

# JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Humberto Theodoro Júnior\*

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Jurisdição e legislação. 3. Jurisdição e Administração. 4. O ponto nodal da distinção entre jurisdição e administração. 5. “Terceiridade” e imparcialidade do juiz. 6. Características tradicionalmente atribuídas à jurisdição. 7. O velho conflito entre CHIOVENDA e CARNELUTTI sobre o objeto da jurisdição. 8. Múltiplos escopos da jurisdição. 9. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 10. Jurisdição e competência. 11. Competência internacional e competência interna. 12. Definição constitucional da competência: competência de “Justiça”.

## 1. Intróito

Quando se propõe a estudar o direito processual, a primeira e fundamental noção a ser enfrentada e delineada é a de **jurisdição**, uma vez que esse ramo da ciência jurídica cuida da disciplina do processo, que, por sua vez, outra coisa não é que o método de operar a função estatal de compor os conflitos jurídicos (litígios), declarando e fazendo atuar a vontade concreta da lei (*jus dicere*).

Nos Estados primitivos, submetidos ao autoritarismo absoluto do detentor do poder, a jurisdição se fundia no seu império único e total e, quase sempre, era insignificante a atuação da soberania estatal nesse terreno, porque não vigia a idéia de tutela jurisdicional para os súditos, cabendo a cada um defender seus próprios direitos, quando ameaçados ou violados.

\* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

Foi com a evolução e aperfeiçoamento do Estado de Direito e especialmente com a implantação do Estado Democrático de Direito, que se conquistou o regime da separação e equilíbrio entre as funções soberanas do Estado. E foi, nesse estágio da civilização moderna que se deu a absorção, pelo Estado, em caráter monopolístico, do poder de fazer justiça.

Para abolir a justiça privada e para assegurar a tutela pública aos direitos subjetivos lesados ou ameaçados, organizou-se e institucionalizou-se o poder judiciário, ao lado do poder legislativo e do poder executivo; e, ao mesmo tempo, se instituiu o processo como remédio capaz de garantir o acesso à tutela jurisdicional.

É, sem dúvida, a partir da concepção tripartite das funções soberanas do Estado contemporâneo que se pode divisar a noção de **jurisdição**, como uma dessas funções, e de **processo**, como seu instrumento de atuação.

Não importa que, na ordem constitucional, nem sempre os órgãos encarregados dessas três funções básicas da soberania, se limitem a receber atribuições genuinamente restritas ao seu mister fundamental. As zonas cinzentas instaladas nas fronteiras dos encargos afetados aos três órgãos da soberania - o executivo, o legislativo e o judiciário - não comprometem a essência e o fundamento da separação. Se na partilha constitucional alguma atribuição não respeita com rigor aquilo que fundamentalmente deveria, em princípio, pertencer a cada um dos órgãos da soberania, isto se dá apenas em aspectos periféricos ou marginais, que não invalidam a essência da distinção entre as suas genuínas e específicas funções. Não será, portanto, em razão desses pequenos desvios de competência que a doutrina se verá impedida de pesquisar e individuar aquilo que forma a substância da função de cada segmento da soberania.

Com efeito, a natureza da função não se perde apenas porque, por razões políticas, alguma de suas naturais atribuições veio a se concentrar nas mãos de quem controla, também, parcela diversa da soberania<sup>1</sup>.

Já se afirmou que a noção de jurisdição veio se afirmando e consolidando à medida que o desenvolvimento do Estado pôde substituir a primitiva **autotutela** (justiça pelas próprias mãos do ofendido) pela atual tutela jurisdicional, com que se intentou estabelecer o monopólio da jurisdição. No entanto, a assunção desse monopólio não foi completa, porque, mesmo em nossos dias a ordem jurídica ainda tolera, embora como exceções, algumas modalidades de autotutela, como a legítima defesa, no âmbito do direito penal, e o desforço imediato, o direito de retenção, o penhor legal etc., no campo do direito civil. Fora, porém, das hipóteses excepcionais previstas em lei, a justiça pelas próprias mãos é vetada e configura, até mesmo, crime tipificado no Código Penal (art. 345).

O certo, porém, é que no Estado Democrático de Direito, a principal característica situa-se na submissão igual de todos - governantes e governados - à lei. E para que essa submissão ocorra, efetivamente, é necessário existir uma real separação das funções inerentes ao poder estatal.

É pela completa separação de tais funções que se confere ao Judiciário a função jurisdicional, por meio da qual se controla e assegura o império da lei, submetendo a ele tanto as pessoas comuns como os demais agentes do poder estatal, ou seja os que exercem as funções do Executivo e do Legislativo.

Urge, pois, precisar o que constitui a essência de cada uma dessas funções soberanas do Estado para bem identificar, dentre elas, a

1 MONTELEONE, Girolamo, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2.000, n° 2, p. 4

jurisdição. É que se mostra muito difícil conceituar de forma sintética e isolada a função jurisdicional. Somente cotejando-a com as demais funções estatais se consegue, em doutrina, desvelar-lhe a substância.

## 2. Jurisdição e legislação

A dificuldade técnica maior reside no distinguir a jurisdição da administração, já que entre a função jurisdicional e a legislativa as delimitações são evidentes e facilmente perceptíveis.

*Jurisdictio*, nas origens históricas e semânticas forjadas pelo direito romano correspondia à atividade desenvolvida no *judicium*, ou seja, no ato do *judex* de *dicere jus*. Diante do conflito jurídico, o órgão judicante definia o **direito concreto**. Desde as origens, porém, essa definição o magistrado a fazia vinculando-se às regras previamente traçadas pelo legislador; e desde então as duas tarefas eram desempenhadas por órgãos distintos: ao magistrado cabia a *dictio juris*, e a criação da lei tocava ao *conditor legis*.

A função jurisdicional sempre foi muito diversa da legislativa e com esta nunca se confundiu, embora, na ordem política, não seja raro atribuir-se ao órgão legislativo alguma tarefa que corresponda, eventualmente, a *dictio juris*. O certo é que a função legislativa, criando a lei, estabelece normas para o futuro, não se fundando sobre um juízo do **ser**, mas do **dever ser**. Já o órgão jurisdicional se ocupa do que **é**, ou seja, do **fato** e de sua subsunção à lei.

Daí a conclusão de CARNELUTTI de que somente o juiz (e não o legislador) pratica, fundamentalmente, o *jus dicere*, porquanto não é da norma e sim do fato que nasce o direito para cada um (*ex facto jus oritur*)<sup>2</sup>.

2 *Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, n.º 12, p. 19

O legislador, criando genericamente as regras do dever ser, não está dizendo o direito, mas apenas prevendo o direito que poderá vir a existir. Assim, não estabelece a lei um comando, já que este, por sua natureza, não pode ser hipotético e abstrato e tem de ser concreto e atual.

Só há realmente *jus dictum* depois que, acertado o fato e sua conformidade à hipótese legal, o juiz o declara<sup>3</sup>.

Mas ao contrário do que a etimologia da palavra *jurisdictio* indica, a função jurisdicional não se esgota com o simples ato de declarar o direito, diante do comportamento de quem o rejeita. O *jus* não seria *jus* se não reagisse à *injúria*. Direito impotente não é direito. A função jurisdicional, por isso, não se completa enquanto não faz com que o *jus dictum* se torne realidade, por medidas concretas ou materiais. Ainda essa tarefa, de submeter a parte devedora ao cumprimento da prestação a que a parte credora tem direito, integra a *jurisdictio*: “*la dictio non è compiuta se tende solo a prescrivere ciò che deve essere senza cercar di convertire il dover essere in esistenza quando il precetto non è sufficiente a tal fine. Insomma, stabilire l’ordine non si può senza ristabilirlo quando l’ordine è stato violato*”<sup>4</sup>.

Eis porque se revela evidente que a execução, tanto como a cognição, integra a idéia de jurisdição, circunstância ressaltada na definição clássica de CHIOVENDA:

“Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”<sup>5</sup>.

3 CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.

4 CARNELUTTI, *idem*, *ibidem*

5 *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed., trad. brasileira, São Paulo, Saraiva, 1969, v. II, § 19, n.º 137, p. 3.

Ampliando analiticamente o conceito sintético de CHIOVENDA, ensina UGO ROCCO que se deve entender por jurisdição:

“a atividade com que o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, intervindo a pedido de particulares, sujeitos de interesse juridicamente protegidos, se substitui aos mesmos na atuação da norma que ampara tais interesses, declarando, em vez de ditos sujeitos, que tutela concede uma norma a um interesse determinado, impondo ao obrigado, em lugar do titular do direito, a observância da norma e realizando, mediante o uso de sua força coletiva, em vez do titular do direito, diretamente aqueles interesses cuja proteção está legalmente declarada”<sup>6</sup>.

Malgrado divergência de poucas opiniões doutrinárias, hoje predomina maciçamente a noção de jurisdição como abrangente tanto da atividade cognitiva como da atividade executiva dos órgãos judiciais. Nesse sentido ensina EDUARDO ARRUDA ALVIM que a função jurisdicional conferida ao Poder Judiciário:

“Compreende não apenas a tarefa de dizer o Direito aplicável (o que se faz através do **processo de conhecimento**), mas de realizá-lo coativamente (**processo de execução**)<sup>7</sup>.

Obra moderna como a de GIAN FRANCO RICCI<sup>8</sup> chega afirmar, com certa ênfase, que:

“...*i tentativi fatti in passato* (da CARNELUTTI e da ALLORIO), *volti a negare carattere giurisdizionale al*

6 *Teoria geral do processo civil*, trad. Mexicana de Felipe de J. Terra, 1959, p. 55, *apud* CELSO NEVES, *Estrutura Fundamental do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, nº 48, p. 25

7 *Curso de direito processual civil*, São Paulo, Ed. RT, 1998, v. I, p. 43; No mesmo sentido, entre muitos outros, CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 1982, nº 2, p. 4; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumem Juris, 1999, v. I, p. 57

8 *Principi di diritto processuale generale*, Torino, G. Giappichelli, 1995, nº 2, p. 7

*processo esecutivo, appaiono oggi decisamente superati. Nessuno dubita più infatti che l'esecuzione civile costituisca esercizio di giurisdizione”.*

Diante do exposto, fica bem claro que a função legislativa e a função jurisdicional perseguem objetivos diferentes e observam métodos inconfundíveis.

Com o método jurisdicional enfrentam-se fatos sobre os quais se alcança um comando jurídico (concreto), formado a partir de normas (leis) preexistentes. Com o método legislativo se estabelecem, em abstrato, normas genéricas (*lex generalis*). Com o processo (método jurisdicional) se obtém uma *lex specialis*, voltada para o fato controvertido, e que se veste da força de um verdadeiro **comando** (lei do caso concreto) <sup>9</sup>.

Pode-se, de outro ângulo, ver na lei (produto do exercício da função legislativa) um *prius* da atividade jurisdicional: primeiro, o órgão legislativo edita a regra de conduta geral e abstrata, em nome do interesse coletivo; depois, diante de um fato da vida, o órgão jurisdicional, mediante aplicação da lei, “realiza uma tutela concreta e individualizada” <sup>10</sup>.

Enfim, a diversidade essencial de funções, entre a justiça e o legislativo, pode ser assim resumida: pela legislação **constituem-se normas jurídicas** (leis); pela jurisdição, procede-se, preponderantemente, à **aplicação do direito** (norma) pré-existente: “não é difícil distinguir a função jurisdicional da função legislativa. Basta dizer que enquanto esta atua diante de hipóteses consideradas em abstrato, criando normas aplicáveis a todos os fatos futuros que se adequarem à descrição contida na norma elaborada, a função jurisdicional atua sempre diante de fatos já ocorridos, subsumindo a norma abstrata ao caso concreto” <sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.

<sup>10</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., n° 9, p. 15. Para ROGÉRIO LAURIA TUCCI, a sentença é a “lei disciplinadora, in concreto, da espécie solucionada” (*Sentença e coisa julgada civil*, Belém, Cejup, 1984. P. 11)

<sup>11</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. cit., I, p. 58

### 3. Jurisdição e Administração

Mais complicada é a distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa, visto que ambas se exercem *in concreto* e ambas, também, se ocupam de aplicar as regras gerais da lei.

Várias tentativas se ensaiaram para apontar as características da jurisdição, no seu cotejo com a administração.

A primeira é a que se volta para o lado subjetivo da função: a jurisdição é uma atribuição específica dos magistrados. Certo aos magistrados incumbe precipuamente a função jurisdicional. Mas em que tal função é distinta da desempenhada pela administração pública? Eis o que cumpre elucidar, mormente quando se sabe que, na organização política do Estado Moderno, atribuições administrativas costumam ser conferidas tanto ao legislativo como ao judiciário, a par daquelas que correspondem substancialmente à sua função genética, e até a função jurisdicional eventualmente é realizada pelo Legislativo.

Assim, por exemplo, o Congresso Nacional julga o processo de impedimento do presidente da república (CF. art. 52, I) - atividade jurisdicional extravagante - e o judiciário administra os serviços e o pessoal de suas secretarias (CF. art. 96), além de se encarregar da “jurisdição voluntária” (CPC, arts. 1.103/1.210), que muitos afirmam não ser nem “jurisdição” nem “voluntária”, mas simples administração pública necessária de interesses privados.

Não será, definitivamente, pelo lado subjetivo que se encontrará o traço diferenciador entre a função jurisdicional e a função administrativa. O fenômeno terá de ser investigado, necessariamente, do ponto de vista objetivo.

Dizer, como alguns, que a atividade jurisdicional é voltada para a aplicação e atuação da lei (CHIOVENDA), ou para a dupla mis-

são de reintegrar o direito subjetivo lesado e de simultaneamente fazer atuar o direito objetivo (ZANZUCCHI), ou, que o processo tem por fim aplicar sanções (REDENTI), ou, ainda, que sua meta é a composição de litígios, não chega ao ponto nevrálgico, do problema. Nem mesmo a presença da *res iudicata*, apontada por ALLORIO, é, por si só, suficiente para definir, de forma irretorquível, os limites entre a jurisdição e a administração.

No Estado de Direito, todos os agentes do poder se acham submetidos ao dever de observar e aplicar as leis em vigor, pelo que a partir desse enfoque não é possível encontrar o diferenciador buscado para separar a função jurisdicional da função administrativa.

A tutela do direito subjetivo é freqüentemente realizada por via do processo, principalmente, do processo civil. Não explica, porém, a persecução criminal, realizada por meio do processo penal, onde o agente titular do *jus puniendi*, o Ministério Público, está autorizado legalmente a pedir, afinal, a absolvição do acusado, como meio de atuação do direito objetivo diante do caso concreto apurado na instrução processual. Revela isto que o Ministério Público não age, na espécie, investido apenas do direito subjetivo de postular a punição do acusado, mas como encarregado da função muito mais alta de fazer atuar a lei<sup>12</sup>.

Em ações como as de declaração direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei (CF, art. 102, I), é inadequado afirmar que a jurisdição atua na tutela de direitos subjetivos. E, até mesmo em ações puramente declaratórias, máxime nas declaratórias negativas é difícil aceitar que o judiciário tutela direito subjetivo (CPC, art. 4º).

A composição da lide, é relevante no processo civil, principalmente no processo de cognição; mas na autocomposição obtida

12 RICCI, Gian Franco, ob. cit., p. 6

negocialmente, com ou sem interferência de mediador, é possível encontrar-se “composição de lide”, embora sem a presença e a força da jurisdição. Mesmo no processo civil é complicado falar-se em composição da lide em casos como o de anulação do casamento, que a lei exige seja processado contenciosamente, mesmo quando os dois cônjuges estejam acordes quanto à pretensão. Dir-se-á que a coisa julgada seria, então, o traço distintivo entre a composição obtida em juízo e aquela outra fruto de composição extrajudicial, assim como daquela que a lei, independentemente de litígio, entre os interessados, exigiu fosse submetida ao órgão jurisdicional. Acontece que processos de natureza jurisdicional incontestes, podem nascer e atingir seu desiderato sem formar o fenômeno da coisa julgada, como se passa com a execução forçada, a que o devedor não opõe embargos nem suscita qualquer questão que conduza a julgamento de mérito. A *res iudicata* é, sem dúvida, fenômeno fundamental no processo de conhecimento e, aí, se revela como atributo totalmente estranho à função administrativa ordinária.

Assim, a indiscutibilidade e conseqüente definitividade podem ser normalmente invocadas como próprias do processo de conhecimento. Mas, não se deve esquecer que isto não chega a ser uma exclusividade dele, visto que, embora as decisões administrativas possam ser revistas, em princípio, pelo judiciário, não cabe a este reexaminar a conveniência e oportunidade do ato da administração quando decorrente do exercício de poder discricionário. Em relação a esse tipo de ato, pode-se afirmar que atinge a definitividade sem passar pelo crivo da sentença do judiciário.

#### 4. O ponto nodal da distinção entre jurisdição e administração

Tanto no ato administrativo como no ato jurisdicional há manifestação de **autoridade**, há emissão de **comandos**, há imposição da vontade da lei *in concreto*; há definição de direito diante de fato ou de fatos.

Dir-se-á que a atividade jurisdicional envolve a formação de um processo, o qual necessariamente teria de observar o **contraditório**. Ora, na solução das pretensões apresentadas à Administração, também se formam procedimentos, aos quais a Constituição brasileira impõe a observância do contraditório (CF., art. 5º, LV). Logo, não é útil a invocação do contraditório para o fim que se persegue.

Onde, então, buscar a distinção que não pode deixar de existir entre o ato administrativo (ou o processo administrativo) e o ato jurisdicional (ou o processo jurisdicional)?

Aponta-o CARNELUTTI: os atos de autoridade (comandos) emitidos no processo jurisdicional e no processo administrativo versam sobre **interesses** de natureza muito diferente, gerando comandos de atuação em áreas, por isso mesmo distintas. A administração age sempre no controle de interesses de que é titular, de sorte que com autoridade própria impõe seu interesse ao particular ou à parte contrária. A relação jurídica apreciada pela administração é relação sobre a qual incide interesse próprio. O comando expedido pela autoridade administrativa versa sobre relação de que ela se apresenta como titular. Trata-se, portanto, de “produção de direito *inter partes*, por obra de uma só das partes, mediante comando de uma parte à outra”<sup>13</sup>.

Isto não se passa no processo jurisdicional, onde o provimento de autoridade visa interesses que pertencem a outras partes. O conflito jurídico material deduzido em juízo não diz respeito a quem vai dirimir, o conflito é, pois, “alheio” (isto é, “o juiz julga *in re aliena*”), como destaca ATHOS GUSMÃO CARNEIRO<sup>14</sup>.

A mais atual doutrina processual aponta para a “**terceiridade**” (“*terzietà*”) do juiz, frente ao conflito jurídico ou à pretensão sobre a qual o provimento jurisdicional irá operar, como a característica que mais irá in-

13 CARNELUTTI, ob. cit., nº 17, p. 29

14 ob. cit., nº 12, p. 19

fluir na distinção do ato jurisdicional frente ao ato administrativo. Enquanto, na administração os atos de autoridade são *inter partes*, na jurisdição eles são frutos de um *imperium super partes*<sup>15</sup>.

A administração age como parte das relações submetidas à sua autoridade, porque referem-se elas a interesses primários do Estado. Com efeito, a função administrativa nasce da necessidade de perseguir interesses e objetivos concretos, para os quais o indivíduo, por si só, não seria capaz de atingir. “A defesa comum, a ordem e a segurança públicas, a salvaguarda da saúde física e moral etc. correspondem a necessidades generalizadas que o indivíduo não pode apenas com suas forças satisfazer. É justamente por isso que se forma o Estado, cuja administração se envolve nos referidos interesses concretos que vêm a constituir a razão mesma de sua existência. Na concepção da função administrativa, ou de governo, o Estado, por via da Administração, age como uma pessoa titular de direitos, poderes e interesses, com o fim específico e concreto, tal como se passa com qualquer indivíduo, sujeito do ordenamento jurídico”<sup>16</sup>.

Nas crises levadas à apreciação do Judiciário, o órgão jurisdicional é estranho à relação controvertida. É neutro o Estado-Juiz até mesmo quando tenha de julgar o Estado-Administração em suas relações públicas ou privadas. O órgão jurisdicional é criado e concebido longe de todos os interesses, sejam os das entidades públicas, sejam os dos indivíduos. As situações conflituosas a compor em juízo hão de dizer respeito a outrem que não aquele que irá interpor o comando autoritário de natureza jurisdicional.

A jurisdição atua justamente num instante de crise, crise essa estabelecida concentradamente entre partes, mas cujo significado repercute sobre o próprio ordenamento jurídico, já que entre os

15 CAPPELLETTI, Mauro, *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, “Revista de Direito Processual Civil”, vol. 3, 1961, p. 37 e segs.

16 MONTELEONE, Girolano, ob. cit., nº 8, p. 12/13. Tradução livre nossa

contendores se estabelece um clima de incerteza ou de insegurança. O direito não pode conviver com essa espécie de desordem no campo em que se estabeleceu justamente para impor a ordem, a paz e a segurança nos relacionamentos intersubjetivos.

Pela própria natureza e gravidade da crise, a jurisdição, a quem toca debelá-la por força da *jurisdictio*, não pode ficar nas mãos de um dos sujeitos da própria relação jurídica material controvertida. Naturalmente, aquele que se julga titular do direito em crise, se lhe fosse dado judicar, haveria de impor seu ponto de vista e, fazendo-o prevalecer, seu veredicto jamais seria aceito pela parte contrária. A situação de desordem e de intranqüilidade persistiria e o ordenamento jurídico continuaria em crise. É, por isso, que a essência, da jurisdição está em atribuí-la sempre a um juiz que seja “terceiro” e jamais a uma pessoa ou entidade que se confunda com um dos litigantes. Em suma:

*“il giudice non è, e non può mai essere, una delle parti. La c.d. terzietà, o meglio la **imparzialità** del giudice, non è una qualità imposta da una più o meno transeunte norma di legge, ma è una condizione senza la quale non esistono né il giudizio né la giurisdizione”*<sup>17</sup>.

## 5. “Terceiridade” e imparcialidade do juiz

É comum confundirem-se no mesmo conceito a qualidade de terceiro e a de imparcial, como requisitos do agente público encarregado da prestação jurisdicional<sup>18</sup>. Nesse sentido, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA aponta como o primeiro traço característico da jurisdição, capaz de distingui-la das demais funções estatais, “a **imparcialidade** do órgão estatal que exerce a função jurisdicional, o chamado

17 MONTELEONE, ob. cit., n° 9, p. 14

18 Assim, por exemplo, é a lição de MONTELEONE citada no tópico anterior

Estado-Juiz”. E para explicar o que se deveria entender por **imparcialidade** na espécie, aduz que para ter-se o Estado-Juiz como imparcial é preciso que o órgão respectivo exerça suas funções “sem ter interesse econômico, jurídico ou de outra natureza no resultado do exercício de sua função”<sup>19</sup>. Ora, esse atributo do Estado-Juiz, isto é, a imparcialidade, não corresponde à idéia de “terceiridade” e se cinge a uma qualidade do juiz e não propriamente do órgão jurisdicional (o Estado-Juiz).

A imparcialidade da **pessoa** (agente) é requisito indispensável em qualquer função pública, pois não se deve legislar em causa própria, administrar em causa própria e, naturalmente, também não se admite julgar em causa própria. Quando a Constituição exige que a administração pública, por exemplo, deve reger-se pelos princípios da **impressoalidade** e da **moralidade** (CF, art. 37), naturalmente está exigindo que, em qualquer setor da função pública haja sempre de prevalecer a **imparcialidade** do agente que vai expedir um ato de autoridade.

Quando, porém, se fala em **terceiridade** do órgão que encarna o Estado-Juiz, o que diretamente se enfoca não é a pessoa física do agente que momentaneamente o representa, mas a instituição mesma. A Administração, singularmente, pode ter interesse numa relação jurídica, pode ser sujeito dela e mesmo assim, no desempenho dos poderes que lhe tocam legitimamente, é lícito praticar ato decisório que imponha algum comando ao outro sujeito da mesma relação. A administração pode, por exemplo, revogar o ato de permissão ou de concessão, sem praticar ilegalidade; pode igualmente prorrogar um contrato de prestação de serviço público ou alterar-lhe cláusulas, em nome do interesse público. Nisso consiste o efeito *inter partes* do ato administrativo. É, aliás, justamente para esse tipo de ato e de gestão que se organiza a função administrativa. Se cometer, eventualmente, algum abuso em detrimento do direito da outra parte, estará sujeita à censura do órgão encarregado da função jurisdicional, a quem compete a palavra final em matéria de aplicação e observância do direito (*jurisdictio*).

---

19 ob. cit., p. 59

Quando, pois, se afirma que o Estado-Juiz exerce a jurisdição como um terceiro perante a relação litigiosa, não se pretende apenas dizer que o juiz tem de ser imparcial. É o próprio órgão jurisdicional que se apresenta na posição de “terceiro”, completamente estranho à relação deduzida em juízo. Ainda que o Estado-Administração, como pessoa jurídica, esteja envolvido no litígio, isto não impedirá que o Estado-Juiz, como instituição, fique longe do interesse em conflito.

*“Si può pertanto affermare che, mentre imparzialità significa agire, non nell' interesse privato, ma nell' interesse pubblico dello stato, la terzietà è qualcosa di più, perchè è agire al di sopra di ogni interesse sia privato che pubblico (del singolo o dello stato), dedotto in giudizio”*<sup>20</sup>.

É justamente nesse sentido, que MONTESANO, destaca que, no campo da jurisdição o Estado não atua como pessoa jurídica pública ou como aparelho seu, mas como *“ordinamento nella sua oggettiva universalità”*. Donde a conclusão de RICCI de ser efetivamente exato falar-se de uma *“asoggettività” della funzione giurisdizionale* (“impessoalidade”), entendida essa como *“sganciamento”* (“desvinculação”) de tal função de todas as outras do estado-pessoa jurídica”. E é, provavelmente por isso que o provimento jurisdicional pode, somente ele, gerar a coisa julgada, fenômeno de todo estranho a todos os demais poderes do Estado<sup>21</sup>.

## 6. Características tradicionalmente atribuídas à jurisdição

Segundo uma visão que se pode dizer clássica, a jurisdição é, não só poder, mas também dever do Estado. E várias características são apontadas tradicionalmente a essa função da soberania estatal. A

20 RICCI, ob. cit., nº 3, p. 8

21 RICCI, ob. cit., nº 2, p. 7

propósito do tema, costuma-se afirmar que se trata de atividade que, embora soberana, é “secundária”, “instrumental”, “declarativa ou executiva”, “desinteressada” e “provocada”.

Diz-se que a atividade “secundária” porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido **primariamente** exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão <sup>22</sup>.

É “instrumental” porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição, do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos <sup>23</sup>.

Por outro lado, a jurisdição não é fonte de direito, isto é, não tende à formulação de normas abstratas de direito, ou não cria nem restringe, substancialmente, direito para as partes que dela se valem.

O órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, mediante um juízo que se preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer **declarando** qual seja a regra do caso concreto, quer **aplicando** as ulteriores medidas de **reparação** ou de **sanção** previstas pelo direito <sup>24</sup>.

Exercita, de tal sorte, a jurisdição, vontades concretas da lei nascidas anteriormente ao pedido de tutela jurídica estatal feito pela parte no processo<sup>25</sup>, o que lhe confere o caráter de atividade “declarativa” ou “executiva”, tão-somente.

---

22 CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 20

23 LIEBMAN, *op. cit.*, nº 1, p. 5

24 LIEBMAN, *op. cit.*, nº 1, p. 5

25 CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 22

É, ainda, a jurisdição, “atividade desinteressada do conflito”, visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigiam ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo <sup>26</sup>.

O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesse <sup>27</sup>.

Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa quase sempre sobre interesses privados - direitos materiais subjetivos das partes -, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser **quando solicitada**, nos casos controvertidos, **pela parte interessada**. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade “provocada” e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*.

Nesse sentido, nosso Código é expresso em determinar que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (art. 2º).

Além desses predicados, há quem atribua à jurisdição, ainda como características, a **imparcialidade do juiz** <sup>28</sup>, e a **definitividade de seus provimentos**, já que apenas a sentença judicial, dentre os atos de soberania estatal, se reveste da autoridade da **coisa julgada** <sup>29</sup>.

Uma visão crítica moderna diminui a importância de todas essas características clássicas da função jurisdicional e censura mesmo a insistência de manter algumas delas na visão científica da jurisdição.

26 CALAMANDREI, op. cit., p. 22

27 ARRUDA ALVIM, *Código de processo civil comentado*, ed. 1975, v. I, p. 39

28 ARRUDA ALVIM, Eduardo, ob. cit., I, nº 4.1, p. 45; CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. cit., I, p. 59; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, nº 4.5, p. 105/106

29 CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., nº 7; EDUARDO ARRUDA ALVIM, ob. cit., loc. cit.

Assim, não se deve insistir na “secundariedade” da função jurisdicional, se a mais moderna tendência é a de entrever relevantes escopos à jurisdição, na ordem política e social, a par da mera atuação da vontade concreta da lei <sup>30</sup>. O caráter cívico do direito de acesso à justiça e de obtenção da tutela jurisdicional, profundamente enraizado nas garantias fundamentais proclamadas pela Constituição, não condiz com a singela e tradicional afirmativa de ser a jurisdição “secundária” diante da norma geral e abstrata da lei. Mesmo quando se encara a função jurisdicional em seu contato com o ordenamento jurídico, sem atingir o nível do regime das garantias constitucionais, deve-se ter presente que a crise (litígio) no relacionamento jurídico gera incerteza e insegurança que social e juridicamente não se podem tolerar. Nessa ordem de idéias, sendo a jurisdição o meio concebido para recompor o relacionamento jurídico entre as pessoas, mediante restabelecimento da “ordem e da certeza”, é, sem dúvida, tarefa sua **manter e reconstituir** a própria ordem jurídica, quando entre em crise. E, nessa missão, a jurisdição, lógica e historicamente, precedeu à própria atividade de normatização geral e abstrata (*i. é*, a função legislativa). Fica assim, difícil insistir no caráter “secundário” da jurisdição, quando se denota o sentido **primário e principal** no mister de promover a **justa composição** dos litígios, e quando se constata que a simples elaboração legislativa de normas abstratas e gerais não é capaz de assegurar a ordem, a segurança e a paz almejadas pelo Estado e pela sociedade. Na verdade, esses desideratos somente podem ser alcançados pelo trabalho desenvolvido *in concreto* pelos órgãos jurisdicionais. Não se pode, então, segundo MONTELEONE, ter como secundária a função jurisdicional, se “*solo il giudizio permette di superare la fase di stallo*” <sup>31</sup>.

Igual censura se faz à idéia de **instrumentalidade**, vista como conseqüência de separação entre as duas situações, a lei e a jurisdição, reduzindo esta a mero instrumento de aplicação das regras do

30 DINAMARCO, Cândido - CINTRA, Araújo - PELLEGRINI, Ada, *Teoria geral do processo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, n. 4 e 12, págs. 25 e 41; CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, p. 72/75

31 *Ob. cit.*, nº 10, p. 15

direito<sup>32</sup>. Para MONTELEONE, a jurisdição não serve a um fim estranho a ela, seja ele a lei ou outro. Não há, em seu modo de ver, contraposição, ou distinção, entre **direito** e **jurisdição**, em virtude de que esta constituiria simples meio de aplicar aquele, como dado preexistente. O que há é a plena e absoluta coincidência entre direito e jurisdição. *“Invero giudizio e giurisdizione sono a tutti gli effetti il diritto e lo esauriscono, nel momento in cui sorge la necessità del loro impiego, perché in essi e per essi soltanto si manifesta in quel momento l’ordinamento giuridici”*<sup>33</sup>.

Pouco significativa, portanto, é afirmação de ser a jurisdição “atividade declarativa e executiva”, sem força de criar o direito. Se a norma legal é genérica e abstrata, e o direito deve, ao contrário, nascer concreta e especificamente do fato submetido à força da lei, a jurisdição tem irrefutável força integrativa na atuação dos direitos.

Não tem, outrossim, maior significado, para MONTELEONE, a tradicional afirmação do caráter **substitutivo** da jurisdição. De duas maneiras se tenta justificar esse caráter: primeiro, porque a tutela dos direitos subjetivos nos povos primitivos era feita pela justiça das próprias forças dos respectivos titulares e, portanto, a jurisdição foi criada para evitar e substituir a justiça privada; depois, porque, ao compor o litígio, o órgão jurisdicional praticaria atos tendentes a substituir o comportamento que as partes originária e espontaneamente deveriam ter adotado, para se manterem na necessária submissão ao ordenamento jurídico.

Ora, se historicamente desapareceu a justiça privada e hoje o que se conhece é o monopólio da jurisdição pelo Estado, não se pode

32 RODRIGUES, Marcelo Abelha, ob. cit., I, nº 4.5, p. 105

33 MONTELEONE, ob. cit, loc. cit. Essa visão da jurisdição parece, à primeira vista, efetuar um retorno à concepção imanentista do direito de ação. No entanto, não é bem assim. O direito de acesso à justiça continua sendo autônomo (ação). A jurisdição é que vai além da simples resposta ao exercício do direito de ação e se revela como próprio ordenamento jurídico atuando em sua plenitude para eliminar a crise individual surgida entre as partes. É nesse sentido que não se pode distinguir entre direito e jurisdição. Um e outro, diante do caso concreto, são a mesma coisa.

continuar a entender a função jurisdicional como mero substituto da autotutela. Essa visão pode ser histórica mas não é jurídica. Por igual razão, não se pode juridicamente dizer que os atos do juiz no processo substituem aqueles que originariamente teriam de ter sido praticados pelas próprias partes. O juiz age, no processo, em nome da soberania estatal porque a desordem criada em razão da lide compromete a segurança e certeza, no relacionamento social, negando a própria ordem jurídica. É em nome e em defesa do próprio direito que age o juiz. Juridicamente, portanto, o juiz não substitui ninguém, mesmo porque, substancialmente, há um contraste essencial e genético entre o papel do órgão jurisdicional e o das partes.

*“La sostituzione in realtà manca, poichè non è dato fare alle parti quanto compie il giudice attraverso il giudizio e vice-versa”*<sup>34</sup>.

Quanto à **imparcialidade** do órgão judicante, trata-se de exigência que se relaciona com o agente investido da função judicante e não da própria função; e, ademais, aplica-se também a agente de todas as demais funções estatais, não se prestando, destarte, a caracterizar a jurisdição.

A **coisa julgada**, por fim, se é fenômeno só detectável nos atos dos órgãos jurisdicionais, não é comum a todos os provimentos do judiciário. Não se faz presente nem no processo de execução nem no processo cautelar, e nem por isso os atos de execução ou de prevenção, deliberados em juízo, deixam de ser atos jurisdicionais.

O que, então, constitui a única e universal característica da jurisdição é a “terceiridade”, com que o Estado-Juiz atua para superar a crise implantada pela situação de incerteza e insegurança, impondo solução para um relacionamento jurídico controvertido que não lhe diz respeito, pois que travado entre as partes apenas.

34 MONTELEONE, ob. cit., p. 15/16

O essencial para configuração da prestação jurisdicional é que ela seja prestada, como emanção de autoridade, por um terceiro, e não por um dos sujeitos interessados da relação jurídica litigiosa. Essa moderna concepção presta-se a resolver até mesmo o problema de definir a natureza do juízo arbitral, e conseqüentemente, serve para reconhecer-lhe a integração na jurisdição, pois o que é essencial para tanto, não é a qualidade do agente e sua ligação direta ao Poder Judiciário, mas o seu poder de impor, como **terceiro**, uma solução obrigatória para o conflito jurídico.

Onde uma vontade estranha e superior às partes tem força de proclamar (dizer) o direito das partes, há *juris dictio* <sup>35</sup>.

## 7. O velho conflito entre CHIOVENDA e CARNELUTTI sobre o objeto da jurisdição

Na lei, como norma abstrata, há um **projeto** de convivência social <sup>36</sup>. Desse projeto, constam previsões de prêmios para quem proceda em conformidade às suas regras e ameaças de penas ou sanções para quem as não observe. Do ordenamento jurídico nasce a confiança dos súditos na palavra empenhada pelo Estado de que os prêmios e as sanções projetadas na lei serão cumpridos ou realizados na prática das relações jurídicas intersubjetivas.

Nos momentos de crise em torno de pretensões jurídicas, aparece a jurisdição como atividade estatal que, por meio do processo, realiza a eliminação do conflito, fazendo prevalecer a solução que se harmonize com o ordenamento jurídico. Pelo provimento jurisdicional, então, asseguram-se, situações jurídicas, definem-se e realizam-se sanções.

35 MONTELEONE, ob. cit., p. 14

36 CAMPOS, Ronaldo Cunha, *Comentários ao código de processo civil*, Rio, Forense, I, 1979, nº 5, p. 7/8

Por isso, fala-se que o fim do processo é “a atuação da vontade concreta da lei”<sup>37</sup>, ou “a garantia da observância prática do direito objetivo”<sup>38</sup>, ou ainda, “a reintegração do direito objetivo”<sup>39</sup>, enquanto outros apontam a “composição da lide como o fim do processo contencioso”<sup>40</sup>.

Não há, porém, invencível contradição entre essas posições doutrinárias, porquanto os que, como CHIOVENDA e seus seguidores, vêem o fim do processo na atuação da vontade concreta da lei, relacionam essa atuação às situações conflituosas, e os que, na corrente fiel a CARNELUTTI, apontam, no mesmo quadro finalístico, para a composição da lide, o fazem lembrando que esse desiderato é alcançado mediante aplicação ao caso concreto das regras e princípios do direito objetivo. Assim sendo, a divergência é muito mais aparente que substancial, pois se registra apenas na ordem das proposições, onde os elementos, todavia, são os mesmos: composição da lide e atuação da lei. CARNELUTTI, por exemplo, não nega que o processo faça atuar concretamente a vontade da lei, mas considera que isto seja apenas o meio de compor a lide. E conclui que quando se cogita de “*garantire l’osservanza pratica del diritto oggetivo*” (CALAMANDREI) se põe a um pequeno passo da verdade, porque “*il diritto oggetivo é fatto per comporre i conflitti di interessi*” e a necessidade de garantir sua observância prática manifesta-se justamente quando as partes se desentendem em vez de se entenderem (lide)<sup>41</sup>.

Certo, pois, que o processo existe para compor lides, da maneira que tal composição tenha sido prevista na lei material pertinente.

Deixando, então, de lado certas sutilezas próprias da genialidade dos filósofos, a divergência entre as duas posições se revela,

37 CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, p. 32

38 CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, p. 63

39 ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, p. 11

40 CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 67

41 Ob. cit., p. 58, nota 1

na ordem prática, mais aparente do que substancial. É que aqueles que vêm no processo jurisdicional a procura de realização do direito, não a dissociam da circunstância de ocorrer tal busca somente diante de **situações litigiosas**; e para os que reduzem esse mesmo processo a um sistema de composição do litígio, não deixa de ser verdade que tal sistema só atua mediante **aplicação do direito** para alcançar a solução do conflito.

Em suma, pode-se admitir que o objetivo do processo seja, efetivamente, a composição da lide, mas não qualquer composição, e sim a **justa** composição, que somente pode ser alcançada dentro da aplicação dos preceitos do ordenamento jurídico às contingências do caso concreto.

Em outras palavras, o processo é instrumento de atuação do direito frente às situações litigiosas, valendo, por isso, como real veículo de manutenção da paz social almejada pela ordem jurídica.

Qualquer, portanto, que seja a postura filosófica adotada pelo doutrinador, não conseguirá conceituar a função do processo sem conjugar as duas idéias fundamentais de “**atuação da lei**” e “**composição de litígios**”. O máximo que se obtém é uma ordem diferente da conjugação cronológica dos dois elementos indissociáveis dentro da conceituação doutrinária.

Daí a justeza da observação feita por LIEBMAN sobre a velha polêmica travada entre CHIOVENDA e CARNELUTTI:

“As duas definições acima recordadas, que no passado foram objeto de vivas discussões, hoje todavia podem-se considerar complementares”<sup>42</sup>.

Na verdade, não há teoria alguma entre as modernas que consiga explicar a função do processo sem relacioná-lo tanto com a missão

42 Ob. cit., I, p. 6

pacificadora dos litígios, como a realização efetiva da vontade da lei.

## 8. Múltiplos escopos da jurisdição

Segundo visão clássica do fenômeno jurisdicional, o processo não é um fim em si mesmo, pois serve de método necessário a que a jurisdição cumpra sua missão de fazer atuar concretamente o direito material, para fazer cessar os litígios. Nesse sentido, as formas processuais não se justificam senão como caminhos para revelar e assegurar a atuação prática das regras materiais. Quando mal utilizadas perdem sua razão de ser e subvertem a ordem natural das coisas. Deixam de ser instrumentos de atuação da ordem jurídica para tornarem-se embaraços à boa solução dos conflitos. Impedir que as formas processuais se degenerem em obstáculos ao desempenho das metas do devido processo legal configura aquilo que se convencionou chamar de “instrumentalidade negativa do processo”<sup>43</sup>.

Modernamente, todavia, o que se reconhece e se valoriza acima de tudo, é a “instrumentalidade positiva do processo”<sup>44</sup>. Por meio dessa instrumentalidade atribui-se ao processo a missão de realizar os “escopos da jurisdição”, que se confundiriam com os “escopos do próprio Estado”, uma vez que a jurisdição não é outra coisa senão “uma das manifestações do poder estatal soberano”<sup>45</sup>.

Dentro dessa nova maneira de encarar a instrumentalidade do processo, a prestação jurisdicional ganha maior força e enriquece. Vai além da simples e fria aplicação das regras do direito material, para tornar-se “uma garantia de tutela adequada e efetiva das posições jurídicas de vantagem”<sup>46</sup>.

43 DINAMARCO, Cândido, *Escopos políticos do processo “in” Participação e processo*, Coord. de GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e WATANABE, Kazuo, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 116

44 DINAMARCO, Cândido, *ob. cit.*, p. 117

45 CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, p. 73

46 CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, p. 73

Os escopos da jurisdição que configuram a instrumentalidade positiva do processo são de três ordens, segundo o magistério de CÂNDIDO DINAMARCO, esposado integralmente por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: **sociais, jurídicos e políticos**. A primeira conclusão que disso se pode extrair é que a moderna ciência processual se fez consciente de que o processo não é um fenômeno que se esgote no plano jurídico, de maneira que seu estudo não pode deixar de levar em conta também suas aplicações sócio-políticas <sup>47</sup>.

Como escopos **sociais** da jurisdição, apontam-se “pacificar com justiça e educar a sociedade”. A idéia de devido processo legal - uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, LIV) - assume modernamente um compromisso com o “processo justo”. Isto não quer dizer que o juiz possa, a seu bel prazer afastar-se do direito positivo, para ditar a solução jurisdicional que acredita pessoalmente ser a mais justa. A ordem constitucional impõe os princípios da legalidade e da isonomia, pelo que soa como ofensa à Constituição a recusa de aplicar uma lei, salvo nos casos de sua inconstitucionalidade. O que se exige do juiz é que, na exegese do direito positivo, procure sempre encontrar o sentido para a regra legal que seja mais consentâneo com o bem comum e com os fins sociais que a lei procura alcançar (Lei de Introdução, art. 5º).

No seu aspecto pedagógico, as decisões judiciais devem ser claras e precisas, de modo a censurar as violações à lei e aplicar-lhes sanções que levem os infratores a se conscientizarem da inconveniência de atuar na ilegalidade; e ao mesmo tempo sirvam de orientação e estímulo à defesa dos seus direitos por parte de quem os vê negados ou ofendidos. A sociedade precisa confiar na sua justiça.

O escopo jurídico da jurisdição é o mais tradicionalmente reconhecido: é o de fazer atuar a vontade concreta da lei, mantendo íntegro e efetivo o ordenamento jurídico (*i. é*, o **direito positivo**).

47 É que “se trata de instrumento estatal, e o Estado - parece desnecessário dizer - é um ente político voltado para uma finalidade social de busca do bem comum” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, p. 73)

“Por fim, os escopos políticos da jurisdição, que podem ser considerados os mais relevantes, na medida em que a jurisdição é uma manifestação do poder do Estado, e tal poder tem, indubitavelmente, natureza política”. Como escopos desse jaez apontam-se três: “afirmação do **poder estatal**, culto às **liberdades públicas** e garantia de participação do jurisdicionado nos **destinos da sociedade**”<sup>48</sup>.

Não se deve limitar o órgão judicante às soluções técnicas dos conflitos. Mais do que isto, tem de preocupar-se com a adoção de providências necessárias a que o direito reconhecido seja adequadamente feito atuar, gerando confiança dos jurisdicionados na tutela jurisdicional.

A jurisdição deve estar preocupada, antes de tudo, com o regime das garantias fundamentais asseguradas pela Carta Magna. Nelas haverão de inspirar-se sempre os provimentos jurisdicionais. Entre nós, infelizmente, ainda não se tornou habitual, nos arestos das cortes judiciárias essa preocupação, pelo menos em caráter sistemático. Na maioria dos julgados, a análise fica exclusivamente adstrita ao direito ordinário, embora outro poderia, eventualmente, ser o desate da lide, caso se adentrasse ao terreno das garantias fundamentais ou das liberdades públicas.

Por último, o escopo político da jurisdição se revela quando se permite que o jurisdicionado use remédios processuais para influir nos destinos da sociedade em que vive, tal como se passa na ação popular, na ação civil pública, quer pessoalmente, quer por meio de associações ou por via do Ministério Público.

Em suma, o escopo máximo da jurisdição é o de atingir pelo processo a plena efetividade do ordenamento jurídico, em todas suas potencialidades de pacificação social.

---

48 CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. cit., I, p. 74

E quando se cogita de **efetividade** da tutela jurisdicional, o que se tem em mira é, portanto, a íntima intervencionalidade entre **direito e processo**. Efetiva é a medida jurisdicional quando pode, realmente, apresentar-se **eficiente** para a defesa do direito subjetivo, em todas as suas manifestações. Eis como RICCI explica esse fenômeno:

*“Non è cioè sufficiente che si conceda agli intesessati il potere di ricorrere al processo in vista della tutela degli interessi che quest’ultimo deve soddisfare, ma occorre che i poteri che sono concessi a costoro siano in concreto idonei alla tutela delle loro relative posizioni. In altre parole non basta che diritto di azione e diritto di difesa (...) siano ufficialmente proclamati dalla Carta costituzionale o dalle varie norme processuale come appanaggio del cittadino, essendo necessario che il loro esercizio porti in concreto quell’utilità effettiva per la quale sono predisposti”<sup>49</sup>.*

## 9. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

A jurisdição civil, aquela que é regulada pelo direito processual civil, compreende, segundo o art. 1º de nosso Código, a jurisdição **contenciosa** e a jurisdição **voluntária**.

Jurisdição **contenciosa** é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz.

Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio.

49 RICCI, ob. cit., nº 5, p. 16

Trata-se da chamada **jurisdição voluntária**, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc.

Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o juiz e os interessados.

A função do juiz é, portanto, equivalente ou assemelhada à do tabelião, ou seja, a eficácia do negócio jurídico pretendido pelos interessados depende da intervenção pública do magistrado.

Várias são as correntes doutrinárias a respeito da natureza da jurisdição voluntária. ANDRIOLI cita as quatro principais, que no direito italiano, são lideradas por ALLORIO, MICHELI, FAZZALARI e SATTA.

Segundo a síntese de ANDRIOLI, ALLORIO rebate o caráter substancialmente não-jurisdicional da jurisdição voluntária. MICHELI vê nela uma forma de tutela jurisdicional que prescinde da existência de partes contrapostas. FAZZALARI entrevê um *ens tertium*, distinto da jurisdição, não menos do que da administração. E SATTA destaca a inserção dela no processo formativo da vontade do sujeito; e mais em geral, individualiza seu objetivo na tutela dos interesses privados<sup>50</sup>.

Entre nós, porém, tem prevalecido o entendimento de que a jurisdição voluntária é forma de administração pública de interesses privados<sup>51</sup>. Daí ensinar FREDERICO MARQUES que “a jurisdição voluntária apresenta os seguintes caracteres:

50 ANDRIOLI, op. cit., I, n° 13, p. 43

51 LOPES DA COSTA, *A administração pública e a ordem jurídica privada*, Belo Horizonte, Bernardo Álvares, ed. 1961, n° 32, p. 70

- a) como função estatal, ela tem natureza administrativa, sob o aspecto material, e é ato judiciário, no plano subjetivo-orgânico;
- b) em relação às suas finalidades, é função preventiva e também constitutiva”<sup>52</sup>.

Outros negócios jurídicos privados sofrem intervenção do poder público sem que, entretanto, o agente seja o juiz, como por exemplo o registro civil das pessoas naturais ou jurídicas, o registro de protestos, o registro de imóveis etc., a atuação do Ministério Público na vida das fundações etc. Não se pode, naturalmente, cogitar de atividade jurisdicional na espécie, embora a presença dos agentes do chamado foro extrajudicial seja substancialmente a mesma que o magistrado desempenha na jurisdição dita voluntária.

Prevalece o caráter administrativo, porque a intervenção do órgão público não se dá com o propósito de impor uma solução às partes, mas apenas de controlar a legalidade do negócio jurídico e conferir-lhe eficácia. A intervenção pública no negócio jurídico decorre da especial repercussão que ele tem além da esfera privada em que atuam os interessados. Há, por isso, a concorrência do interesse privado e do interesse público: um casamento, uma interdição, um divórcio, uma curatela e outros atos similares, afetam, de certa maneira, todo o meio social em que vivem os sujeitos diretamente empenhados em tais negócios jurídicos. Daí apresentar-se, o Poder Judiciário também como interessado, e sua atuação se dá, portanto, em nome da coletividade. A circunstância de o agente do Poder Público ser o magistrado é ocasional e não torna o ato de natureza jurisdicional, já que sua intervenção não ocorre para tutelar interesses que lhe sejam estranhos e exclusivos das partes, mas para fazer atuar interesse próprio da comunidade que representa. Falta, então, a **terceiridade** indispensável à configuração da jurisdição propriamente dita. A chamada jurisdição voluntária é um exemplo de que

<sup>52</sup> *Manual de direito processual civil*, 1ª ed., v. I, nº 62, p. 79

não é pela qualidade do agente público que se caracterizam as funções estatais, mas pela natureza mesma do ato praticado em decorrência da soberania.

Zelando pela regularidade do ato dos particulares, a jurisdição voluntária tem a função de evitar ou prevenir controvérsias a seu respeito; outorgando-lhe eficácia, forma situações jurídicas novas, que sem a participação integrativa do juiz não teriam condições de se aperfeiçoar. Daí o caráter constitutivo dessa modalidade de administração pública de interesses privados <sup>53</sup>.

Em nosso Código de Processo Civil, há um Título do Livro IV reservado para os “procedimentos especiais de jurisdição voluntária”(arts. 1.103 a 1.210).

Além, contudo, dos feitos arrolados pela lei processual, outros dispositivos legais conferem ao magistrado funções administrativas que a doutrina também considera possam ser qualificadas como de jurisdição voluntária, a exemplo da legalização de livros comerciais, do “visto” em balanço, da autenticação dos livros notoriais etc. <sup>54</sup>

A terminologia do legislador (“**procedimentos** de jurisdição voluntária”) tem sido considerada correta, posto que, não havendo **lide**, não se pode falar em **processo**, mas apenas em **procedimentos**. Os sujeitos desses procedimentos, pela mesma razão, não são chamados **partes**, e sim **interessados**.

Ainda em face da simples tutela de interesses privados a que se destinam tais procedimentos, permite o Código que, em matéria de jurisdição voluntária, não fique o juiz “obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (art. 1.109).

53 ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2.000, nº 79, p. 153

54 ARAÚJO CINTRA-GRINOVER - DINAMARCO, ob. cit., nº 79, p. 154.

Diante das características do negócio jurídico praticado com intervenção integrativa do poder judiciário, é impróprio falar-se, perante a jurisdição voluntária, em **ação** (o que há é simples requerimento), em **partes** (só há interessados) e em **processo** (só há procedimento). Embora haja sentença, não se formará a **coisa julgada** e, conseqüentemente, inviável será o manejo da **ação rescisória** (fenômenos típicos da sentença de mérito, que a lei só reconhece como verificáveis na jurisdição contenciosa). Caberá, porém, apelação (CPC, art. 1.110).

Por último, embora seja milenar a expressão jurisdição voluntária, cujas raízes se encontram no direito comum da Idade Média, a doutrina moderna não deixa de criticar sua impropriedade terminológica. É que a atividade judicial assim rotulada **não é, realmente, jurisdicional**, mas apenas administrativa; nem tampouco **voluntária**, porquanto depende sempre de requerimento ou do interessado direto ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104). O juiz, então, não está autorizado a agir de ofício, (voluntariamente) e permanecerá inerte, enquanto não for adequadamente provocado <sup>55</sup>.

## 10. Jurisdição e competência

A composição coativa dos litígios é função privativa do Estado Moderno.

Do monopólio da justiça enfeixado nas mãos do Estado decorre a jurisdição como um poder-dever de realizar a prestação jurisdicional a todo cidadão que tenha uma pretensão resistida por outrem, inclusive por parte de algum agente do próprio Poder Público.

A **jurisdição**, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e administrar a coisa pública, vem a ser,

<sup>55</sup> ARAÚJO CINTRA - GRINOVER - DINAMARCO, ob. cit., nº 80, p. 155

na definição de COUTURE, a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução <sup>56</sup>.

Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, *una*. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público.

A **competência** é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

Houve época em que se confundiam os conceitos de jurisdição e competência.

Em nossos dias, porém, isto não mais ocorre entre os processualistas, que ensinam de maneira muito clara que a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional <sup>57</sup>.

Se todos os juizes têm jurisdição, nem todos, porém, se apresentam com competência para conhecer e julgar determinado litígio.

Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo <sup>58</sup>.

A definição da competência se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária.

56 *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3. ed., Buenos Aires, Depalma, 1974, nº 25, p. 40

57 COUTURE, op. cit., nº 17, p. 29; MARQUES, José Frederico, *Manual cit.*, v. I, nº 158, p. 198.

58 "A competência é um critério de legitimação interna à ordem judiciária" (ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. 1973, nº 23, p. 107)

Os critérios legais levam em conta a soberania nacional, o espaço territorial, a hierarquia de órgãos jurisdicionais, a natureza ou o valor das causas, as pessoas envolvidas no litígio.

Na Constituição Federal encontra-se o arcabouço de toda a estrutura do Poder Judiciário nacional. Ali se definem as atribuições do Supremo Tribunal Federal (art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e da Justiça Federal (arts. 108 e 109), bem como das justiças especiais (Eleitoral, Militar e Trabalhista) (arts. 114, 121 e 124).

A competência da justiça local, ou estadual, assume feição residual, ou seja, tudo o que não toca à Justiça Federal ou às Especiais é a da competência dos órgãos judiciários dos Estados.

Respeitadas as regras básicas da Constituição, como, por exemplo, a da obrigatoriedade da existência de um Tribunal de Justiça em cada Estado, a organização das justiças locais é feita por legislação também local (Constituição Federal, art. 125).

A distribuição da competência é, dentro dos limites gerais traçados pela Constituição, matéria de legislação ordinária: da União, no tocante à Justiça Federal e às Justiças Especiais; e dos Estados, no referente às justiças locais (Constituição Federal, arts. 107, parágrafo único e 125, § 1º).

## 11. Competência internacional e competência interna

A jurisdição, como fenômeno decorrente da soberania, tem suas regras naturalmente subordinadas ao princípio da **territorialidade**, pois é, de fato, dentro dos limites de seu próprio território que o Estado consegue estabelecer e exercer, com efetividade, os seus poderes soberanos.

De nada adiantaria a um estado soberano estatuir que sua justiça desempenharia a função de compor litígios entre pessoas e bens situados em qualquer parte do globo. Se os Estados onde os efeitos da sentença ou do ato executivo devam operar não se dispuserem a acatá-los, o provimento jurisdicional seria inócuo e jamais atingiria o fim específico da função jurisdicional.

Assim, a organização da função jurisdicional se dá, em cada país, em termos práticos e eficientes, limitando-se, em princípio, aos casos em que o cumprimento do decisório possa de fato ser efetivado. Daí falar-se que a jurisdição nacional encontra seus limites no princípio da efetividade, ou seja:

“O juiz brasileiro somente atua, relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente **fazer cumprir** sua sentença. Este é um princípio geralmente assente em direito internacional”<sup>59</sup>.

Para que um litígio tenha sua solução atribuída à justiça brasileira, é preciso que a lide, subjetiva ou objetivamente, se possa considerar uma causa nacional. Em termos civis, consideram-se da competência da justiça nacional, as seguintes causas arroladas nos arts. 88 e 89 do CPC:

- a) quando o réu tiver domicílio no Brasil;
- b) quando versar o litígio sobre obrigação a ser cumprida no Brasil;
- c) quando a demanda originar-se de fato aqui ocorrido;
- d) sempre que a pretensão versar sobre imóvel situado em nosso território;
- e) quando o inventário tiver como objeto bens localizados no Brasil, qualquer que sejam sua natureza e o domicílio dos sucessores

---

59 CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., nº 43, p. 47

Internacionalmente, a competência pode ser concebida como **concorrente** ou **exclusiva**, conforme o País aceite também a eficácia da sentença estrangeira prolatada sobre a mesma causa, ou apenas dê validade à sentença nacional. No rol acima, as três primeiras hipóteses (“a”, “b” e “c”), correspondem à causas que tanto podem ser julgadas pela justiça estrangeira como pela nacional (art. 88 do CPC). Já as duas últimas, nossa legislação as atribui às autoridades judiciárias brasileiras, com exclusão de quaisquer outras (art. 89 do CPC).

Nos casos de competência concorrente, o ajuizamento da demanda na justiça estrangeira não induz efeito de litispendência para a justiça brasileira (art. 90 do CPC). Logo, enquanto não houver coisa julgada e a sentença estrangeira não estiver homologada no País, possível será a propositura da mesma causa em juízo brasileiro.

Nesses mesmos casos de competência concorrente, nada impede que as partes se submetam a juízo arbitral fora do Brasil e, com sua homologação pelo STF, fique afastada a competência da justiça brasileira<sup>60</sup>. Hoje, aliás, essa questão é tema de regulamentação expressa pelo art. 34 da Lei nº 9.307, de 23.09.96, onde se dispõe que:

“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta lei”.

Quando **exclusiva** a competência da justiça brasileira, há dois motivos para que não se admita a execução no Brasil do julgado do tribunal estrangeiro: primeiro, porque sendo exclusiva a competência dos órgãos judiciários nacionais, a execução do decisório estrangeiro que aqui se pretendesse realizar implicaria ofensa à soberania nacional; segundo, porque, diante de nossa regra de competência internacional,

60 STF, SE nº 4.078, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 13.11.91, in RTJ, 138/466

inexistiria competência do tribunal estrangeiro para proferir a sentença. E, tanto no caso de ofensa à soberania nacional como no de incompetência do tribunal prolator, o STF não homologa a sentença estrangeira (RISTF, arts. 216 e 217) <sup>61</sup>.

## 12. Definição constitucional da competência: competência de “Justiça”

Na estrutura constitucional brasileira, a parcela de soberania que toca ao Poder Judiciário, e que corresponde à **jurisdição**, é conferida à **Justiça Nacional**, que transcende a divisão dos Estados membros, formando um grande e único organismo para toda a Federação. Esse Poder Judiciário, tem seu órgão máximo no Supremo Tribunal Federal, com jurisdição em todo o território nacional. A ele se seguem os Tribunais Superiores, também com jurisdição nacional, mas restrita a determinadas matérias, no âmbito de cada um deles. Após vêm os órgãos de 1º e 2º graus das Justiças Especiais (Militar, Trabalhista e Eleitoral) e, por último a Justiça Comum, dividida em Justiça Federal e Justiças Estaduais. Assim, estabelece a ordem constitucional uma estrutura jurisdicional composta de várias “justiças”, cujas atribuições não ficam sujeitas a regras do direito comum e, ao contrário, são desde logo definidas pela própria Constituição, dentro da organização fundamental da República.

A legislação ordinária, federal ou estadual cuida da divisão da competência interna entre os diversos órgãos que compõem cada aparelhamento jurisdicional, ou seja, os juízos e tribunais hierarquicamente interligados, para formar cada uma das “justiças”. Leis federais organizam os aparelhamentos nacionais (Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça Federal) e leis locais estabelecem a organização judiciária de cada Estado membro.

---

61 CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. cit., p. 49, nota 53 CÂMARA, Alexandre Freitas

Essa legislação ordinária é livre para organizar em seu respectivo âmbito, a justiça interna. Não pode, no entanto, invadir a partilha de jurisdição estabelecida pela Constituição para as justiças que formam o Poder Judiciário nacional. Entrar nesse terreno corresponderia a intrometer-se na organização do Estado nacional, afetando-lhe a própria soberania.

A rigor, quando a Carta Magna se ocupa de definir a estrutura do Poder Judiciário, não está simplesmente estatuidando regras de competência, mas está definindo uma das funções soberanas do Estado e estabelecendo o organismo que a desempenhará.

Fora do sistema de atribuição jurisdicional da Constituição, não é a competência que falta, é a própria jurisdição que inexiste. Entre dois juizes federais ou entre dois juizes estaduais, a delimitação de atribuições é simples regra de competência. O juiz federal que descumpra regra territorial ou material de competência, por exemplo, não age sem jurisdição, mas apenas sem competência. Seus atos podem ser privados de eficácia, mas até mesmo a própria sentença dada com carência de competência absoluta produzirá, enquanto não atacada pela ação rescisória, a coisa julgada material (CPC, art. 485, II). Vale dizer: será plenamente eficaz. O mesmo se pode dizer em relação às invasões de competência entre juizes estaduais, tanto entre juízos da mesma comarca, como entre juízos de foros diversos. A ilegalidade se dará apenas no campo da competência interna, onde os juizes conflitantes detêm ambos a mesma jurisdição, no sentido constitucional.

Quando, porém, a violação se passa em termos de desrespeito à definição da jurisdição contida na Constituição, o problema não se reduz à mera operação de medir a competência deste ou daquele juiz, mas de verificar se existe ou não jurisdição. Daí que a sentença, por exemplo, dada por um juiz estadual contra a União, ou a do juiz do trabalho que enfrente litígio eleitoral, ou ainda a do juiz federal que envolva lide do direito de família, não representam simples julgamentos

de juiz incompetente. O caso é de sentença inexistente ou de ato nulo *ipso iure*, cuja invalidade não reclama sequer ação rescisória, desde que corresponde o ato decisório praticado **sem jurisdição**. Ao ofender a estrutura constitucional de poder, o sentenciante vai muito além da violação dos limites de sua competência. Age, totalmente, sem jurisdição.

As leis de organização judiciária realmente cuidam de competência. A Constituição, porém, outorga a certos órgãos, e somente a eles, a função soberana da jurisdição. Dentro desses órgãos, entidades fracionárias estarão sujeitas às regras de competência. Fora deles, qualquer prática de atividade própria da jurisdição representará ato não-jurisdicional, sem a mínima possibilidade de gerar qualquer efeito sentencial. Ninguém estará obrigado a cumprir-lhe o comando e, em qualquer oportunidade que se manifestar o propósito de exigir-lhe execução, a parte prejudicada poderá, em defesa simples, acusar-lhe a inexistência jurídica ou a nulidade *ipso iure*, sem necessidade de lançar mão da ação rescisória para desconstitui-lo previamente.

A condição da sentença dada por juiz sem a jurisdição outorgada pela Constituição equivale à da sentença estrangeira que tenha dirimido questão afetada à competência internacional absoluta da justiça brasileira. O decisório jamais será executado no País. A soberania nacional nenhum efeito reconhece, entre nós, a tais atos contrários à jurisdição de nossa justiça.

Belo Horizonte, setembro de 2.000.

*Humberto Theodoro Júnior*