, utópica e por certo inconveniente uniformização legislativa.

Essa conceituação abre caminho às indagações acerca do *âmbito* da teoria geral do processo, ou seja, da delimitação do grau de universalização desejável e metodologicamente útil e legítima. A máxima abrangência a que se pode chegar é a que postula a inclusão nessa teoria geral dos diversos ramos do direito processual *jurisdicional* (civil, penal, trabalhista, arbitral) e mesmo do *não jurisdicional*, representado pelo direito processual administrativo, pelo direito processual legislativo, pelo eleitoral e mesmo pelo processo de certas entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos (partidos políticos, sociedades civis ou empresárias, clubes, associações).

Sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de *poder* por um agente que se sobrepõe aos demais, com o

respeito ao contraditório, ali se tem *processo* e não mero procedimento, legitimando-se, pois, sua inserção no âmbito da teoria geral do processo. A referência ao *poder* como centro de emanação de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo, notadamente a do *devido processo legal*, entendido como sistema de limitações ao exercício do poder, bem como a do *contraditório*, a do *juiz natural*, a do dever de *imparcialidade e impessoalidade*, a do *contraditório* e a da *igualdade*.

Tais garantias não têm pertinência aos *negócios jurídicos* – e daí a impropriedade metodológica da assimilação destes à teoria geral do processo, como chegou a ser proposto por prestigioso doutrinador (Elio Fazzalari). A ideia dessa assimilação foi repelida e não obteve progresso na doutrina em geral porque, embora muitos negócios se realizem mediante procedimentos estabelecidos em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na *autonomia da vontade* e não em um suposto *poder*, com a sujeição jurídica de algum sujeito às decisões ou imposições de outro. Processo haverá, sim, e portanto uma ligação à teoria geral do processo, nas atividades que antecedem certos negócios jurídicos envolvendo entes estatais, como é o caso das *licitações* realizadas pelo Poder Público em preparação da celebração de contratos com o particular (concessão de serviços públicos, aquisição de bens materiais *etc.*).

São duas as *premissas* de maior abrangência e vigor metodológico inerentes à teoria geral do processo.

A *primeira* delas colhe-se no plano político-constitucional regente de todas as instituições do país, inclusive aquelas contidas no plano do processo, e é representada pelo *direito processual constitucional*. Dele emanam e a ele devem convergir todas as colocações dogmáticas ou conceituais referentes a todos os ramos do processo. A *tutela constitucional do processo*, que integra o direito processual constitucional, é um seguríssimo escudo metodológico destinado a assegurar ao exercício do poder (inclusive no plano jurisdicional) os indispensáveis predicados da segurança, da confiabilidade e sobretudo do compromisso com a busca da justiça em casos concretos (*infra*, n. 49).

A *segunda* dessas premissas consiste na *instrumentalidade* de todo o sistema processual a certos objetivos que devem comandá-lo. O *escopo magno* a ser perseguido é o da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus *conflitos*. Esse é o mais profundo e mais expressivo *escopo social* da jurisdição. Existem ainda outros escopos a serem atuados mediante o exercício desta, embora não tão dominantes e

não centrais como esse, entre os quais o da *educação* para o exercício de direitos e respeito aos direitos alheios (um *escopo social*), o da preservação de *direitos fundamentais* e o da *participação* nos desígnios políticos do Estado e da nação (*escopos políticos*), o da *atuação da vontade da lei* em casos concretos (*escopo jurídico*) – mas, por uma legítima e imprescindível perspectiva teleológica e funcional, ao centro de todo o sistema deve ser visto e considerado esse escopo de pacificação mediante solução de conflitos. Tal é a razão de ser de todo o sistema processual, de suas normas, de seus institutos, de suas estruturas operacionais.

Sempre a partir do que vem dos ramos específicos do direito processual e sempre mediante uma condensação metodológica do que neles se contém, chega-se ao *objeto material* dessa ciência de grande abrangência que é a teoria geral do processo. Como todo ramo do direito e também como toda ciência, essa teoria geral incide sobre certos *institutos fundamentais* ou categorias jurídicas constantes em todo o campo da processualidade. Conhecer o processo e sua teoria geral é estar consciente de que toda essa ciência gira em torno da *jurisdição* exercida pelo juiz, da *ação* que o demandante exerce ao provocar o exercício da jurisdição, da *defesa* que o demandado tem o direito de opor à pretensão do demandante e do *processo* mediante o qual o juiz exerce a jurisdição, o autor exerce a ação e o réu, a defesa. Esses são os institutos fundamentais da nossa ciência.

Com sua dimensão apta a estender-se até aonde vai o exercício do *poter* e com esse *objeto* que é comum a todos os ramos do direito processual, a teoria geral do processo apresenta uma grande potencialidade de gerar a percepção de que há certas normas de direito positivo e certos princípios que, conquanto formalmente abrigados em cada um desses ramos, propagam-se aos demais, como verdadeiras *normas gerais de processo*. É o caso o princípio da *substanciação*, regente da causa de pedir tanto lá quanto cá e que se propaga do Código de Processo Penal, onde está positivado (art. 383), para aplicar-se de igual modo ao processo civil. Inversamente, o processo penal recepciona muitas normas contidas no Código de Processo Civil mas que na realidade são normas gerais de processo, como as que dispõem sobre o contraditório prévio (CPC, art. 10), exaurimento da competência do juiz a partir da prolação da sentença de mérito (art. 494), dever de dar solução a todo conflito posto em juízo, sendo proibido o *non liquet* (art. 140), etc. Assim como normas ditadas no Código de Processo Civil com vista à execução por título extrajudicial transmigram ao sistema de cumprimento de sentença (art. 513) e assim como a própria execução civil se pauta por normas instituídas para o processo de conhecimento na medida da compatibilidade com aquele (art. 771, par.), assim também preceitos

contidos no Código de Processo Civil vão ao processo penal e vice-versa, chegando também ao trabalhista, ao eleitoral e ao administrativo (CPC, art. 15). Essa movimentação de preceitos no âmbito do direito processual como um todo constitui um verdadeiro *diálogo das fontes* do qual só se pode ter perfeita consciência na medida em que se reconheça que a teoria do processo é uma só, a saber, a *teoria geral do processo*.

2. a instrumentalidade do processo, os escopos da jurisdição e o processo de resultados

O método instrumentalista consiste no empenho em extrair do processo e do exercício da jurisdição o maior e mais adequado proveito útil possível. É no entanto vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da consciência dos *objetivos* a serem alcançados mediante seu emprego – sabido que todo instrumento deve ser preordenado a um objetivo, como todos os meios só têm significado e relevância quando predispostos a um fim. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes jurisdicionais que o utilizam.

Os escopos do processo são de natureza *social, política e jurídica*. O primeiro escopo *social*, que é o principal entre todos eles, é a *pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça*. É essa em última análise a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade (*supra*, n. 1). Outro escopo *social* é o de *educação* das pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus – o que, em última análise, é o que hoje se costuma indicar como exercício da *cidadania*.

Entre os escopos *políticos* do processo está o de dar amparo à *estabilidade das instituições políticas*. Generalizar o respeito à lei mediante a atuação do processo tem por decorrência o fortalecimento da autoridade do Estado, na mesma medida em que este se enfraquece quando se generaliza a transgressão à lei. Outro escopo político é o de *exercício da cidadania*. Sendo a *participação política* um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os *valores da cidadania*, premissa essa que repercute no sistema processual mediante a implantação e estímulo a certos remédios destinados à participação política, como é o caso da *ação popular* (*infra*, nn. 178 e 361). Tem-se ainda como escopo político a preservação do valor

liberdade. O processo é um meio de culto às *liberdades públicas* mediante defesa dos indivíduos e das entidades em que se agrupam contra os desmandos do Estado. Entre os modos disponíveis para a reação aos abusos de poder pelos agentes estatais e preservação dessas liberdades está a prestação da tutela jurisdicional mediante instrumentos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual ou coletivo, o *habeas data etc.* (Const., art. 5º, incs. LXVIII, LXIX, LXX, e art. 105, inc. I, letra *b* – *infra*, nn. 49, 369 e 372).

O escopo *jurídico* do processo é a *atuação da vontade concreta do direito*. A definição desse escopo decorre de uma tomada de posição pela teoria *dualista* do direito, que se contrapõe à *unitária*. O ordenamento jurídico seria *unitário* se processo e direito material se fundissem em uma unidade só e a criação de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra *da decisão judicial* e não da mera ocorrência de fatos previstos em normas gerais. A corrente *dualista*, bem ao contrário da unitária, afirma que a ordem jurídica se divide em dois planos muito bem definidos, o substancial e o processual, cada qual com funções distintas. O direito material é composto por normas gerais e abstratas, cada uma delas consistente em uma tipificação de fatos previstos pelo legislador (hipótese legal, ou *fattispecie*) e fixação da consequência jurídica desses fatos (*sanctio juris*): sempre que ocorre na vida concreta algum fato que se enquadre no modelo definido naquela previsão legal, automaticamente se desencadeia a consequência estabelecida no segundo momento da norma abstrata. Direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação *imediate* da concreta ocorrência dos fatos previstos nas normas. O juiz não os cria nem concorre para a sua criação: limita-se a *revelar* a norma concretamente destinada a reger os casos em julgamento, sem criá-la, porque ela já preexistia. Os direitos e obrigações existem antes do processo e em sua imensa maioria se extinguem pela satisfação voluntária, sem qualquer recurso a este ou aos juízes.

É da experiência comum a constituição e a extinção de direitos em número indefinido de casos e correspondendo à normalidade da vida dos direitos, sem qualquer intervenção jurisdicional. Os direitos estão aí em plena vida, na complexidade do convívio social, a eles sobrepairando o sistema processual do exercício da jurisdição, com visos de generalidade, somente como fator de *severa advertência*, ou seja, somente para dissuadir tanto quanto possível eventuais recalcitrantes com propensão a condutas divergentes do sistema jurídico. O que a decisão judicial efetivamente acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes é a *segu-*

rança jurídica, a qual não é algo de novo do ponto-de-vista substancial. Ela constitui fator social de eliminação de insatisfações mas não traz alteração da situação de direito material, a qual lhe preexistia e agora veio a adquirir uma clareza e uma estabilidade antes inexistentes.

A definição dos escopos do processo e a consciência de que este é um instrumento a serviço de todos esses escopos permitem ao intérprete definir certas ideias, premissas e princípios que nortearão a concepção dos institutos processuais em sua aplicação a cada situação concreta. Assume particular relevância nesse contexto a ideia de *processo civil de resultados*, de íntima aderência à missão social do processo e à teoria geral do processo civil.

Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.

3. *as crises jurídicas*

Os *conflitos* de que aqui se fala são sempre conflitos *jurídicos*, que giram em torno das relações de direito que podem envolver dois ou mais sujeitos. Sempre que se caracteriza um *conflito* entre esses dois ou mais sujeitos quanto a uma relação de direito, caracteriza-se uma *crise jurídica* – sabendo-se também que, em sua acepção mais larga, crises são *estados de fraqueza, instabilidade e risco na vida* das pessoas ou das instituições.

Crise é *enfermidade*. “A palavra crise vem do grego e tem sentido próprio em patologia; em sentido figurado significa geralmente estado de perturbação e de mau funcionamento do órgão ou da função” (Buzaid).

Na realidade da vida das pessoas em sociedade verifica-se que são quatro as espécies das crises jurídicas nas quais podem se envolver,

pondo-se em situações de conflito: a) as *crises de certeza*, caracterizadas pela dúvida objetiva em torno da existência, inexistência ou modo-de-ser de um direito, obrigação ou relação jurídica, (b) as *crises de adimplemento*, presentes quando um sujeito reclama pela omissão de outro em satisfazer uma sua pretensão, buscando essa satisfação pela via do processo, (c) as *crises das situações jurídicas*, consistentes na insatisfação de um sujeito diante de uma situação jurídica desfavorável e não desejada, pretendendo a desconstituição da situação existente e implantação de outra mais conveniente e (d) as *crises de conhecimento*, presentes em situações nas quais o sujeito carece de informações suficientes para ter segurança quanto a algum direito de que se supõe titular – ou porque não dispõe de provas satisfatórias relativamente a esse possível direito ou porque lhe faltam elementos indicativos da existência ou montante deste.

Em torno dessas realidades a doutrina construiu e aprimorou ao longo dos tempos uma classificação das espécies de sentenças, para que (a) as crises de certeza sejam dirimidas por uma *sentença meramente declaratória*, capaz de oferecer uma certeza onde antes havia uma incerteza, (b) as crises de adimplemento sejam eliminadas pela prolação de uma *sentença condenatória*, seguida de atos de execução forçada se o inadimplemento persistir (cumprimento de sentença), (c) as crises das situações jurídicas recebam tratamento mediante uma *sentença constitutiva*, portadora da implantação de uma situação jurídica nova, desejada pelo autor e (d) as crises de conhecimento serão dirimidas pela via da produção antecipada de prova (CPC, arts. 381 ss.). As crises de adimplemento podem também ser canalizadas a uma tutela somente executiva, sem necessidade de uma prévia sentença, o que acontece quando o credor está munido de um título executivo extrajudicial. Cada uma dessas vias jurisdicionais é composta de atos adequados à espécie de crise jurídico-substancial posta diante do juiz com vista a um pronunciamento ou a uma providência apta a debelar o conflito existente entre as partes.

Essa relação entre cada uma das espécies de crises jurídicas e cada espécie de tutela jurisdicional é mais uma manifestação da instrumentalidade do processo (*supra*, n. 2), pois consiste na moldagem das vias processuais de modo aderente às concretas realidades da vida trazidas ao exame dos órgãos da jurisdição. Como está na boa doutrina, a instrumentalidade do processo é “la prima porta e vorrei dire la porta maestra, attraverso la quale le ideologie penetrano nel processo” (Mauro Capelletti) – ou seja, a instrumentalidade consiste na oferta de caminhos adequados a cada espécie de crises jurídicas ou de direitos subjetivos materiais controvertidos entre as partes.

4. *solução de conflitos e as tutelas alternativas*

Toda atividade jurisdicional exercida em uma sociedade legitima-se e é indispensável *porque* existem conflitos entre pessoas ou grupos e *para que* tais conflitos tenham solução, com a pacificação das pessoas e consequente benefício à própria vida em sociedade – sabendo-se que todo conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos e, em uma perspectiva metaindividual, a proliferação de conflitos constitui fator de instabilidade e desorganização da própria sociedade. O *porque* representa a causa da necessidade da jurisdição e o *para quê* indica o principal dos escopos pelos quais ela é exercida (o escopo de pacificação), com vista aos resultados desejados.

A sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de insatisfações envolvendo cada vez mais os seus integrantes. O adensamento populacional, o caráter finito e consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, o incentivo dos desejos por ação da mídia e do *marketing*, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. Além disso, as atuais estruturas político-administrativas do Estado, com sua ineficiência e seu comportamento desrespeitoso perante os direitos das pessoas, levam a uma forte tendência à judicialização dos conflitos, assoberbando os tribunais do país, dos quais se espera a tutela jurisdicional aos titulares de interesses e direitos.

Avulta nesse quadro a premente necessidade de aparelhar o Poder Judiciário de instrumentos capazes de promover a efetividade daquele escopo social magno do processo, com a real capacidade de solucionar satisfatoriamente os conflitos e pacificar de modo adequado as pessoas. Mas, como os conflitos diferem muito entre si, o sistema deve ser *flexível* para ser apto a propiciar a quem tem razão a tutela jurisdicional efetiva e adequada a que tiver direito, produzindo com isso resultados legítimos perante a lei e os valores da nação.

A presente introdução é aqui inserida com o fito de demonstrar que o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo clamam por uma metodologia acentuadamente *instrumentalista*, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos. O realce a essa metodologia não significa que esta *teoria geral do processo* se proponha a renunciar à análise dos fenômenos e estruturas processuais pelos aspectos inerentes às técnicas do processo. Quer somente fundamen-

CAPÍTULO XII
PODER JUDICIÁRIO:
FUNÇÕES, ESTRUTURA E ÓRGÃOS

76. Poder Judiciário – conceito

O exercício do poder do Estado, quando dividido e distribuído por vários órgãos segundo critérios funcionais, estabelece um sistema de freios e contrapesos graças ao qual difícil se torna o arbítrio e mais facilmente podem prosperar a liberdade individual e a efetividade dos direitos de cada um. Tal é a célebre separação dos *Poderes do Estado*, que constitui a base da organização do governo nas democracias ocidentais e postulado fundamental do Estado-de-Direito. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Const., art. 2º).

Embora a doutrina tradicional se refira ao Poder Judiciário como o *terceiro* dos Poderes do Estado segundo a clássica teoria de Montesquieu, o Judiciário brasileiro vem ganhando nas últimas décadas um relevante *status* político, na medida em que interfere com muita frequência nas atividades dos demais Poderes – seja censurando-as pelo aspecto da legalidade e competência, seja realizando o controle de suas *políticas públicas*, seja também atuando como o último e indispensável esteio das liberdades e dos direitos individuais e sociais, dos quais constitui a principal garantia. A Constituição brasileira dedica-lhe o cap. III de seu Tít. IV (arts. 92 ss.) e inscreve entre os direitos e garantias individuais o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV – *supra*, n. 26).

Principalmente em países que adotam o sistema da *jurisdição una* (em que toda jurisdição estatal é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário – *infra*, n. 79) avulta a importância do “terceiro Poder”, a

quem é confiada a tutela aos titulares de direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público. Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição mediante normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser reconhecidos, positivados e efetivados pelos tribunais. É perante o Poder Judiciário portanto que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: ilusórios seriam os direitos que a ordem jurídica substancial confere aos indivíduos, se não pudessem ser reivindicados e defendidos em juízo.

O Poder Judiciário é uno, assim como una é sua função precípua (a jurisdição), por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. Embora exercida por órgãos judiciários diferentes entre si, de diversos graus e atuantes em diferentes e inúmeros locais, a jurisdição nacional é uma só e todos esses órgãos a exercem, sem que se possa pensar em uma pluralidade de jurisdições ou em mais de um Poder Judiciário no mesmo Estado soberano. Por outro lado, a eficácia espacial da lei de direito material a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir, em princípio, com os limites espaciais da competência deste, em obediência ao princípio *una lex, una jurisdictio*. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.

É tradicional a assertiva na doutrina pátria de que o Poder Judiciário não é federal nem estadual, mas nacional. É um único e mesmo Poder que se positiva através de vários órgãos estatais – estes, sim, federais e estaduais.

77. funções do Poder Judiciário e função jurisdicional

Existem apesar disso restrições à unidade funcional do Judiciário. Nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário e, inversamente, nem toda a atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como *jurisdicional*. Aliás, a clássica tripartição dos *Poderes do Estado* não obedece no direito positivo à rigidez com a qual foi idealizada. O Executivo frequentemente legisla (Const., arts. 62, 68 e 84, inc. VI), o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas.

Todos os tribunais, ao emitirem os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados no art. 927 do Código de Processo Civil, exercem atividade verdadeiramente normativa que em muito se assemelha à legislação (a jurisdição como fonte do direito – *supra*, n. 58).

Com referência a casos especialíssimos e movida por razões de ordem política, a Constituição brasileira atribui expressamente a função jurisdicional a certos órgãos alheios ao Poder Judiciário, estabelecendo a competência (a) da Câmara dos Deputados, quanto à declaração da procedência de acusação contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, inc. I); b) do Senado Federal, para “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (art. 52, inc. I); c) também do Senado Federal, para “processar e julgar 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” (art. 52, inc. II); d) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, quanto à declaração de perda do mandato de seus membros, por infringência das proibições estabelecidas no art. 54 da Constituição ou por procedimento incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes (art. 55, § 2º). Essas hipóteses são porém excepcionalíssimas e o exercício da jurisdição por esses órgãos não-judiciários é algo extremamente raro na história das instituições brasileiras.

Nos demais casos do art. 55 da Constituição Federal ou há controle judiciário posterior (§ 3º) ou já houve pronunciamento anterior do Poder Judiciário (art. 55, incs. V e VI). Diante disso, apenas as hipóteses dos incs. I, II e VI e do art. 55, a que se reporta o § 2º, configuram exercício de função jurisdicional.

Assim como outros Poderes podem ser investidos de função jurisdicional, o Judiciário não se limita ao exercício da jurisdição, que é sua função precípua, mas exerce também funções legislativas e administrativas. Funções normativas são exercidas pelos tribunais na elaboração de seus regimentos internos, o que constitui aspecto do seu poder de autogoverno (art. 96, inc. I, letra a). Constitui atividade legislativa, ainda, a iniciativa de leis de organização judiciária, conferida com exclusividade aos tribunais (arts. 93 e 125, § 1º). O Judiciário exerce também funções administrativas em variadas atividades inerentes ao autogoverno da Magistratura (Const., art. 96).

Tais interferências funcionais não se confundem com *delegações de atribuições*, vedadas pela Constituição (a indelegabilidade da jurisdição).

78. *órgãos da jurisdição*

Nos expressos termos do disposto no art. 92 da Constituição Federal, o Poder Judiciário é composto pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Conselho Nacional de Justiça; III – Superior Tribunal de Justiça; IV – Tribunal Superior do Trabalho; V – Tribunais Regionais Federais e juízes federais; VI – tribunais e juízes do trabalho; VII – tribunais e juízes eleitorais; VIII – tribunais e juízes militares; IX – tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Como porém é notório e rigorosamente pacífico, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão puramente administrativo, não exercendo a jurisdição como os demais integrantes do Poder Judiciário.

Entre os órgãos de primeiro grau das Justiças estaduais inclui a Constituição, também expressamente, os juizados de pequenas causas (hoje, juizados especiais cíveis e criminais – art. 24, inc. X). Determina ainda a instituição de “juizados especiais, providos por juízes togados ou por togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, inc. I). Outra novidade proposta pela Constituição Federal de 1988 foram os juízes de paz, “eleitos pelo voto direto, universal e secreto”, os quais no entanto não exercerão funções jurisdicionais (art. 98, inc. II).

Em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta em abril de 2017 e ainda não julgada, a Procuradoria Geral da República afirma que “decorridos mais de 28 anos desde a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, ainda não houve realização, por nenhuma unidade federativa, da eleição a que se refere o art. 98, II, do texto constitucional”. Informa ainda que “apenas promulgaram leis sobre a matéria os Estados de Amapá (Lei 1.369, de 25 de setembro de 2009), Amazonas (Lei Complementar 99, de 13 de março de 2012), Mato Grosso do Sul (Lei 4.320, de 26 de julho de 2012), Minas Gerais (Lei 13.454, de 12 de janeiro de 2000), Rio Grande do Norte (Lei Complementar 165, de 28 de abril de 1999) e Roraima (Lei 691, de 29 de dezembro de 2008)”, mas “nenhum deles, apesar disso, pôde realizar eleições, tendo em vista a completa ausência de normatização do procedimento eleitoral a ser observado na disputa para os cargos de juiz de paz, seja pelos tribunais regionais eleitorais, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral” (ADO n. 40).

79. *jurisdição una – inexistente no Brasil o contencioso administrativo*

Vige tradicionalmente no Brasil o sistema da jurisdição una, pelo qual toda a jurisdição estatal é exercida exclusivamente pelos órgãos e organismos do Poder Judiciário, inexistindo aqui o *contencioso administrativo*, caracterizado como um sistema de órgãos verdadeiramente jurisdicionais integrados na Administração Pública e encarregados dos processos em que esta seja parte.

Nisso o sistema brasileiro de distribuição do exercício da jurisdição difere do sistema de muitos países, especialmente europeus, nos quais a opção do constituinte é diferente da nossa, indo esses países pelos caminhos do chamado *sistema dualista* da jurisdição (ou *jurisdição dúplice*). Integram tal sistema diferente do nosso o *contentieux administratif* francês, o *Consiglio di Stato* italiano etc. Aqui a jurisdição estatal é exercida por juizes de todos os níveis mas todos integrantes do Poder Judiciário, conforme especificação taxativa contida no art. 92 da Constituição Federal – não ostentando qualquer outro órgão ou organismo, estatal ou não, a condição de *juiz natural* detentor dos poderes inerentes a essa jurisdição (art. 5º, incs. XXXVII e LIII). Ninguém mais exerce a jurisdição estatal neste país, além dos magistrados. Jurisdição una, portanto, e não dúplice. Neste país os *tribunais administrativos* são realmente administrativos, sem qualquer função jurisdicional, e suas decisões são, fora de qualquer dúvida, sujeitas à censura pelo Poder Judiciário.

Na França diz-se que o contencioso administrativo tem a função de, “quando provocado, verificar se a conduta da Administração foi conforme ao direito”. Os órgãos ou tribunais integrantes desse sistema, que não são membros da Magistratura mas da própria Administração, têm o encargo de exercer o *controle jurisdicional* em litígios ligados ao exercício das atividades administrativas, os quais são excluídos da competência dos juizes integrantes da Magistratura. Na doutrina italiana vigora a ideia de que “no contencioso administrativo o poder jurisdicional civil encontra, no exercício de sua função de tutela dos direitos, certos limites peculiares em relação à Administração Pública”.

A exclusividade acima afirmada é exclusividade no exercício da jurisdição *estatal*. Esta é exercida exclusivamente pelos integrantes do Poder Judiciário mas o Estado não tem mais, como antes se afirmava, o *monopólio da jurisdição* – porque existe também a jurisdição não-estatal, exercida pelos árbitros.

80. *órgãos não-jurisdicionais do Poder Judiciário – o Conselho Nacional de Justiça, as Ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura*

Por expressa disposição constitucional integram também o Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça, as Ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura – órgãos que, embora não sejam dotados de qualquer competência jurisdicional, são, rigorosamente, *órgãos judiciais*.

O *Conselho Nacional de Justiça* é o mais elevado órgão, no cenário judicial brasileiro, encarregado do controle do Poder Judiciário e de seus integrantes. Por disposição inserida na Constituição Federal, foi instalado em 14 de junho de 2004. Tem sede no Distrito Federal e atuação sobre todo o território do país, compondo-se de quinze membros com investidura por dois anos, admitida uma recondução, entre os quais nove magistrados, dois representantes do Ministério Público, dois advogados e “dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal” (art. 103-B, incs. I-XIII). O Conselho Nacional de Justiça tem competência administrativa, não jurisdicional, ligada à defesa da autonomia do Poder Judiciário, às suas finanças, zelo pela observância do Estatuto da Magistratura, às normas disciplinares e correcionais referentes a juízes e auxiliares *etc.* (art. 103-B). O Ministro do Supremo Tribunal Federal que o integra é sempre seu Presidente e o Ministro do Superior Tribunal de Justiça exerce o cargo de Corregedor Nacional da Justiça.

As *Ouvidorias de Justiça* têm competência para “receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça” (Const., art. 103-B, § 7º). Elas são instituídas pela União, inclusive no Distrito Federal (art. cit.), para atuar sobre todas as Justiças, inclusive as estaduais. Pela res. n. 103, de 24 e fevereiro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça determinou que todos os tribunais deveriam criar suas Ouvidorias, as quais, quando bem constituídas e conduzidas, poderão constituir eficientes canais democráticos para a legítima participação popular na fiscalização da regularidade dos serviços judiciais.

As *Escolas da Magistratura*, que constituem antigo anseio das comunidades jurídicas e judiciais, já estavam previstas na Constituição Federal (art. 93, inc. IV), cuja disposição passou a ter dimensão maior a partir da redação que lhe foi dada pela emenda constitucional n. 45,

de 8 de dezembro de 2004. Está agora disposto que o Estatuto da Magistratura conterà a “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”. Todos os Estados já têm suas Escolas da Magistratura, estando também operante há muitos anos a Escola Superior da Magistratura.

Também está disposto que funcionarão perante o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados, “cabendo-lhes, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (Const., art. 105, par., inc. I e art. 111, § 2º, inc. I). As Escolas da Magistratura foram objeto do grande sonho e de concretas iniciativas do idealista Sálvio de Figueiredo Teixeira, que foi Ministro do Superior Tribunal de Justiça e deixou na História e no espírito de todos os estudiosos do processo uma carinhosa lembrança e uma gratidão muito grande pelo muito que fez pela Justiça brasileira.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. VIII, nn. 56-58.

Calamandrei, “Processo e giustizia”.

Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 206 e 213 ss.

Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, pp. 211 ss.

Grinover, “O contencioso administrativo na emenda n. 7, de 1977”.

Lessa, *Do Poder Judiciário*.

Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, §§ 14 e 17.

_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 13.

CAPÍTULO XXI
JURISDIÇÃO: CONCEITO
E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

131. conceito de jurisdição

Da jurisdição estatal, já delineada em sua finalidade fundamental (*supra*, n. 15), sabe-se que é uma das funções assumidas e exercidas pelo 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. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja ao expressar imperativamente o preceito concreto pertinente ao caso (mediante uma decisão de mérito), seja ao realizar ou fazer com que se realize no mundo das coisas o que o preceito estabelece (execução forçada).

Que ela é uma função do Estado já foi dito. Resta agora dizer que, segundo uma afirmação corrente entre os doutrinadores, a jurisdição é ao mesmo tempo *poder*, *função* e *atividade*. Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o *poder* e cumprindo a *função* que a lei lhes comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo adequadamente estruturado (devido processo legal).

A jurisdição exercida pelo árbitro tem as mesmas características fundamentais e a mesma eficácia da jurisdição estatal, ressalvados os atos de constrição sobre pessoas ou bens, excluídos de sua competência

(execução, efetivação de medidas urgentes *etc.*). Além disso, a imutabilidade da sentença arbitral pode ceder diante de uma ação anulatória processada e julgada pelo juízo estatal, a qual corresponde, em virtude dessa função, a uma ação rescisória.

Para caracterizar a jurisdição muitos critérios foram propostos pela doutrina tradicional, apoiada sempre em premissas exclusivamente jurídicas e despreocupada das de caráter sociopolítico. Hoje a perspectiva é substancialmente outra, na medida em que a moderna processualística busca a legitimidade de seu sistema na *utilidade* que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições. Daí a segura diretriz no sentido de afirmar os escopos sociais e políticos da jurisdição e especialmente o escopo de *pacificação com justiça* (*supra*, n. 2).

Mesmo assim, não deixam de ser também importantes as características da jurisdição pelo aspecto jurídico. Entre os critérios distintivos propostos pela doutrina tradicional, os dois indicados por Chiovenda mostram-se suficientes para a caracterização jurídica da jurisdição: a) caráter substitutivo; b) escopo de atuação do direito. Foi muito importante também a construção proposta por Carnelutti, que caracterizava a jurisdição pela circunstância de ser uma atividade exercida sempre com relação a uma *lide*.

132. caráter substitutivo

Exercendo a jurisdição, o Estado ou o árbitro substituem, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir por atos próprios a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade sobre uma pessoa ou sobre seus bens, admitida pela lei quando surge o conflito, é a do exercente da jurisdição, que substitui a das partes; mas os árbitros, que também exercem a jurisdição, só têm o poder de *decidir* sobre os eventuais direitos destas, ou de uma delas, sem nunca substituí-las mediante qualquer medida constrictiva sobre pessoas ou bens.

Essa proposição, que no processo civil encontra algumas exceções (casos raros de autotutela, casos de autocomposição), no penal era de validade absoluta: o direito de punir não podia ser exercido independentemente do processo e não podia o acusado submeter-se voluntariamente à aplicação da pena. Nas últimas décadas, contudo, houve a introdução e expansão de mecanismos da chamada justiça penal consensual, por meio

dos quais é possível o cumprimento de uma pena sem a necessidade de prévio processo, desde que ocorra um acordo entre as partes (sobre a abertura constitucional para a conciliação em matéria penal em certos casos, v. *supra*, n. 4).

Como se dá em relação a todas as atividades do Estado, a jurisdição é exercida através de pessoas físicas, que constituem seus agentes, ou seus órgãos (o juiz exerce a jurisdição estatal, complementada sua atividade pelas dos órgãos auxiliares da Justiça). E, como essas pessoas não agem em nome próprio mas como órgãos do Estado, sua *imparcialidade* é uma exigência da lei. Não deve atuar no processo o juiz, o árbitro ou o auxiliar da Justiça (escrivão, oficial de justiça, depositário, contador) que tiver interesse próprio no litígio ou razões para comportar-se de modo favorável a uma das partes e contrariamente à outra; o parentesco, a amizade íntima, a inimizade capital *etc.* dão causa à suspeição ou ao impedimento do juiz, o qual não poderá exercer a jurisdição nos casos em que estiver presente alguma dessas relações (CPC, arts. 144-146 – CPP, arts. 95-103, 252, 254 – *supra*, n. 83).

133. escopo jurídico de atuação do direito

Ao incluir a jurisdição no quadro de suas instituições, visa o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico conduzam efetivamente aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, em cada experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim é que, mediante o exercício da função jurisdicional, busca o Estado fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).

Essa é a teoria de Chiovenda. Corresponde à ideia de que a norma concreta nasce antes e independentemente do processo. Outra posição digna de nota é a de Carnelutti. Segundo sua teoria, só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (*lide*), a partir do momento em que é dada a sentença a respeito: o escopo do processo seria então a *justa composição da lide*, ou seja, o estabelecimento da norma concreta e específica de direito material disciplinando o caso, dando assim razão a uma das partes.

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 porque resulta de uma visão puramente introspectiva do processo, há de coordenar-se com a ideia 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 a 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, do Estado enquanto comunidade).

Essa afirmação está muito longe de admitir que seja essa mesma a motivação que leva ao processo os sujeitos envolvidos em um conflito. Quando um deles pede a condenação de seu alegado devedor, ele está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeita que o demandante vem buscar no processo. A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao fim, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

134. outras características da jurisdição (lide, inércia, definitividade)

Do que ficou dito resulta que a função jurisdicional se exerce em grande número de casos (Carnelutti afirmava que *sempre*) com referência a uma *lide* que a parte interessada apresenta ao Estado, pedindo um provimento jurisdicional a respeito. A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, 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. *Lide* é, nessa teoria, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. É alguém que pretende um dado bem ou uma dada situação e outro que se nega a dar-lhe esse bem (obrigações de dar dinheiro ou de entregar coisa certa) ou produzir essa situação (obrigações de fazer ou de não-fazer).

Quando se trata de lide envolvendo o Estado-Administração, o Estado-juiz substitui com atividades suas as atividades dos sujeitos da lide

– inclusive a do administrador. Essa ideia também encontra aplicação no processo penal. Quem admitir que existe a lide penal (negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão da acusação pede absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais. Em vez de *lide penal* é preferível falar em *controvérsia penal*.

Outra característica da jurisdição consiste na *inércia* dos órgãos jurisdicionais (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contra-producente, 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. Além disso, a experiência vinda do passado ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente.

Por isso, fica geralmente a critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz ao exercício da função jurisdicional: assim como os direitos subjetivos são em princípio *disponíveis*, podendo ser exercidos ou não, também o acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado (mas mesmo no tocante aos direitos indisponíveis a regra da inércia jurisdicional prevalece – v.g., o *jus punitonis* do Estado).

Em direito processual penal o titular da pretensão punitiva (Ministério Público) não tem sobre ela o poder de livre disposição, de modo que pudesse cada promotor, a seu critério, propor a ação penal ou deixar de fazê-lo. Vigem aí, como regra geral, os chamados *princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade*, que subtraem ao órgão do Ministério Público a apreciação da conveniência da instauração do processo para a persecução dos delitos de que tenha notícia. Mesmo assim, todavia, o processo não se instaura *ex officio* mas sempre mediante a provocação do Ministério Público (ou do ofendido, nos casos excepcionais de ação penal de iniciativa privada).

Assim, é sempre uma *insatisfação* que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa etc.) vem a juízo pedir um provimento que, afastando a resistência do adversário, satisfaça sua pretensão e com isso elimine o

estado de insatisfação – e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais através de dispositivos como o do art. 2º do Código de Processo Civil (“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”) e o do art. 24 do de Processo Penal.

Em casos específicos e muito raros a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais. Assim, p. ex., pode o juiz declarar *ex officio* a falência de uma empresa sob regime de recuperação judicial quando verifica que falta algum requisito para o prosseguimento desta (Lei de Recuperação Judicial e de Falências, arts. 73-74); a execução trabalhista pode instaurar-se por ato do juiz quando o exequente não estiver representado por advogado (CLT, art. 878); o *habeas corpus* pode conceder-se de-ofício (CPP, art. 654, § 2º); e a execução penal também se instaura *ex officio*, ordenando o juiz a expedição da carta de guia para o cumprimento da pena privativa de liberdade (LEP, art. 105).

Outra característica dos atos jurisdicionais é que *só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis*, não podendo ser revistos ou modificados. A Constituição brasileira, como a da generalidade dos países, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Coisa julgada é a imutabilidade da eficácia de uma decisão judicial ou arbitral em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já tenha sido definitivamente julgado (*infra*, n. 283).

No Estado-de-Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois de ter sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário ou, conforme o caso, ao árbitro.

135. jurisdição, legislação, administração

O interesse da doutrina moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como *poder*, vê-se que não passa de

uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o poder estatal é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como é o *poder*, do que cuidar de distingui-las. Como *função* é que, tendo em vista os objetivos do exercício da jurisdição, torna-se possível estremá-la das outras funções estatais.

Ela difere da *legislação*, porque consiste em pacificar situações conflituosas apresentadas ao Estado-juiz, pacificando os sujeitos litigantes e fazendo justiça em casos concretos – seja afirmando imperativamente a preexistente vontade do direito (decisão de mérito), seja produzindo os resultados que o obrigado não produziu com sua conduta própria (execução). Quanto à atividade *administrativa*, não há dúvida de que também através dela o Estado cumpre a lei (e por isso não faltou quem dissesse inexistir diferença ontológica entre a administração e a jurisdição), mas há uma fundamental diferença entre as duas atividades porque:

a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não atua com o *escopo* de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum);

b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado quem realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo;

c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos. Acima de tudo, só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade.

Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do *critério orgânico*, isoladamente, para distinguir a jurisdição: esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da *petição de princípio* (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional e a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (Const., art. 52, inc. I); e há funções absolutamente não-jurisdicionais que os órgãos judiciários exercem (Const., art. 96).

136. os órgãos exercentes da jurisdição estatal

Ao enumerar os órgãos integrantes do Poder Judiciário, o art. 92 da Constituição Federal está ao mesmo tempo e *ipso facto* a impor uma relação rigorosamente taxativa dos órgãos estatais competentes para o

exercício da jurisdição. Não há no Brasil o chamado *contencioso administrativo* (*supra*, n. 79); nem qualquer abertura para a instituição ou reconhecimento de outros órgãos ou organismos estatais encarregados desse exercício.

O Projeto de Código de Processo Civil aprovado nas Casas do Congresso continha o absurdo de atribuir aos acórdãos do Tribunal Marítimo a condição de títulos executivos judiciais, como se esse órgão fosse um exercente da jurisdição. Felizmente, em boa hora a Presidência da República vetou esse dispositivo e esse veto prevaleceu.

137. *princípios inerentes à jurisdição estatal*

Em todos os países a jurisdição é informada por alguns princípios fundamentais que, com ou sem expressão na própria lei, são universalmente reconhecidos. São eles: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia.

O *princípio da investidura* corresponde à ideia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. A jurisdição é uma função pública do Estado e este, que é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes – e essas pessoas físicas são os juízes. É claro pois que, sem ter sido regularmente investido como juiz, ninguém será a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais. O mesmo sucede se o juiz já se aposentou, circunstância em que não é mais juiz: ocorrendo a aposentadoria, os processos então a seu cargo serão redistribuídos a outro juiz.

No chamado *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 em que houverem sido investidos. Além disso, como os juízes são muitos no mesmo país, distribuídos em comarcas (Justiças Estaduais) ou subseções judiciárias (Justiça Federal), também se infere daí que cada juiz só exerce sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição. Esse princípio é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à competência dos juízes ou tribunais.

Em virtude dessa regra de grande abrangência, em princípio os atos de interesse para um processo, que devam ser praticados fora dos limites

territoriais em que o juiz exerce a jurisdição dependem da cooperação do juiz do lugar. Se, p. ex., é preciso citar um réu que se encontra em outra comarca ou subseção judiciária, isso será feito através de uma carta precatória: o juiz do processo (deprecante) expede uma carta ao juiz do lugar (deprecado), pedindo-lhe que faça citar o réu (CPC, arts. 260 ss. – CPP, arts. 353 ss.). O mesmo acontece quando é preciso produzir alguma prova fora do território do juiz ou mesmo prender o acusado em outra comarca (CPP, art. 289). O princípio da aderência ao território não impede, em processo civil, a citação postal endereçada a pessoas fora da comarca (CPC, art. 247) nem a expedição de ofício para intimação a devedores do executado com sede ou domicílio em outro foro (art. 855).

Também constitui legítima ressalva à necessidade de expedição de carta precatória a disposição do Código de Processo Civil segundo a qual, “nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar, em qualquer delas, citações, intimações, notificações, penhoras e quaisquer outros atos executivos” (art. 255).

Havendo algum ato a praticar fora dos limites territoriais do próprio país, então é preciso solicitar a cooperação jurisdicional da autoridade do Estado em que o ato se praticará – e essa solicitação se fará mediante a expedição de uma *carta rogatória* (CPC, arts. 35 e 237, inc. II – CPP, art. 368) – a qual tramita através do Ministério da Justiça e é enviada ao país estrangeiro por via diplomática, após legalizada e traduzida; ou mediante o chamado *auxílio direto*, consistente na cooperação jurídica entre Estados soberanos, a ser prestada por órgão não-jurisdicional e, naturalmente, fora do âmbito do exercício da jurisdição. “Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil” – diz o art. 28 do Código de Processo Civil. Os pedidos de auxílio direto passarão por uma *autoridade central*, que no Brasil é o Ministério da Justiça (CPC, arts. 26, § 4º e 29), e poderão ter por objeto a “obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso” (art. 30, inc. I), a investigação e busca de fontes de prova (inc. II) *etc.*

O *princípio da indelegabilidade da jurisdição* é, em primeiro lugar, expresso através de ampla regra constitucional segundo a qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior. Além disso, no âmbito do próprio Poder Judiciário não pode juiz algum, segundo seu próprio critério e talvez atendendo à sua própria conveniência, de-

legar funções a outro órgão. É que cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste). O Estado o investiu, mediante determinados critérios de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, alterando os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram.

Essa regra não tem assento constitucional explícito mas resulta de construção doutrinária a partir de princípios de aceitação geral e sofre algumas exceções, como a do art. 102, inc. I, letra *m*, da Constituição (delegação, pelo Supremo, de competência para a execução forçada) e as dos arts. 236, § 2º e 972 do Código de Processo Civil (*cartas de ordem*). Mas através das cartas precatórias não se dá delegação alguma. O que acontece é que, impossibilitado de realizar ato processual fora dos limites de seu foro (limitação territorial do poder), o juiz pede a cooperação do órgão jurisdicional competente; seria um contrassenso dizer que o juiz deprecante delega (ou seja, transfere) um poder que ele próprio não tem, por ser incompetente.

O *princípio da inevitabilidade* significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais estatais, 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 impedir que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.

O *princípio da inafastabilidade* (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV) e reiterado no art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil, garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (Const., art. 5º, inc. XXXV) nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 140). Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual moderníssima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça (*supra*, nn. 26 e 50).

CAPÍTULO XXVII

AÇÃO

164. conceito

Examinado o fenômeno do Estado que fornece o serviço jurisdicional, é mister agora analisar o da pessoa que pede esse serviço estatal. É o que se faz através do estudo do denominado *direito de ação*.

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado assumiu o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe pois solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo, o titular do interesse estará exercendo um poder (ou, segundo parte da doutrina, um direito), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve emitir um provimento jurisdicional.

Ação é portanto o poder de exigir *o exercício da atividade jurisdicional*. Mediante o exercício desse poder provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce mediante um complexo suceder de atos inerentes ao processo. Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da *autonomia do direito de ação*, cuja existência em casos concretos independe da existência do direito subjetivo material posto em litígio pelas partes. Todavia, longo foi o caminho percorrido até chegar a tais conceitos, sucedendo-se várias teorias ao longo dos tempos.

165. teoria imanentista

Segundo a definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*jus quod sibi debeat in iudicio persequendi*).

Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela ideia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material. Assim, pela escola denominada clássica ou *immanentista* (ou ainda civilista, quando se trata da ação civil) a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontestado, através de diversas variantes, as quais sempre resultavam em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. Foi a teoria de Savigny seguida entre nós por João Monteiro, um dos processualistas de maior destaque da Faculdade do Largo de São Francisco nos fins do século XIX e início do século XX.

166. a polêmica Windscheid-Muther

O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século XIX. Muther, combatendo algumas ideias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas ideias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação.

167. a ação como direito autônomo

Dessas novas ideias partiram outros estudiosos para demonstrar, de maneira irrefutável, a autonomia do direito de ação. Distinguindo-o do direito subjetivo material a ser tutelado e reconhecendo em princípio seu caráter de direito público subjetivo, duas correntes principais disputam a explicação da natureza do direito de ação: a) a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir.

168. a ação como direito autônomo e concreto

Foi Wach, ainda na Alemanha, quem elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo, não pressupon-

do necessariamente a existência de um direito subjetivo material violado ou ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratórias (em que o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica). Nessa teoria a ação dirige-se *contra o Estado*, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, e também *contra o adversário*, do qual se exige a sujeição. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, sustentava-se que o direito de ação só existiria quando o direito afirmado pelo autor realmente existisse e, conseqüentemente, a sentença lhe fosse favorável. Nesse quadro, a ação seria um direito público e *concreto* – ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo.

Modalidade dessa teoria é a formulada por Bulow, para quem a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa. Outros destacados partidários da teoria concretista foram Schmidt, Hellwig e Pohle.

Ainda à teoria concreta filia-se Chiovenda, que em 1903 formulou a engenhosa construção da ação como *direito potestativo*. Segundo ele a ação configuraria um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo, mas não seria um direito subjetivo porque não lhe corresponde uma obrigação do Estado e muito menos um direito de natureza pública. Dirige-se *contra o adversário*, correspondendo-lhe a *sujeição*. Mais precisamente, a ação configuraria, sempre segundo Chiovenda, o poder jurídico de dar vida a uma condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com seu próprio exercício tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito.

Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um *direito potestativo*, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa portanto de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável.

Quase concomitantemente a Chiovenda, na Alemanha formulava-se teoria idêntica. A doutrina da ação como direito potestativo teve seguidores na Itália e também entre nós (Celso Agrícola Barbi).

169. a ação como direito autônomo e abstrato

Antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, Degenkolb já criara na Alemanha, em 1877, a teoria da ação como direito abstrato de agir, e quase ao mesmo tempo, por uma curiosa coincidência, Plósz formulava doutrina idêntica na Hungria.

Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente para caracterizar o direito de ação que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.

A repercussão da doutrina de Degenkolb foi profunda.

Na Itália, Alfredo Rocco foi um de seus principais defensores, dando-lhe fundamentação própria: quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados surge um outro interesse, que é o interesse à efetivação destes pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal, e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário. Para que se configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido; tal direito de ação é exercido contra o Estado.

Outros estudiosos, também filiados à doutrina da ação como direito abstrato, apresentam divergências e peculiaridades em suas construções. Carnelutti configura a ação como direito abstrato e de natureza pública, mas dirigido contra o juiz e não contra o Estado. Couture, no Uruguai, concebe-a integrada na categoria constitucional do *direito de petição*. E Pekelis, acentuando o direito subjetivo contido na ação (direito de fazer agir o Estado e não direito de agir), considera os outros direitos como mero reflexo desse único e verdadeiro direito subjetivo. Houve também quem afirmasse representar a ação o exercício de uma função pública; e também quem não a enquadrasse como direito ou poder, mas *dever*, configurando a obrigação de dirigir-se ao órgão jurisdicional para a solução dos conflitos.

170. apreciação crítica das várias teorias

Não é difícil a crítica à teoria imanentista. As principais objeções são as relativas à ação infundada (improcedente) e à ação meramente

declaratória. Quanto à primeira, verifica-se que muitas ações são julgadas improcedentes porque a sentença julga infundada a pretensão do autor – ou seja, declara a inexistência do direito subjetivo material invocado. Mas, apesar da inexistência do direito, houve exercício da ação, até à declaração da improcedência; houve, em outras palavras, ação sem direito material. A segunda objeção (ação declaratória negativa) é outro argumento para afirmar a autonomia do direito de ação, de vez que nesse tipo de ação o autor visa exatamente a obter a declaração da inexistência de uma relação jurídica e, portanto, da inexistência de um direito subjetivo material. Diante disso, o pedido do autor não tem por base um direito subjetivo mas o simples interesse à declaração de sua existência.

A ação é, portanto, autônoma. Mas será *abstracta* ou *concreta*?

A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável. Para refutá-la basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até à sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor. Os *direitos potestativos* (que configurariam uma exceção à concepção clássica de que a todo direito corresponde uma obrigação correlata), parecem caracterizar mais meras faculdades ou *poderes* do que direitos e a eles, por definição, não corresponde qualquer obrigação. Em última análise, a construção de Chiovenda, que apresenta a ação como um direito potestativo, não difere substancialmente, em suas conclusões, das teorias que colocam a ação como direito à sentença favorável (teorias da ação como direito concreto).

Restam a teoria da ação como direito abstrato e as outras teorias.

Não se pode aceitar a teoria do juiz como titular passivo da ação, porque ele é mero agente do Estado. Nem tem procedência a doutrina da ação como manifestação do *direito de petição*, porque tal remédio constitucional visa a levar aos órgãos públicos representações contra abusos do poder por agentes estatais e porque não configura, com a mesma clareza do direito de ação, o dever de resposta do Estado. A construção de Pekelis resulta na negação da própria autonomia da ação (como direito subjetivo ou como poder). Por outro lado, conceber a ação como *exercício privado de uma função pública* significa exasperar a concepção publicística do processo, não podendo evidentemente o poder funcional ser confiado ao arbítrio do particular. Nem é admissível a ação como *dever*, sendo ela, quando muito, um *ônus*, ou seja, uma faculdade cujo exercício é posto como condição para obter certa vantagem – e os ônus