

MARCELO BARBI GONÇALVES

Doutor em Direito Processual (UERJ em cooperação com a *Università degli Studi di Firenze*)

Mestre em Direito (UFAL)

Juiz Federal

Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Brasileira de Direito Processual

TEORIA GERAL DA JURISDIÇÃO

Parte 1

A JURISDIÇÃO NA DOCTRINA TRADICIONAL

Capítulo 1

TEORIAS CLÁSSICAS SOBRE O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

1.1 Natureza jurídica da jurisdição

É clássica a afirmação no sentido de que jurisdição, processo e ação compõem a *trilogia da ciência processual*.¹

Tendo em vista que o aprimoramento do direito processual em meados do século XIX, a partir do reconhecimento de sua autonomia perante o direito material, decorreu de investigações que tinham como objeto o processo, diversos juristas se debruçaram a respeito de sua natureza jurídica. Assim, praticamente todo curso de teoria geral do processo discorre sobre as teorias do processo como contrato, quase-contrato, instituição, situação jurídica, procedimento informado pelo contraditório, entidade jurídica complexa, serviço público e relação jurídica.

Quanto à ação, ainda que hodiernamente com menos vigor, são conhecidas as discussões acerca de sua natureza jurídica como poder, direito subjetivo, direito potestativo, direito de petição e ônus.

Sem embargo, mais importante do que a formulação de teorias sobre a natureza jurídica do processo e da ação, foi o diálogo que se estabeleceu. Apenas para ficar com dois exemplos, recorde-se que Goldschmidt, fautor da

¹ PODETTI, J. Ramiro. Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal* vol. 2, 1944, *passim*.

teoria do processo como situação jurídica, fez uma fundada crítica ao caráter estático da teoria do processo como relação jurídica de Bülow, enquanto Chiovenda, conquanto tenha aderido à teoria concretista da ação de Wach, dele discordou ao sustentar que tratar-se-ia de um direito potestativo.

No que concerne à jurisdição, a situação é oposta.

A uma, porque são menos fecundas as teorias acerca de sua natureza jurídica. A duas, porque elas raramente dialogam entre si. E, a três, porque a corriqueira adoção de critérios mistos (poder-dever; dever-atividade; atividade-poder-dever) impediu o aprimoramento analítico. De toda forma, é imperioso descrever as principais posições a respeito.

1.1.1 Brasil

A mais notória definição acerca da natureza jurídica da jurisdição na doutrina nacional se encontra na *Teoria Geral do Processo* de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra: *poder, função e atividade: poder*, pois consubstancia manifestação da soberania do Estado; *função*, já que expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos; *atividade*, visto que é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.²

É exato, contudo, que os elementos que integram esse conceito já estavam previstos, em arranjos combinatórios os mais diversos, na geração anterior de processualistas.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139. Conforme: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo (Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo)*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 91-92; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 235; PADUANI, Célio César. Natureza jurídica da jurisdição. *Revista dos Tribunais* vol. 813, jul./2003, versão eletrônica, p. 2; PANCOTTI, José Antonio. *Institutos Fundamentais de Direito Processual: jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 76. Adotando conceito baseado na ideia de *atividade*: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 112.

De acordo com Paula Baptista, jurisdição é o *poder* de proclamar os direitos.³ Segundo o Barão de Ramalho, jurisdição é o *poder* de administrar justiça.⁴ Para Lopes da Costa, jurisdição é o *poder-dever* do Estado de declarar e realizar o Direito.⁵ De sua parte, Rezende Filho advoga que a jurisdição é o *poder* de declarar o Direito aplicável aos fatos.⁶

A natureza da jurisdição é símile para João Mendes de Almeida Júnior e Frederico Marques, os quais, respectivamente, entendem que a jurisdição é a *função* de declarar o direito aplicável aos fatos⁷ e a *função* de julgar a lide ou a pretensão, dando a cada um o que é seu.⁸⁻⁹

De toda forma, é inegável que a doutrina que mais repercutiu a respeito da natureza jurídica da jurisdição é aquela exposta na *Teoria Geral do Processo* de Grinover, Dinamarco e Cintra. Isso é interessante, porque os dois primeiros, em um momento posterior, revisitaram o tema a partir de outra perspectiva.

Até a sexta edição de sua obra *Instituições*, Dinamarco sustentou a natureza parajurisdicional da arbitragem, uma vez que ela não promoveria o escopo jurídico da jurisdição. Mas, em *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, reviu esse entendimento e passou a defender que a arbitragem é jurisdição, pois cumpre a sua finalidade magna, a saber, a pacificação com

³ PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica, para uso das faculdades de direito do Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Garner, 1901, p. 55.

⁴ RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Duprat, 1904, p. 1.

⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 22. Seguindo a ideia de que a jurisdição é um *poder-dever*: TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, ação e processo civil (Subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil). *Revista de Processo* vol. 52, out-dez./1988, p. 16; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

⁶ REZENDE FILHO, José Gabriel de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 100. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 180; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: 2018, p. 45.

⁷ ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 40.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, 221.

⁹ Encampando conceitos baseados na ideia de *função*: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 153; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 79; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 106; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 254.

justiça. Quanto ao escopo jurídico, advertiu que se trata de um plano secundário que não é responsável pela determinação da essência da função jurisdicional.¹⁰

Sobremodo mais radical foi a mudança de Grinover.

Após afirmar, em 2007,¹¹ que conciliação, mediação e arbitragem são *equivalentes jurisdicionais*,¹² quase dez anos depois defendeu que a jurisdição não é poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. Isso porque a jurisdição deveria ser vista como garantia de acesso à justiça, o que se promove pelas justiças estatal e arbitral, mas também por meio da conciliação e da mediação. Coerentemente, a inserção dos meios consensuais de solução de controvérsias no conceito de jurisdição fez com que a eminente professora sustentasse a superação de seu conceito clássico, já que não haveria exercício de *poder* na justiça consensual, onde o conflito é dirimido, de modo espontâneo ou com o estímulo de um terceiro, pelas partes.¹³

Ainda que se discorde da ideia de que o elemento identificador da jurisdição é a pacificação com justiça, o novo posicionamento tem o mérito de questionar a lide, a substitutividade, a coisa julgada e a inércia como características da jurisdição.

1.1.2 Direito estrangeiro

¹⁰ DINAMARCO Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 694; DINAMARCO Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39. Esta última posição está exposta na 8ª edição, de 2016, do primeiro volume de suas *Instituições* (p. 489). Salvo expressa indicação em sentido contrário, as referências às *Instituições* dizem respeito à 8ª edição.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n. 10, jul.-dez./2007, p. 14-15.

¹² A conhecidíssima expressão é de: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Padova: CEDAM, 1936, p. 154 ss.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18 e 62. Afastando-se da ideia de jurisdição como *poder*: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 83. Dinamarca rejeita expressamente esse posicionamento: “Sua inserção entre os meios de pacificação e de acesso à justiça não significa que a mediação e conciliação constituam exercício da jurisdição. Elas estão muito longe disso, porque os conciliadores e os mediadores não exercem poder algum sobre os sujeitos em conflito nem proferem decisão alguma. Eles atuam mediante uma atividade de indução e são apenas facilitadores empenhados em que as partes encontrem por si próprias a solução de seus conflitos. Sem poder e sem decisão, é absolutamente excluída a suposição de que exercessem jurisdição – sem que isso signifique que mediadores e conciliadores deixem de participar de uma atividade destinada a propiciar às partes e acesso à justiça”. (DINAMARCO Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1..., p. 488).

Na América Latina, Podetti afirmou que a jurisdição no Estado Moderno é um *poder* delegado, regulamentado e limitado.¹⁴ Para Couture, essa ideia é insuficiente, porque o juiz tem o dever de julgar, de sorte que propôs a substituição da ideia de poder pela de *função*.¹⁵ Mas a formulação do autor uruguaio não ficou indene à crítica. A doutrina argentina voltou ao debate com Frocham, para quem Couture se deixou influenciar pelo modelo francês e, por isso, não conseguiu ver que a jurisdição é uma *função* em seu aspecto dinâmico, mas uma função que os órgãos estatais cumprem em virtude do *poder* do qual estão investidos.¹⁶ Mais recentemente, disse-se que a jurisdição é uma *facultad* do Estado.¹⁷

No Espanha, Montero Aroca sustentou que a jurisdição consiste na *potestad* decorrente da soberania do Estado, o qual a exerce em uma posição de supremacia sobre todos os sujeitos.¹⁸ É no mesmo sentido a posição de Manuel Ortells Ramos.¹⁹ Para Guasp, é a *función* específica pela qual o Estado satisfaz pretensões.²⁰

Na Itália, há quem afirme que a jurisdição consiste em uma *atividade*,²¹ *função*,²² *poder*²³ e *serviço*.²⁴ Posição peculiar é a de Rocco, para quem, do

¹⁴ PODETTI, J. Ramiro. *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil...*, p. 122.

¹⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Buenos Aires: Bdef, 2014, p. 25. Endossando essa posição: LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1941, P. 29; GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. *Introducción a la teoría del proceso*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 43.

¹⁶ FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción. Doctrina, jurisprudência y legislación comparada*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1972, p. 63.

¹⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Jurisdicción y competencia. *Revista de Proceso* vol. 37, jan-mar./1985, versão eletrônica, p. 4.

¹⁸ AROCA, Juan Montero. En torno al concepto y contenido del Derecho jurisdiccional. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1981, p. 20.

¹⁹ RAMOS, Manuel Ortells. In: _____ (org.). *Derecho Procesal Civil*. 7ª ed. Navarra: Aranzadi, 2007, p. 41.

²⁰ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 89.

²¹ CHINA, Sergio La. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 136.

²² PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Torino: Einaudi, 1985, p. 9.

²³ ALLORIO, Enrico. *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1957, p. 204.

²⁴ CANZIO, Giovanni. L'indipendenza della magistratura nel XXI secolo. *Foro Italiano* vol. 143, V, 2018, p. 201. Essa posição vincula-se a uma preocupação com a eficiência na prestação da tutela jurisdiccional: "(...) Essa mudança de perspectiva – a *Justiça* de função estatal a *serviço público* – faz com que o sistema político seja chamado hoje, mais urgentemente do que no passado, a responder às expectativas de eficiência provenientes dos usuários do serviço judiciário e, portanto, a medir e a incentivar a sua qualidade, a sua produtividade etc. Essa

ponto de vista social, a jurisdição é uma *função*, mas, do ponto de vista jurídico, consubstancia um *direito* e um *dever* do Estado. Com a proibição da autotutela, teria surgido entre o cidadão e o Estado uma relação na qual aquele teria o direito de exigir deste o exercício de uma atividade apta à satisfação de seus interesses. Este direito público subjetivo pertenceria à categoria dos direitos cívicos e teria por objeto um *facere* da parte do Estado. Tratar-se-ia do direito de ação, o qual teria como correlato o dever estatal de jurisdição. Mas a jurisdição também seria um direito do Estado em decorrência de sua soberania.²⁵

Em relação ao direito alemão,²⁶ Goldschmidt, em sua *Teoría General del Proceso* – obra de adaptação de sua teoria ao direito espanhol, após seu exílio em decorrência do nazismo – silenciou a respeito da jurisdição.²⁷ No manual de Jauerling, não há nenhum capítulo dedicado ao argumento e na parte em que aborda os *Fins e limites do processo civil* sustenta que a jurisdição é uma expressão da soberania do Estado e um *poder*.²⁸ Não é muito diferente o que se observa em obra monográfica que Rosenberg dedicou ao tema, quando declarou que a jurisdição consubstancia uma parte da atividade executiva e que ela é a “*atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico*”.²⁹ Não se encontra maior sofisticação em Schönke, o qual afirmou laconicamente que a jurisdição “*é o direito e o dever ao exercício da atuação do direito (jurídico) e manutenção da paz jurídica (social)*”.³⁰

perspectiva reage ainda com a própria elaboração e conformação dos princípios jurídicos do processo que tendem, hoje mais do que no passado, a extrair de seu bojo a visão de uma gestão eficiente, em que pese a escassez de recursos dedicados à Justiça”. (CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Trad. Sérgio Arenhart. *Revista de Processo* vol. 192, fev./2011, p. 400-401).

²⁵ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 21-24.

²⁶ Segundo Couture, a doutrina processual alemã não prestou maior atenção ao tema da jurisdição, prevalecendo a noção no sentido de que a distinção entre as funções administrativa e jurisdicional é meramente formal: COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 27.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Madrid. 1936, *passim*.

²⁸ JAUERLING, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª ed. Trad. F. Silveira Ramos, Coimbra: Almedina, 2002, p. 55.

²⁹ ROSENBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Trad. João Muller. Campinas: Impactus, 2005, p. 71.

³⁰ SCHÖNKE, Adolf. Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale). Trad. Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 3, I, 1948, p. 132. Em outra oportunidade: “Jurisdição é o direito e o dever ao exercício da função de justiça; e jurisdição civil significa, em consequência, o direito e o dever de julgar em assuntos cívicos.” (*Direito Processual Civil*. Trad. Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini, Diego Alejandro Fabrizio. São Paulo: Romana, 2003, p. 67).

1.2 Finalidade do processo ou da jurisdição?

O fim da jurisdição é um dos temas mais debatidos da processualística, sobre o qual se debruçaram os mais diletos juristas. Esse tema será enfrentado no capítulo 7, mas destaque-se já nesse momento que é carregado de polêmicas, com a oposição entre diversas correntes. E, no interior de cada, há múltiplas variantes.

A despeito da importância desse debate, fala-se indistintamente em fins do processo e em fins da jurisdição.³¹ Sem embargo, é preciso se acautelar das consequências deletérias que decorrem dessa superposição.³² Como predomina a ideia de que o processo é ou *contém* uma relação jurídica de direito público, ao se afirmar que jurisdição e processo têm a mesma finalidade adota-se uma perspectiva panpublicista que desconsidera a raiz e o *télos* antropocêntrico da jurisdição.

Ocorre que, conforme será analisado, o Direito Processual em geral, e a jurisdição em particular, devem ser teorizados a partir das necessidades de tutela do indivíduo. Desse modo, o Estado deve construir-se em torno da pessoa humana, que tem anterioridade lógica e axiológica, e não é meio para a satisfação de interesses públicos. O homem é a razão de ser do Estado, do poder e, logicamente, da jurisdição. É forçoso, assim, ao se cogitar do fim da jurisdição, reconhecer a centralidade do indivíduo no ordenamento jurídico.

1.3 Influência das ideologias sobre o conceito de jurisdição

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187. Ainda mais explicitamente: “É velha em direito processual a polêmica em torno do escopo do processo, ou da jurisdição (e prefiro dizer: das instituições processuais e judiciárias e do próprio direito processual como um todo)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo de Conhecimento e Liberdade. Revista da Faculdade de Direito da USP* vol. 80, 1985, p. 257). Igualmente: ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile...*, p. 24-28; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 119; JAUERING, Othmar. *Direito Processual Civil...*, p. 36; GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. *Introducción a la teoría del proceso...*, p. 100; TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil...*, p. 28.

³² Percebeu o ponto: “Qual o fim perseguido pela atividade jurisdicional? A indagação tem merecido respostas as mais diversas, inclusive colocando-se como fim do processo o que seria mais exato se tivesse como fim da jurisdição”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da jurisdição*. Bahia: Universidade da Bahia: 1957, p. 26).

A adoção de um conceito de jurisdição é um elemento constituinte da compreensão, sentido e alcance dos mais variados institutos processuais. Encimando a tradicional *trilogia* de Podetti, a jurisdição é um polo metodológico cuja conformação determina a interpretação de todo o arcabouço processual.

Prova dessa influência se obtém através da análise da obra de quatro estudos publicados por processualistas alemães entre os anos de 1938 e 1940, os quais, conformando os escopos da jurisdição à luz da ideologia nacional-socialista, alteraram radicalmente o contorno de relevantes categorias processuais.

Neste panorama, Schönke em 1938 negou a categoria da ação como direito público subjetivo contra o Estado e afirmou que o cidadão possui apenas uma expectativa de tutela jurídica (*Anrecht*). Sustentou, ainda, que o Estado titulariza o direito à jurisdição e cumpre no processo uma missão geral de amparo jurídico, mas não um dever especial de tal amparo.³³

No mesmo ano, Baumbach manifestou-se preconizando a absorção do processo contencioso pela jurisdição voluntária, já que o juiz, mais do que um órgão imparcial, deveria intervir ativamente no conflito para restabelecer a ordem.³⁴ À vista desse escopo, não se poderia falar em direito de ação, senão em *requisição de decisão judicial*. Trata-se, segundo Calamandrei, de uma visão baseada na ideia de que a jurisdição não deve ser considerada em função dos interesses das partes, senão como instrumento do Estado nazista.³⁵ No Brasil, Frederico Marques sublinhou que a tese de Baumbach implantaria o totalitarismo no contencioso privado, subordinado direitos subjetivos ao exclusivo interesse do Estado.³⁶

³³ SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil...*, p. 20; SCHÖNKE, Adolf. *Il bisogno di tutela giuridica...*, p. 133.

³⁴ O que veio a suceder com o decreto de simplificação de 01/09/1939 (*Vereinfachungsverordnung*), o qual autorizou que nas controvérsias de direito civil o pretor e os tribunais do trabalho estabelecessem discricionariamente o procedimento: BAUR, Fritz. *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 19, 1965, p. 1687. Correlacionando o ensaio de Baumbach com o movimento de absorção do direito privado pelo direito público patrocinado pelo instrumentalismo nascido no Brasil na década de oitenta: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *As novas tendências do Direito Processual: uma contribuição para o seu reexame*. In: _____. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 274.

³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del processo civile?* *Rivista di Diritto Processuale Civile* n. 15, 1938, p. 339.

³⁶ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 37. No mesmo sentido: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*

No ano seguinte, com acento semelhante, De Boor defendeu que o escopo da jurisdição é a manutenção da paz jurídica, podendo servir ocasionalmente para outros fins: tutela jurídica do indivíduo; determinação das normas jurídicas e sua adaptação à vida social em contínua transformação; difusão no povo do conhecimento jurídico. Nesse marco, o Estado fascista não é titular de nenhum dever de tutela em relação à sociedade civil, de modo que De Boor nega a existência do direito subjetivo de ação, refuta as distinções direito público/privado e atividade jurisdicional/administrativa.³⁷

Por fim, em 1940, Lenz apontou que o juiz não está vinculado à lei, senão ao direito nacional-socialista, concebido como o ordenamento desejado pela comunidade. Por esse motivo, a jurisdição não se dirige à tutela interesses individuais, senão ao interesse do povo na atuação do direito objetivo. De sua parte, o processo não consubstancia uma relação jurídica, visto que isso equivaleria a colocar no mesmo plano as partes e o juiz, mas sim um dos meios através dos quais o Estado exercita o seu poder.³⁸

Conclui-se, assim, que subjacente à ideia que se tem de jurisdição há sempre uma teoria do Estado. É imprescindível, então, estabelecer um conceito, características e princípios da jurisdição que espelhem os valores do Estado Democrático de Direito encampado na Constituição Federal.

1.4 Teorias sobre o conceito de jurisdição

O objetivo do presente capítulo é analisar as mais importantes teorias da jurisdição.

Há quem negue qualquer autonomia à função jurisdicional.

Para Kelsen, uma dicotomia, e não a costumeira tricotomia, é a base da doutrina da separação de poderes, de modo que não existem três, mas duas funções básicas do Estado: criação e aplicação do Direito. Da primeira se encarrega precipuamente o Legislativo ao editar normas gerais. A execução das

(*contribución al estudio de los fines del proceso*). México: Universidad Autónoma de México, 2000, p. 223.

³⁷ BÖHM, Peter. Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 58, n. 1, 2004, p. 632.

³⁸ SEGNI, Antonio. Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica. *Rivista del Diritto Commerciale* vol. 39, 1941, p. 81.

leis, por sua vez, compete ao Judiciário e ao Executivo e, nesse aspecto, a função de ambos é a mesma. Destaca, ainda, que não é possível definir fronteiras nítidas separando as funções entre si, uma vez que a distinção entre *legis latio* e *legis executio* é relativa, a maioria dos atos sendo, ao mesmo tempo, criadores e aplicadores do Direito.

Kelsen avança a ideia de que a jurisdição se distingue da administração à vista da independência dos juízes e da natureza do processo jurisdicional. Sem embargo, frisa que nem sempre a diferença existe. Quando a Administração não é hierárquica, os seus órgãos também são independentes. Afirma, outrossim, que há uma tendência no sentido de tornar o processo administrativo semelhante ao judicial.³⁹

Para além de isoladas posturas negativistas, prevalece a ideia de que a jurisdição possui um *quid proprium* que a distingue das demais funções estatais. Os mais diversos critérios foram utilizados ao longo do tempo para conceituá-la, sendo nítida a primazia do critério teleológico em sua vertente objetiva ou subjetiva.

1.4.1 Teoria Orgânica

Atualmente tem sabor histórico, mas vale registrar que na doutrina francesa tentou-se solucionar o problema da identificação das notas características da jurisdição ao argumento de que o ato tem natureza jurisdicional quando emana de uma autoridade sediada na estrutura do Poder Judiciário.

É acaciano, no entanto, que nem todo ato proferido pelo juiz é jurisdicional, nem todo ato de um servidor do Poder Executivo é administrativo e nem todo ato de um membro do Poder Legislativo tem conteúdo normativo. A nomeação de um funcionário público é substancialmente a mesma caso provenha de um Ministro de Estado, do Presidente de um Tribunal de Justiça ou de uma Assembleia Legislativa. Classificar diferentemente atos de conteúdo

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 385-404.

idêntico em virtude da distinção dos órgãos dos quais emanam conduz, como facilmente se compreende, a resultados de escassa solidez.⁴⁰

1.4.2 Teoria Eficacial

De acordo com Allorio, a formação de coisa julgada é a nota característica da função jurisdicional. Enquanto a lei pode ser revogada a qualquer momento e o ato administrativo, conquanto limitadamente, ser modificado pela autoridade que o prolatou, os efeitos da sentença tornam-se iam imutáveis após o trânsito em julgado. Existiria, assim, um vínculo biunívoco entre jurisdição e coisa julgada. Por esse motivo, a jurisdição voluntária teria natureza administrativa e o processo de execução seria jurisdicional apenas por *conexão* ao processo de conhecimento.⁴¹

A propósito do tema, um ponto que hodiernamente se encontra a cavaleiro de controvérsias é a superação do brocardo *iurisdictio in sola notione consistit*. A despeito de eventual equívoco a que a expressão *iuris dictio* (“dizer o direito”) possa conduzir, a jurisdição também consiste em satisfazer o direito.⁴²

O que ainda se discute é a natureza jurídica de alguns atos instrumentais à solução do conflito.

Há quem sustente que os atos de penhora, apreensão e venda de bens não são jurisdicionais.⁴³ Mas é preciso distinguir o ato material do ato de

⁴⁰ SEGNI, Antonio. Giurisdizione (in generale). In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VII. Torino: UTET, 1961, p. 988; VALLES, Arnaldo de. Il concetto di giurisdizione in senso materiale. *Rivista di Diritto Pubblico* I, 1918, p. 298; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Notas relativas al concepto de jurisdicción. In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Tomo 1. México: Universidad Autónoma de México, 1992, p. 36; BACRE, Aldo. *Teoría General del Proceso*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 103; CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil Declaratório*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da jurisdição...*, p. 16; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Sobre o conceito de jurisdição. *Revista de Processo* n. 16, out.-dez./1979, p. 138.

⁴¹ ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957, p. 17 ss.

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1965, p. 302; MORTARA, Lodovico. *Manuale della Procedura Civile*. 9ª ed. Vol. 1. Torino: UTET, 1926, p. 30; SATTA, Salvatore. Giurisdizione (nozione generale). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX. Milano: Giuffrè, 1970, p. 227; FENECH, Miguel. Note introduttive allo studio del diritto processuale. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 1950, p. 310; RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 6ª ed. Torino: Giappichelli, 2015, p. 85; VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 318.

⁴³ SOUZA, Miguel Teixeira de. *A reforma da acção executiva*. Lisboa: Lex, 2004, p. 16.

inteligência do juiz sobre os interesses conflitantes (*rectius*: o juízo sobre a expectativa de incidência normativa das partes).

O desapossamento do bem não se confunde com a decisão que, verificando a existência do direito de crédito e aplicando o princípio da responsabilidade patrimonial, ordena a penhora. Este último ato é, evidentemente, jurisdicional. Ainda assim, não parece equivocado reconhecer a jurisdicionalidade de atos instrumentais levados a efeito no curso do processo. Bem por isso, há exercício de função jurisdicional ainda quando se leva a efeito um ato material (ex: colheita de uma prova testemunhal) funcionalmente vinculado à composição da lide.⁴⁴

É inegável que a coisa julgada atribui segurança jurídica às partes após o julgamento. Isso, entretanto, não autoriza a afirmação de que a indiscutibilidade do ato jurisdicional é o centro para o qual convergem todos os objetivos do Direito Processual. Como será analisado no capítulo 4, em inúmeras situações se verifica o exercício da função jurisdicional sem que se possa falar em intangibilidade da decisão que põe fim ao conflito de interesses, de modo que associar coisa julgada e jurisdição não se mostra acertado.

1.4.3 Teorias Finalística-Objetivas

O conceito de jurisdição mais difundido é aquele que o vincula com o ato de atuação do ordenamento jurídico: caberia aos juízes aplicar o direito criado pelo Poder Legislativo. A jurisdição consistiria, assim, no poder de atuar o direito objetivo. A função jurisdicional seria, por conseguinte, uma *longa manus*, *continuação*, *prolongamento*, *especificação* da função legislativa (na conhecida expressão: “*la bouche de la loi*”). A jurisdição pressuporia a lei. Nas palavras de Mortara: o Estado defende com a jurisdição a sua atividade de legislador.⁴⁵

⁴⁴ MORELLO, Michele. *Il nuovo processo penale*. Padova: CEDAM, 2000, p. 182; OLIVI, Beniamino. Note sul concetto di giurisdizione. *Jus*, ano VIII, 1957, p. 62

⁴⁵ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. Vol. 1. 4ª ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1906, p. 20. Conforme: CORSINI, Vincenzo. *La giurisdizione*. Milano: Giuffrè, 1936, p. 63; GALLI, Bindo. Il concetto di giurisdizione. In: *Studi in Onore di Mariano D’Amelio*. Vol. 2. Roma: Foro Italiano, 1933, p. 177; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. 7ª ed. (a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè, 2007, p. 1; MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição*

Antes de prosseguir, uma observação.

Apesar de a locução ordenamento jurídico ser – ao lado de *vontade da lei* e direito objetivo – uma das mais utilizadas para se referir ao fim da jurisdição, o significado desse termo não é unívoco. Isso é problemático, pois o seu conceito é uma abstração, isto é, algo que se situa na esfera do pensamento e, por conseguinte, inexistente um acordo semântico a respeito do sentido que se lhe deva atribuir. Trata-se, assim, de uma definição estipulativa pautada pela convencionalidade. O tema foge aos limites deste estudo, mas é interessante destacar que o vocábulo ordenamento jurídico é o resultado de uma operação intelectual que admite pelo menos dois sentidos.

De um lado, para as doutrinas normativas (Kelsen e seus seguidores), cuida-se de um complexo de normas emanado pelo Estado. Por outro lado, segundo as doutrinas institucionalistas (Santi Romano, Hauriou, Cardozo, Laski), ordenamento jurídico é uma expressão usada para se referir a uma ordem social organizada, ou seja, às estruturas organizatórias que constituem o tecido vivo de uma formação histórica. Este segundo significado permite uma visão onicompreensiva da fenomenologia jurídica, nega a estatalidade do Direito e reconhece a sua presença em organizações sociais difusas. Por essa razão, admite a coexistência de ordenamentos jurídicos editados pelo Estado, organizações internacionais, Igreja, sindicatos e partidos políticos.⁴⁶

Se o conceito de jurisdição, segundo os adeptos da corrente finalística-objetiva, está vinculado à atuação do ordenamento jurídico, a tomada de posição nesse debate (*Onde se encontra o direito?*) influencia o objeto de análise. Em todo caso, para fins classificatórios, a teoria que relaciona jurisdição e ordenamento jurídico tem um perfil finalístico-objetivo.

Finalístico porque conceitua a jurisdição em virtude de seus fins e, não, em face de elementos orgânicos, estruturais, eficaciais, sancionatórios ou vinculados à persecução de escopos metajurídicos. Objetiva, porque está atrelada à atuação do direito objetivo, sem estabelecer conexão com a composição da lide, a defesa de direitos subjetivos ou a tutela de interesses. Em

Voluntária. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 55; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

⁴⁶ ORESTANO, Riccardo. Introduzione allo studio del diritto romano. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* n. 4, 2013, p. 61; GIANNINI, Massimo Severo. Gli elementi degli ordinamenti giuridici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n. 1, 1958, p. 21.

conclusão, as teorias finalística-objetivas teorizam a função jurisdicional a partir do Estado e edificam a teoria processual prescindindo da consideração dos escopos dos indivíduos.

1.4.3.1 A jurisdição como prolongamento da legislação

A associação da corrente finalística-objetiva com Chiovenda é moeda corrente no Brasil. Isso ocorre, principalmente, porque suas obras maiores (*Instituições de Direito Processual*) foram traduzidas para o português e para o espanhol e, ainda, porque, ao lado de Carnelutti, Calamandrei e Liebman, integra o elenco de processualistas italianos que caíram no gosto da doutrina nacional. Logo, é usual que se vincule a tese de que a jurisdição tem por escopo a atuação do direito objetivo ao nome do professor da Universidade de Roma.

Foi Lodovico Mortara, no entanto, o precursor da natureza pública do processo e da tutela do direito objetivo como fim da jurisdição.

Foge ao escopo do estudo uma análise comparativa entre Mortara e Chiovenda, mas vale sublinhar que o processualista mantovano, dezessete anos mais velho que o piemontese, foi profundamente influenciado pela Escola da Exegese e é considerado (e se autodeclarou)⁴⁷ o seu último expoente na Itália. De sua parte, Chiovenda inclinou-se para o processualismo germânico que, desde Bülow, vivia a sua idade de ouro. Demais disso, era um admirador da ordenança processual austríaca, cujas premissas teóricas (para alguns, de fundo social-democrata, para outros, autoritária) causavam pavor ao liberal Mortara.⁴⁸

É inadmissível o descaso da doutrina nacional em relação a Mortara, notadamente no que diz respeito ao estudo da função jurisdicional, quando se tem em mente que Chiovenda construiu o seu sistema processual tendo como base o direito de ação, ao passo que aquele baseou-se na jurisdição. Na pena

⁴⁷ MORTARA, Lodovico. Lettera. In: CASTELLARI, Antonio; et al. (a cura di). *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: CEDAM, 1927, p. XIII. Confira-se: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda. Vida e obra. Contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2018, p. 40.

⁴⁸ Prova dessa animosidade entre ambos foram os recíprocos boicotes às tentativas de reforma do código de processo civil italiano de 1865. Enquanto Mortara, Senador da República desde 1910, conseguiu na esfera política enterrar o Projeto Chiovenda de 1919, este último, que desde a assunção da cátedra de Roma em 1906 formou uma legião de discípulos, valeu-se da oposição acadêmica para sabotar o Projeto Mortara de 1923.

segura de Allorio, a teoria da jurisdição é o núcleo essencial da obra mortariana.⁴⁹

Percebe-se claramente a importância de Mortara para o tema da jurisdição à luz de sua originalidade em construir uma *teoria unitária da jurisdição* para os processos civil e penal. Esse passo foi crucial, pois evidenciou as limitações decorrentes de uma teoria da jurisdição restrita ao processo civil.⁵⁰ Aliás, segundo Carnelutti, Mortara plantou as sementes da Teoria Geral do Processo. Essa afirmação é tanto mais relevante quando se sabe que provém do primeiro processualista peninsular que se dedicou ao estudo da Teoria Geral do Processo.⁵¹

Estabelecidas essas premissas, note-se que, ao distinguir as funções estatais, Mortara prelecionou que a jurisdição é um prolongamento da legislação, pois o Legislativo estabeleceria o Direito que o Judiciário aplica ao caso concreto.⁵² Observou, ainda, que a justiça presume-se encarnada na lei, de maneira que o juiz não deveria investigá-la seguindo critérios subjetivos.⁵³ E, por fim, sustentou que a jurisdição se exerce em virtude de duas causas, quais sejam, um conflito real ou aparente (*i*) entre vontades subjetivas ou (*ii*) entre normas objetivas.

A primeira hipótese decorre de um desacordo de opiniões em relação à titularidade de posições jurídicas. Isso ocorre quando mais de um indivíduo acredita estar amparado pelo ordenamento a respeito de um interesse.

Na segunda hipótese, não é preciso que um indivíduo se oponha ao exercício de um direito por parte de outrem. É a própria norma protetora do interesse substancial que impede a prática de um ato extrajudicial que lhe comprime. Exemplo desse conflito *in re ipsa* se dá entre a *potestas puniendi* do Estado e o direito de o acusado ter sua liberdade cerceada apenas após o devido processo legal. Mortara afirma, porém, que o ordenamento jurídico é harmônico,

⁴⁹ ALLORIO, Enrico. *Riflessioni sullo svolgimento...*, p. 192.

⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio. In: *Opere Giuridiche*. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 524.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. Scuola italiana del processo. *Rivista di Diritto Processuale* vol. II, 1947, p. 243.

⁵² Distinção essa que Chiovenda, no necrológio de Mortara, afirmou fornecer “*cibo*” fundamental para uma geração de processualistas: CHIOVENDA, Giuseppe. Lodovico Mortara. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 14, n. 1, 1937, p. 102.

⁵³ VERDE, Giovanni. Vero e falso sull'autogoverno dei giudici secondo Mortara. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* n. 22, 1993, p. 695.

de sorte que a sobreposição de uma norma jurídica por outra é apenas formal. Assim, em que pese a aparente antítese entre a norma que tutela a liberdade individual e aquela que disciplina o poder punitivo, o cometimento do delito é uma causa legítima de restrição de uma das normas conflitantes.

Nessa linha, Mortara manifesta-se a favor da teoria finalística-objetiva da jurisdição, já que a proteção aos direitos subjetivos não seria um escopo imediato da jurisdição. O Estado, mercê do exercício da função jurisdicional, perseguiria a integridade do ordenamento jurídico. Apenas mediatamente os direitos subjetivos, correlatos ao direito objetivo discutido no processo, seriam resguardados.⁵⁴

A crítica dessa teoria, neste momento, seria uma antecipação supérflua, notadamente por resultar de conceitos que serão adiante desenvolvidos. Basta, por ora, relevar alguns pontos.

A primeira observação a se fazer é que a ideia de “conflito real ou aparente entre vontades subjetivas” não integra o conceito de jurisdição. Como será abordado ao se analisar o pensamento de Carnelutti, a lide é um elemento accidental ao exercício da jurisdição.

No que pertine à ideia de que a função jurisdicional seria um *prolongamento* da função legislativa, recorde-se que a jurisdição precedeu historicamente à legislação.

As sociedades primitivas não possuíam normas legais ou precedentes judiciais e, ainda assim, os conflitos de interesses eram compostos por árbitros que formulavam *ex novo* a regra a ser aplicada. Não é por outro motivo que Tornaghi afirma que a jurisdição de equidade é historicamente anterior à jurisdição legal.⁵⁵ A jurisdição antecede cronologicamente o fenômeno da positivação do Direito.⁵⁶ Por isso, é falsa a ideia de que a jurisdição é, ontologicamente, um instrumento de tutela da legislação ou que o Estado-juiz tem por vocação garantir a autoridade do Estado-legislador.

Segundo a doutrina especializada, a evolução do sistema romano de administração de justiça fez-se em quatro etapas: (i) resolução dos conflitos com

⁵⁴ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile...*, p. 21.

⁵⁵ TORNAGLI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 218.

⁵⁶ SILVESTRI, Gaetano. Poteri dello Stato (divisione dei). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXIV, Milano: Giuffrè, 1985, p. 699.

base na força; (ii) arbitramento facultativo, quando a vítima, em vez de se valer da vingança privada contra o ofensor, prefere, em conformidade com este, escolher um terceiro para compor a contenda; (iii) arbitramento obrigatório, quando o Estado passou a obrigar os litigantes a escolherem um árbitro, assim como passou a assegurar a execução da sentença; (iv) advento da justiça pública quando o Estado afasta o emprego da justiça privada e, através de funcionários seus, resolve as controvérsias.⁵⁷

A terceira etapa corresponde aos períodos arcaico e clássico do direito romano, nos quais vigoraram, respectivamente, o sistema das *legis actiones* (em vigor desde os tempos de fundação de Roma até os fins da República) e *per formulas* (introduzido pela *lex Aebutia* e aplicado, de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano). Esses procedimentos são uma manifestação do *ordo iudiciorum privatorum* – o que mostra a origem arbitral do processo civil romano –, e em ambos a instância divide-se em duas fases: a primeira (*in iure*) desenvolve-se perante um agente estatal, ao passo que a segunda (*apud iudicem*), onde se efetua o julgamento da causa, diante do *iudex* particular.⁵⁸

Nesses sistemas, cumpre analisar o papel do edito do pretor, publicado com base no *ius edicendi* no início do ano em que desempenharia a magistratura. Não se trata de apenas um programa de trabalho que encampa os direitos previstos no *ius civile*, integrado pelos costumes e leis. O edito era uma autêntica fonte autônoma do direito, uma vez que emendava, supria e derogava a aplicação do *ius civile* (*ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis causa*).⁵⁹

A oposição entre o *ius civile* e o *ius praetorium* alcançou o seu apogeu com o sistema formulário implementado pela *lex Aebutia* no século II a.C. Isso por duas razões. A primeira é que o edito passou a prever fórmulas amplas, de

⁵⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191.

⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 35-42.

⁵⁹ “Al pretore, urbano e peregrino, è affidata una funzione normativa. In un certo senso, ma solo in un certo senso, egli agisce da legislatore.” (BRETONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1987, p. 140). Igualmente: “E questa parentela si scorge bene nel diritto romano, ove per molto tempo ogni nuova norma non era creata sotto la forma di regola astratta, ma sotto quella di azione concreta, sì che può dirsi che ivi prima nasce l’actio, e poi dall’actio nasce l’ius.” (COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. Firenze: G. Barbèra, 1888, p. 29). No mesmo sentido: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano...*, p. 25; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano...*, p. 27 e 89.

modo que se concediam ações sem previsão no *ius civile*. Além disso, ao final da primeira fase do procedimento – onde se fixava o objeto litigioso do processo –, o pretor passou a denegar a fórmula quando o *ius civile* aplicável fosse injusto.

Dessa forma, conquanto o pretor não tivesse poderes para formalmente revogar o *ius civile*, na prática negava a sua aplicação e concedia ou rejeitava ações de acordo com critérios pessoais de justiça, o que equivale à criação do direito.⁶⁰ Nítida a compenetração entre atos jurisdicionais e normativos. À vista dessa atuação do pretor no período formulário é que comumente se alude ao direito romano como um *sistema de ações* e, não, como um *sistema de direitos*.⁶¹

Ora, em um contexto no qual o direito é criado pelo juiz a partir de *actiones* não é possível se afirmar que a jurisdição é uma *longa manus* da legislação. Viuse que, no sistema romano, a prestação da tutela jurisdicional gravitava em torno das *actiones*, e não de uma normatividade preexistente. Não apenas o pretor emendava o *ius civile*, como ainda prescindia de um sistema de normas para prestar justiça quando entendesse adequado.

Aliás, a dificuldade em perceber que a jurisdição é criativa de direitos é típica do estudioso talhado no sistema romano-germânico.

Veja-se o artificialismo do pensamento de Mortara quando, após reconhecer que o juiz não possui um *reagente químico* para distinguir a alegação verdadeira da falsa, assinala que a sentença impõe que se considere preexistente o direito nela declarado.⁶²

No *common law*, por sua vez, em virtude da inexistência, de um modo geral, de um arcabouço de atos normativos, emergiu uma concepção processual do direito, à semelhança do que ocorreu no direito romano, o que fez com que,

⁶⁰ “Una considerevole estensione della nozione di iurisdictio, estensione che, inoltre, recherà in germe le premesse per una radicale trasformazione del concetto stesso, si avrà con l’introduzione del procedimento formulare e con la sua legalizzazione per opera della lex Aebutia; introduzione e legalizzazione che, a loro volta, permetteranno al magistrato giurisdicente di superare, attraverso il processo, le limitazioni imposte dal ius civile e di creare il sistema autonomo del ius honorarium.” (LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. Giurisdizione (diritto romano). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 193).

⁶¹ PROTO PISANI, Andrea. Introduzione sulla atipicità dell’azione e la strumentalità del processo. *Foro Italiano* V, 2012, p. 5; CARNELUTTI, Francesco. *Scuola italiana del processo...*, p. 234; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano...*, p. 40; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano...*, p. 190; TUCCI, Rogerio Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 43.

⁶² MORTARA, Lodovico. *Manuale della Procedura Civile...*, p. 26.

ao revés de um modelo baseado em direitos subjetivos, solidificasse-se a ideia de que as garantias precedem os direitos (*remedies precede rights*).⁶³

Demais disso, o cerne da teoria de Mortara padece do mesmo defeito que contamina as demais correntes finalística-objetivas ao reconhecer como elemento específico da jurisdição a aplicação do direito objetivo. Uma atividade, contudo, invariavelmente desempenhada por todos os órgãos estatais e particulares. A realização do Direito não constitui uma reserva absoluta dos tribunais: a aplicação de atos normativos por indivíduos e pelo Estado de modo geral faz parte da dimensão fisiológica do fenômeno jurídico.

Diuturnamente as pessoas interagem através de relações que adentram o campo normativo. Nas mais elementares atividades cotidianas aplica-se o Direito e, nem por isso, pode-se falar que há desempenho de atividade jurisdicional.

O mero ato de ingressar em um ônibus e chegar ao local de destino significa que o particular e a empresa de transporte observaram as normas previstas no código civil que disciplinam o contrato de transporte. Ainda quando surgem conflitos, não é incomum que os envolvidos entrem em acordo sem qualquer intervenção estatal.⁶⁴

Também o Poder Legislativo observa a Constituição para que a lei seja válida. No caso das normas programáticas, há um dever de legislar, de modo que a atuação do direito (constitucional) é evidente.⁶⁵

Ainda mais manifesta é a aplicação da lei pelo Poder Executivo, o que contribui para aumentar a dificuldade em distinguir os atos administrativos e os atos jurisdicionais. Vejam-se os seguintes entendimentos: a jurisdição tem como escopo a *satisfação de uma pretensão*, ao passo que a Administração Pública age para a *satisfação de interesses gerais* e tem a lei *como limite* à sua

⁶³ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76.

⁶⁴ “*Chiunque infatti attua il diritto, anche il cittadino che uniforma la propria condotta alle norme di diritto*”. (OLIVI, Beniamino. *Note sul concetto di giurisdizione...*, p. 46).

⁶⁵ “Pure la legislazione deve essere formata per legge e secondo la legge già costituita, quindi si potrebbe dire che anche con il legisferare si applica la legge. È evidente, pertanto, che l’affermare che contenuto dell’attività giurisdizionale consiste nella potestà di attuare la legge e di applicarla ai diversi casi non basta a differenziarla, sicchè è forza discendere ad ulteriore determinazione.” (GALLI, Bindo. *Il concetto di giurisdizione*. In: *Studi in Onore di Mariano D’Amelio*. Vol. 2. Roma: Foro Italiano, 1933, p. 175).

atuação;⁶⁶ a Administração Pública tem como móvel a tutela do interesse público e a lei ministra apenas a disciplina do comportamento do agente administrativo, regulando o *quando* e o *como* de sua atividade;⁶⁷ com a jurisdição, o Estado assegura a observância das normas jurídicas postas, aplicando-a ao caso concreto da vida social, ao passo que com a administração dá-se concreta e específica atuação aos fins da sociedade;⁶⁸ o juiz opera *com a lei* e a administração *segundo a lei*;⁶⁹ a Administração, Pública conquanto deva agir *em conformidade com a lei*, tem por objetivo a promoção do bem comum;⁷⁰ as *causas* das funções administrativa e jurisdicional são, respectivamente, o interesse público e o cumprimento das normas jurídicas.⁷¹

Essas posições têm como denominador comum – explícito, implícito ou inconsciente – a tese de que o ato jurisdicional é um *ato de inteligência*, e não um *ato de vontade*.

Enquanto a jurisdição seria vinculada ao Direito, a função administrativa realizaria juízos de conveniência e oportunidade para perseguir o *bem comum* como finalidade específica. Aplicar a lei seria um *fim* para o juiz. Para o administrador, um *meio*. O direito objetivo constituiria o *conteúdo* da jurisdição, ao passo que na administração seria um *limite*. Desse modo, a sentença seria o resultado de uma operação lógica na qual não ganham espaço as faculdades intelectivas do juiz. Seria fruto, portanto, de um silogismo consistente no enquadramento do fato (premissa menor) no Direito (premissa maior).

Esse raciocínio pode ser falseado por mais de uma perspectiva. Neste livro, duas serão abordadas: a filosofia hermenêutica e a crise da discricionariedade administrativa. A crítica não é difícil. Esses pontos não são novos, tampouco especialmente complexos.

A constatação de que texto e norma não se confundem constitui uma condenação inapelável dos tradicionais critérios de distinção entre a função administrativa e a jurisdicional.

⁶⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Notas sobre a teoria da jurisdição*. *Revista Forense* vol. 297, jan.-mar./1987, p. 32/33.

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile...*, p. 3.

⁶⁸ CORSINI, Vincenzo. *La giurisdizione...*, p. 62.

⁶⁹ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 235.

⁷⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 50.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. *Revista de Direito Administrativo* n. 185, jul.-set./1992, p. 93.

Do ponto de vista histórico, observa-se a natureza criativa da jurisprudência nas *actiones* concedidas pelo pretor romano, na elaboração científica do Direito Administrativo por obra do Conselho de Estado francês e nas sentenças proferidas no *common law*.

Além disso, visto o fenômeno jurisdicional sem preconceitos, a criação judicial do Direito é conatural ao processo interpretativo. A respeito, são particularmente relevantes as investigações da escola genovesa a partir dos estudos de Tarello na década de 1960 acerca da interpretação jurídica, os quais enterraram a tese de que a vinculação à lei suprime uma margem de liberdade no momento de aplicação do Direito. O juiz *outorga* sentido aos enunciados prescritivos, de forma que a norma jurídica é o *produto* da interpretação. O Direito se encontra em estado de potência no texto. E a jurisdição conduz de potência a ato o fenômeno normativo. Essa noção, de trânsito atualmente indubitado, afasta o argumento de que a sentença consiste em um ato declaratório.⁷²

No que diz respeito à crise da discricionariedade administrativa, repise-se que, desde meados do século passado, a ideia de que o administrador exerce um juízo de valor insindicável nos atos discricionários foi mitigada pela substituição do paradigma da legalidade pelo paradigma da juridicidade pautado pelas normas constitucionais.

Dessa forma, a subordinação imediata da Administração Pública à Constituição, prescindindo da *interpositio legislatoris*, superou a rigidez da dicotomia entre atos vinculados e discricionários, já que há apenas diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Isso posto, a discricionariedade consiste em um campo de atuação situado dentro do Direito e, por conseguinte, atém-se ao ordenamento jurídico tal como o ato vinculado.⁷³

Até mesmo a doutrina que divisou a aplicação da lei como característica presente na atividade jurisdicional e na atividade administrativa contaminou-se com a teoria dos atos discricionários em sua versão clássica. Assim é que, de acordo com Scialoja, na jurisdição o momento de *juízo* predomina sobre

⁷² TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 10 ss.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 195.

aquele da *vontade* no processo de atuação do Direito, ao passo que o contrário sucede na função administrativa.⁷⁴

Dessa posição discordou Redenti, para quem é inseguro um critério de distinção de funções com base em matizes psicológicos.⁷⁵ A tese também não passou incólume à crítica de Chiovenda, o qual afirmou que ambos os elementos, guardados em si mesmos, possuem um valor constante e único.⁷⁶ E, para Calamandrei, a tese não passa de uma ficção.⁷⁷

O argumento de Scialoja tem um grave defeito metodológico: não se pode fundar uma distinção conceitual sobre a prevalência dos diversos elementos que compõem um ato quando não se tem critérios para medir essa prevalência. Além do mais, em inúmeras hipóteses a margem decisória do juiz é maior do que a do administrador.⁷⁸

Basta pensar, de um lado, na gama de meios coercitivos que podem ser determinados a fim de se garantir a tutela específica da obrigação e as hipóteses em que se autoriza o julgamento de equidade, e, de outro, no ato de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, cujo suporte fático é composto de elementos objetivos infensos a juízo de valor.⁷⁹

Ademais, inexiste distinção finalística entre os atos administrativo e jurisdicional. Ambos colimam a realização do ordenamento jurídico.⁸⁰

⁷⁴ SCIALOJA, Vittorio. Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. *Giustizia amministrativa* n. XII, 1901, p. 71. Encampando essa posição: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Procedura Penale Italiana*. Vol. 1. Torino: Fratelli Bocca, 1914, p. 263.

⁷⁵ REDENTI, Enrico. Intorno al concetto di giurisdizione. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917, p. 505.

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 296.

⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Studi sul processo civile*. Vol. V, Padova: Cedam, 1947, p. 42.

⁷⁸ “A tale riguardo, relevo che tanto nell’amministrazione quanto nella giurisdizione si ha attuazione della volontà della legge e tanto nella giurisdizione volontaria quanto nella contenziosa può essere riconosciuto al giudice un potere discrezionale.” (MICHELI, Gian Antonio. Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 2, 1947, p. 32).

⁷⁹ MONTESANO, Luigi. *Le tutele giurisdizionale dei diritti*. Bari: Cacuci: 1981, p. 15.

⁸⁰ “La nozione del fenomeno giurisdizionale como volto all’attuazione delle legge si giustificava all’epoca di Chiovenda nel tentativo di offrire una prima organica trattazione del diritto processuale civile, mai strutturato prima di allora in forma sistematica. Riflessioni successive hanno però dimostrato l’insufficienza di quella formula, poichè l’attuazione della legge è propria anche della attività amministrativa (ad. es. viene applicata la legge anche allorché, ricorrendone le condizioni, l’autorità amministrativa provvede ad un esproprio per pubblica utilità).” (RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale...*, p. 5-6).

A afirmação de que a aplicação do direito é o *fim* da jurisdição e um *meio* para a Administração Pública perseguir o bem comum é um mero jogo de palavras.

Basta inverter os termos da equação que a lógica se perde: a prestação de serviços públicos pode ser vista como o *meio* de que se vale o administrador para promover os direitos sociais, ao passo que a atuação do ordenamento jurídico é um *meio* para se tutelar judicialmente as expectativas de incidência normativa das partes.⁸¹

O bem comum perseguido pelo administrador é aquele que foi juridicizado, de modo que satisfazê-lo, ao cabo das contas, equivale a cumprir a lei. O bem comum não é um *valor* paranormativo, senão um estado ideal de coisas que integra o suporte fático de um ato prescritivo e, por essa razão, é de observância cogente por toda atividade estatal. Promover o bem comum é, substancialmente, o mesmo que aplicar o direito. Mais: em um Estado de Direito inexistente bem comum fora da legalidade.

Tudo somado, resulta cristalino que a aplicação do direito é natural a todos os poderes estatais e aos particulares. A teoria finalística-objetiva da jurisdição, portanto, é incapaz de definir o *proprium* da jurisdição à luz do referencial normativo. Chiovenda tentou salvá-la agregando a nota da substitutividade. Antes de analisar esse critério é preciso contextualizar a sua doutrina.

1.4.3.2 A jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei mediante a substituição da atividade das partes

O nome mais expressivo da corrente que preconiza como fim da atividade jurisdicional a atuação do ordenamento jurídico é Giuseppe Chiovenda, considerado o príncipe da escola processual italiana e o criador de uma nova fase do Direito Processual.⁸²

⁸¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Notas relativas al concepto de jurisdicción...*, p. 46; FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción...*, p. 137.

⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Scuola italiana del processo...*, p. 239; SATTA, Salvatore. Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anniversario della morte. In: *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Nuoro: Ilisso, 2004, p. 376; LIEBMAN, Enrico Tullio. La azione nella teoria del processo civile. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 25; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda...*, p. 36.

Na Itália, até o início do século passado, havia basicamente dois centros de tradição jurídica, quais sejam, a escola piemontese ligada ao *procedimentalismo* francês e a escola napoletana e toscana propensas à epistemologia do *ius commune* romano-canônico. De toda forma, os confins entre o direito material e o direito processual não estavam bem precisados em ambas as escolas.⁸³ A partir de Chiovenda, esse cenário se altera radicalmente.⁸⁴

Chiovenda, todavia, não é uma unanimidade.

Tendo se abeberado mais no processualismo germânico do que em fontes latinas, já se disse que foi superestimado ou que era um copiadador da doutrina estrangeira. Em termos quantitativos a sua produção é bem menor do que a de seus contemporâneos Calamandrei e Carnelutti.⁸⁵ E, devido à sua formação romanística, Chiovenda tratou apenas do Direito Processual Civil.⁸⁶

No entanto, nada disso desabona Chiovenda.

Como é unanimemente reconhecido, o seu mérito consistiu em romper com o *procedimentalismo* – palavra de origem francesa (*procédure*) que se disseminou após a codificação processual napoleônica de 1806 – em prol do *processualismo* (*Prozess*), termo ligado à difusão da cultura alemã.⁸⁷ Destaque-

⁸³ Veja-se a dura descrição que Chiovenda faz da obra de Mattiolo: “Nessuna originale indagine storica; nessun tentativo di revisione e di costruzione dei concetti fondamentali; nessuna notizia della letteratura germanica, che pure in altri campi aveva già favorito il progresso dei nostri studi e già da cinquant’anni possedeva opere processuali fondamentali.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Lodovico Mortara...*, p. 100).

⁸⁴ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 46; FAZZALARI, Elio. Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 43, 1988, p. 289.

⁸⁵ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. La Rivista di Diritto Processuale Civile. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* n. 16, 1987, p. 632.

⁸⁶ É provável que tenha contribuído para isso o fato de que na Itália, à época, as cátedras de Direito Processual Penal e Direito Processual Civil eram separadas. Entende-se, assim, porque Chiovenda debruçou-se entre 1906 e 1919 com afinco sobre a necessidade de reforma do Código de Processo Civil de 1865, mas silenciou-se sobre o Código de Processo Penal aprovado em 1913. Outra prova desse pendor é o fato de que a *Rivista di Diritto Processuale Civile* – fundada em 1924 por Chiovenda e Carnelutti –, apenas em 1946 passou a se denominar – depois de três anos de paralisação em virtude da Segunda Grande Guerra – *Rivista di Diritto Processuale*. Nesse momento, é Carnelutti quem assume a direção da revista – Chiovenda faleceu em 1937 –, sendo notória a sua produção em ambos os campos processuais.

⁸⁷ Sem embargo, a tese de que a jurisdição tem como fim a atuação do direito objetivo constitui um pilar comum ao *processualismo* (*diritto processuale civile*) de Chiovenda e ao *procedimentalismo* (*procedura civile*) de Mortara: SATTA, Salvatore. *Attualità di Lodovico Mortara. Giurisprudenza Italiana* vol. 120, IV, 1968, p. 74

se que não se pode ver aí qualquer colonização. A pandectística então em voga resgatava mais o romanismo do que o modelo germânico que lhe sucedeu após a queda do Império Romano do Ocidente.⁸⁸ No mais, o fato de publicar um, às vezes dois, artigos por ano é de somenos importância quando se tem em vista ensaios como *L'azione nel sistema dei diritti, Romanesimo e germanesimo nel processo civile, Cosa giudicata e preclusione*, entre outros *capolavori* que valem mais do que muitos tratados de ontem e hoje. Afinal, não se mede um legado por resmas.

1.4.3.2.1 A ação no centro do sistema chiovendiano

Enquanto Mortara construiu a sua obra sobre o conceito de jurisdição e Carnelutti sobre o de lide, as bases do sistema chiovendiano são a ação e a relação processual. Existe uma relação de recíproca influência entre jurisdição, ação e processo, de modo que, para bem compreender um autor, é preciso primeiramente analisar o instituto por ele posto como centro gravitacional dessa trilogia para, a partir daí, debruçar-se sobre os institutos que giram em seu entorno. Por esse motivo, o conceito de jurisdição de Chiovenda será analisado após estudar a sua particular teoria do direito de ação.⁸⁹

Chiovenda refuta a teoria imanentista da ação, segundo a qual, com a lesão, o direito material apresentar-se-ia sob um novo aspecto: em estado de defesa. O direito de ação seria o poder, inerente ao direito subjetivo, de reagir contra a sua violação.⁹⁰ A ação, assim, seria a força com a qual o direito subjetivo

⁸⁸ “Se alla fine di questo rapido esame ci chiediamo quale fra le più importanti leggi di procedura attualmente vigenti sia più vicina allo spirito romano, noi dobbiamo rispondere senza esitazione: la Zivilprozessordnung tedesca.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *L'idea romana nel processo civile moderno. Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 9, 1932, p. 332).

⁸⁹ Segundo Tarello, a ação representa um ponto de vista privilegiado para a análise do pensamento de um processualista à vista da inexistência de limites impostos pelo direito positivo: TARELLO, Giovanni. *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*. In: *Dottrine del processo civile...*, p. 242.

⁹⁰ “(...) il diritto di agire in giudizio per ottenere la ricognizione di un diritto violato, sconosciuto, od anche talora solo minacciato, costituisce l'azione giudiziaria, la quale perciò rappresenta un diritto alla seconda potenza, cioè la qualità propria del diritto di potere invocare a sua tutela le garanzie giudiziarie.” (MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. 2ª ed. Torino: Fratelli Bocca, 1899, p. 9). Interessante frisar que o livro de Direito Civil de Coviello aborda o direito de ação (uma “função” do direito subjetivo), exceção, prova, sentença e coisa julgada. Em síntese, um breviário processualístico inserto em uma obra de direito material. Confira-se: COVIELLO, Nicola. *Manuale di Diritto Civile Italiano*. 2ª ed. Milano: Libreria, 1915, p. 480 ss.

se afirma contra um ataque. Tratar-se-ia, assim, do próprio direito em movimento – em seu aspecto dinâmico – ou, nas palavras de Savigny, em metamorfose.⁹¹⁻
92

Para que se compreenda a posição de Chiovenda é mister ter em mente a sua posição no sentido de que o inadimplemento do direito material (“vontade originária da lei”) faz com que surja o direito a uma nova prestação (“vontade derivada da lei”).

Ao se violar um direito real exsurge o direito à restituição do bem. No momento em que um direito pessoal é lesado, nasce o direito ao ressarcimento. Identicamente, quando uma obrigação de não fazer é descumprida, desponta o direito à repriminção ao *status quo* anterior. Esses novos direitos que nascem com a lesão ensejam prestações derivadas e são deduzidos em juízo através do direito de ação. No entanto, esses *direitos derivados* não se confundem com a ação, a qual *pode* – esse ponto é fulcral na análise da categoria das *meras ações* – nascer com a lesão do direito, mas prescinde da efetiva existência da obrigação do devedor. A *actio*, portanto, é um direito autônomo do direito material que se pretende valer em juízo.⁹³

⁹¹ “Questi diritti spettano piuttosto soltanto al processo di evoluzione ossia alla metamorfosi, che può avvenire in ogni diritto per sé stante, e stanno perciò sulla linea stessa della nascita e dell’estinzione dei diritti che pure debbono concepirsi soltanto come momenti nel processo della vita dei diritti, non come diritti di per sé.” (von SAVIGNY, Friedrich Karl. *Antologia di scritti giuridici a cura di Franca De Marini*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 216).

⁹² Há quem sustente que o concretismo não se distingue substancialmente do imanentismo, na medida em que, para aquele, o direito de ação, conquanto distinto do direito material, estaria condicionado à existência do direito subjetivo invocado no processo (LIEBMAN, Enrico Tullio. *La azione nella teoria del processo civile...*, p. 29). Destaque-se que a falta de clareza de Chiovenda ao realizar, nas palavras de Taruffo, o *desligamento* da ação do direito material, contribuiu para esse equívoco. Com efeito, se, de um lado, Chiovenda averbou que a ação é um direito autônomo que não está necessariamente vinculado a um direito subjetivo, de outro, (i) ao criticar a corrente abstrata, sustentou que inexistente um direito de agir independente do interesse privado a uma sentença favorável; (ii) disse que no caso da sentença injusta não há que se falar em direito de ação; (iii) afirmou que a possibilidade de agir que se reconhece a todo cidadão não é um direito em sentido estrito, senão uma condição do direito de ação. (TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 57, n. 4, 2003, p. 1143 ss). Aliás, a crítica à falta de clareza de Chiovenda não é recente. No início do século passado, após questionar a desvinculação da ação do direito subjetivo na doutrina chiovendiana, Rossi colacionou diversas passagens contraditórias dos *Principii*: (a.1) “l’azione può darsi senza diritto soggettivo”; (a.2) “l’azione è un diritto per sé stante”; (b) “azione e obbligazione sono due diritti distinti, che insieme uniti soltanto coprono pienamente la volontà concreta di legge che diciamo obiettiva.” (ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*. Roma: Athenaeum, 1924, p. 117, nota n. 18).

⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1947, p. 15 ss.

Além do mais, Chiovenda repele a teoria abstrata do direito de ação, segundo a qual a ação é a possibilidade de agir em juízo independentemente do resultado do processo. Como, para Chiovenda, ter direito a algo significa ter direito a um benefício, possui ação quem tem razão, quem vence o processo. Sem embargo, não se deve incorrer no equívoco de que a ação chiovendiana é o *direito de se obter em juízo uma sentença favorável*.⁹⁴

Essa ideia corresponde ao pensamento de Wach, para quem a pretensão à tutela jurídica dirigida contra o Estado tem como escopo um provimento favorável em relação ao adversário. Mas o concretismo não é uma doutrina monolítica.⁹⁵ Ainda que a doutrina wachiana esteja à base do conceito chiovendiano de ação, duas *manipulações*, no escólio de Taruffo,⁹⁶ mostram a distinção entre as teorias do direito de ação dos dois processualistas.

Em primeiro lugar, para Chiovenda a ação é um direito potestativo (*poder jurídico de dar vida às condições para a atuação da vontade da lei*). O direito potestativo, segundo o mestre italiano, *por excelência*.⁹⁷

Ora, se a ação fosse o *direito à sentença favorável*, a situação jurídica correlata da pessoa contra quem ela se dirige constituiria um dever jurídico de fazer. E a ação seria um direito à prestação, isto é um direito subjetivo. Ocorre que o dever jurídico é contrário à categoria do direito potestativo – é a designação mais corrente na Itália e no Brasil; direito conformativo, na Alemanha; direito constitutivo, na Espanha –, o qual possui como situação passiva correlata um *estado de sujeição*.

Nesta categoria de direito, o poder conferido ao respectivo titular tende à produção de um efeito mediante uma declaração de vontade, estando o lado passivo da relação jurídica compelido a suportar o exercício de tal direito.⁹⁸

⁹⁴ MITIDIÉRO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 97; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

⁹⁵ Basta ver que, do ponto de vista ideológico, Wach adota uma concepção liberal de processo, enquanto Chiovenda perfilha um modelo publicístico, como se colhe de sua admiração pelo código austríaco de 1898, o que levou Calamandrei a afirmar que Chiovenda se encontra *no meio da estrada* entre Wach e Klein: CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d'azione. In: *Opere Giuridiche*. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 436,

⁹⁶ TARUFFO, Michele. Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 40, 1986, p. 1.141.

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 45.

⁹⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1983, p. 12-18.

Assim, como no arquétipo conceitual do direito potestativo não há que se falar em qualquer comportamento tendente à satisfação de uma obrigação, o objeto do direito de ação não pode ser a prestação da tutela jurisdicional.⁹⁹

Observe-se que, no conceito de Chiovenda, inexistente um dever jurídico contraposto ao exercício do direito de ação. A ação não tende a um comportamento contrário, senão deflagra a condição necessária para a atuação do ordenamento. Não há um direito à tutela jurídica contra o Estado, o que suporia um conflito de interesses entre este e a parte que exerce a ação (não necessariamente o autor), enquanto dar razão a quem a tem é do interesse do Estado.¹⁰⁰

Em segundo lugar, a tese ora impugnada desconsidera a posição de Chiovenda no sentido de que a ação se dirige contra o adversário,¹⁰¹ de modo que não pode ter como objeto uma prestação (é um direito potestativo) de tutela jurisdicional favorável (esta só pode ser prestada pelo Estado).

Aliás, o direcionamento do direito de ação é uma das principais distinções entre os dois expositores mais expressivos do concretismo.

Ainda que partindo de categorias distintas – Chiovenda trabalha com o conceito de direito potestativo, ao passo que Wach com o de *pretensão à tutela jurídica* –, ambos sustentam que ser titular da *azione* e da *Rechtsschutzanspruch* não significa apenas movimentar a máquina judiciária, senão ter direito aos efeitos de uma sentença favorável. Mas enquanto o alemão sustenta que o direito de agir é um direito subjetivo exercido *em face* do Estado e *contra* o réu,¹⁰² o italiano preleciona que o direito de agir consiste em um direito potestativo exercido em face do adversário.

Didaticamente, pode-se efetuar a seguinte contraposição entre as teorias ora enfrentadas: (i) quanto à categoria conceitual sobre a qual gravita a ideia de tutela jurídica: pretensão (Wach) X ação (Chiovenda); (ii) quanto à natureza

⁹⁹ HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação Concreta: Relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 109.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 19.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. L'Azione nel Sistema dei Diritti. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 72.

¹⁰² WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 39. O direcionamento bifronte da ação é francamente minoritário. Aderem a essa posição nas doutrinas clássica e moderna: ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice...*, p. 109; TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Padova: CEDAM, 2002, p. 156.

jurídica dessa prerrogativa: direito subjetivo (Wach) X direito potestativo (Chiovenda); (iii) quanto ao direcionamento do direito: Estado e particular (Wach) X adversário (Chiovenda).

A despeito dessas distinções, é insustentável a afirmação de que Chiovenda foi um dos principais críticos da teoria de Wach.¹⁰³

Esse posicionamento desconsidera as afirmações de Chiovenda no sentido de que (i) o reconhecimento da autonomia da ação completou-se com a “fundamental *Der Feststellungsanspruch*” de Wach; (ii) a teoria de Wach possui um “grande fundo de verdade”; (iii) Wach teve o mérito de perceber que o direito à tutela jurídica dirige-se também contra o adversário.¹⁰⁴ Não fosse isso o bastante, essa leitura é negada pelo próprio Chiovenda, o qual, no necrológio de Wach, declarou que ele – após Scialoja e por sua influência – era o seu “segundo formador”.¹⁰⁵

1.4.3.2.2 “Meras Ações”: prestação da tutela jurisdicional sem direito material

Desde a *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais* de Bülow, escrita em 1868, é comum a afirmação de que a relação jurídica de direito processual não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida (*res in iudicium deducta*), pois tem partes, pressupostos e objeto distintos. Todo processo, assim, teria um conteúdo (*res*) que se identificaria com a relação substancial controvertida em juízo.¹⁰⁶

¹⁰³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo...*, p. 273. Não menos simplista é a posição oposta no sentido de que o pensamento de Chiovenda é “em essência” o de Wach: COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 24.

¹⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 18-20.

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 3, 1926, p. 369. É unânime que Wach é a principal referência de Chiovenda na processualística alemã: TARELLO, Giovanni. L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato Liberale. In: *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto procesuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 137; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda. In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Tomo 2, *passim*.

¹⁰⁶ ATTARDI, Aldo. Legittimazione ad agire. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche* vol. 10, Torino: UTET, 1993, p. 524; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 224; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1971, p. 193. Conforme notícia Dinamarco, é esta a posição de Redenti, Fazzalari e Lent (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo

Na atualidade, é indiscutível a autonomia do processo em relação ao direito material. O problema, contudo, está em se dizer que o processo haure obrigatoriamente a sua seiva no direito substancial. Para citar um exemplo, há até quem tenha dito que a ação declaratória negativa não tem “sustentação na vida real”, já que todo processo discutiria uma relação de direito material, de sorte que, nessa hipótese, o autor pleitearia o “direito material de não ser exigido”.¹⁰⁷

A afirmativa é de nenhum acerto.

Ao dissertar sobre a ação declaratória prevista no § 231 (atual § 256) da ZPO alemã, Wach afirmou que a existência do direito subjetivo e o interesse processual são condições cumulativas da ação declaratória positiva, de modo que o direito subjetivo é uma condição necessária, mas insuficiente para a procedência do pedido. Já no caso da ação declaratória negativa, o autor pediria a certificação de que inexistente o direito alheio, prescindindo-se da alegação de uma posição substancial ativa.

Bem por isso, divergiu o processualista alemão da ideia de que a ameaça à esfera jurídica alheia produz uma relação material na qual surge para a parte afetada o direito de não ser turbado, o qual seria vazio de conteúdo, pois não contém um dever correlato.¹⁰⁸ Com razão Henning ao sublinhar que, para Wach, “é possível perder com direito subjetivo e vencer sem direito subjetivo”.¹⁰⁹

Caso existisse um direito a não ser molestado, a sentença de procedência da ação declaratória negativa aplicaria – valendo-se aqui de uma expressão cara a Liebman – a sanção executiva consistente no cumprimento forçado da

civil. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 316).

¹⁰⁷ RESTIFFE, Lauro Paiva. *Jurisdição, inação e Ação*. São Paulo: RT, 1987, p. 17.

¹⁰⁸ WACH, Adolf. *La pretensión de declaracion...*, p. 29 e 111. Endossando essa leitura da obra de Wach: ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 151. A propósito, repise-se uma passagem da polêmica que Carnelutti e Calamandrei travaram a respeito do conceito de lide. Diante da refutação à tese de que a lide é o conteúdo do processo, Carnelutti questionou se Calamandrei pretendia inserir a relação de direito material nessa posição – o que, a bem da verdade, não pode ser deduzido da crítica de Calamandrei –, refutando essa possibilidade com a ação declaratória negativa: “E l'accertamento negativo? Come si fa a dire che nel processo vi è un rapporto giuridico, sul quale il processo opera, quando questo suo operare si risolve nel riconoscere che il rapporto non c'è?”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale (postilla)*. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. V, I, 1928, p. 33).

¹⁰⁹ HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação Concreta...*, p. 22.

prestação correlata. Mas essa sentença não é condenatória, limitando-se a declarar que inexistente o vínculo propalado pelo réu.¹¹⁰

Em consonância com essa *communis opinio* manifestou-se Garbagnati ao se opôr à posição de Satta no sentido de que, à base da ação declaratória negativa, estaria um “interesse substancial à certeza da própria situação jurídica”. Satta filia-se à teoria civilista da ação, razão pela qual, para ele, a *fattispecie* do direito de ação confunde-se com a *fattispecie* do direito material, de maneira que a ação se prende ao direito subjetivo e participa da sua natureza substancial.¹¹¹

Ocorre que, como doutrinou Garbagnati, a ação declaratória negativa é um sintoma da distinção entre os planos processual e material. Em tal hipótese o objeto da *res iudicata* favorável ao autor consiste no direito alheio cuja inexistência é certificada, e não em um imaginário direito do autor à integridade da própria esfera jurídica. Caso assim não fosse, transformar-se-ia a *causa petendi* e o *petitum* da ação declaratória negatória em uma ação declaratória positiva de um suposto direito do autor.¹¹²

Na mesma linha se põe Consolo, ao sublinhar que o objeto da ação de accertamento negativo é o direito de crédito alegado pelo réu e contestado pelo autor, de maneira que a posição deste último, ao deduzir em juízo o direito propalado pelo réu, assemelha-se a de um substituto processual, já que faz valer em nome próprio um direito alheio.¹¹³

¹¹⁰ “L'accertamento che si aspetta per opera del giudice non può pretendersi dal convenuto, nè surrogarsi con una prestazione del convenuto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 197). Enfaticamente: “I tentativi fatti di ricollegare l'azione di mero accertamento a una pretesa di diritto materiale verso l'avversario sono falliti.” (ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Vol. 1 Milano: Giuffrè, 1946, p. 125).

¹¹¹ Essa filiação perpassa todo o pensamento do processualista peninsular. Veja-se, pela contundência, a sua afirmação no sentido de que a cisão da legitimidade *ad causam* da titularidade do direito material é uma das “superposições” que decorrem da “absurda” cisão do direito subjetivo do direito de ação: SATTA, Salvatore. *Variazioni sulla legittimazione ad causam*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 21, 1967, p. 640.

¹¹² GARBAGNATI, Edoardo. *Azione e interesse*. *Rivista Jus*, 1955, *passim*.

¹¹³ CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Vol. I. 11ª ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 25. Igualmente: GALLI, Bindo. Il concetto di giurisdizione. In: *Studi in Onore di Mariano D'Amelio*. Vol. 2. Roma: Foro Italiano, 1933, p. 168; BETTI, Emilio. Ragione e azione. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 9, n. 1, 1932, p. 214; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais à luz do Novo Código*. 4ª ed. Coimbra: GestLegal, 2017, p. 39; CASTRO, Torquato. *Ação declaratória*. 3ª ed. Recife: UFPE, 1971, p. 53; BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71). Contra, sustentando um direito absoluto da personalidade de não ver contestado o próprio patrimônio: FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione*. Vol. 1. Torino: UTET, 1989, p. 36.

Ao se debruçar sobre a obra de Chiovenda fica claro que a tese de que a ação declaratória negativa não tem “sustentação na vida real” é equivocada. Em suas obras é nítida a distinção entre os planos processual e material à luz da categoria das *meras ações* (ou *puras ações*), cuja existência prescinde do direito subjetivo.¹¹⁴

É esse o caso da ação meramente declaratória, a qual é uma forma de tutela que não está posta para a defesa de um direito preexistente, senão para entregar um bem (certeza jurídica) que só o processo pode dar.¹¹⁵ Encartam-se nessa categoria, ainda, a ação penal privada, o direito de pedir a anulação de atos administrativos ilegítimos, a ação cautelar, a ação possessória e a ação condenatória com reserva de exceção.

Nessas hipóteses, a parte exerce a ação sem que (i) exista um direito material ou (ii) sem que este seja apurável no processo em que exercida a ação.

Em (i) o divórcio entre o direito de ação e o direito substancial é manifesto, pois a parte vencedora não possui uma posição substancial de vantagem no plano do direito material. É o caso da ação penal privada.¹¹⁶

Em (ii) é possível que o autor seja titular de uma situação substancial de vantagem, mas esta não integra o objeto litigioso do processo. Assim, a tutela cautelar é assecuratória do resultado útil de uma suposta vontade de lei que, no processo principal, pode ser declarada inexistente.

Identicamente, na ação condenatória com reserva de exceção – cuja origem remonta ao *mandatum de solvendo sine clausula* do direito comum – não há um acerto definitivo da situação jurídica do autor em virtude de

¹¹⁴ “Ma l’indipendenza e l’autonomia dell’azione si rende più evidente nei casi in cui l’azione o tende ad un bene che non può essere prestato da alcun obbligato, ma che può conseguirsi solo nel processo, o tende ad un bene senza che vi sia, o senza che si sappia se vi sia, alcun altro diritto soggettivo in colui che ha l’azione.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 49). Confirase ainda: “Peraltro, l’assunto chiovendiano della concretezza dell’azione contrasta, oggettivamente, con il suo avviso che ricorrono anche ‘azione mere’, cioè non correlate al diritto soggettivo sostanziale ed alla sua lesione.” (FAZZALARI, Elio. *La dottrina processualistica italiana: dall’azione al processo (1864-1994)*. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 49, 1994, p. 914).

¹¹⁵ “Uma derradeira série de funções jurisdicionais permite alcançar, por via processual, utilidade ou bens, sem cogitar do direito subjetivo daquele que propõe a ação; temos então as *meras ações*, entre as quais a ação meramente declaratória.” (CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Estudo sobre a ação meramente declaratória. Retorno à supremacia doutrinária de Chiovenda*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 28).

¹¹⁶ “Qui si ha il potere di produrre l’applicazione di una norma penale, sebbene il querelante non abbia alcun diritto soggettivo alla punizione del colpevole”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 50).

limitações cognitivas. A peculiaridade dessa categoria consiste na restrição da cognição a algumas exceções à disposição do réu. Nessa situação, no momento da condenação, o juiz não sabe se o autor é realmente titular do direito, uma vez que lhe cabe julgar acerca da existência dos fatos constitutivos e da ausência de *alguns* fatos impeditivos, extintivos e modificativos, mas sobre outros fatos, ainda que alegados pelo réu, não lhe cabe pronunciar.¹¹⁷

1.4.3.2.3 Críticas ao concretismo

Este livro não pretende defender os conceitos, premissas e consequências da teoria da ação concreta. O direcionamento bifronte da ação, a sujeição passiva do réu, assim como a natureza jurídica da ação (pública ou privada, patrimonial ou não), de acordo com a natureza do interesse material tutelado, são pontos com os quais não se pode concordar. Ainda mais delicado é o fenômeno da sentença de improcedência, pois o autor, nesse caso, segundo Wach e Chiovenda, não teria exercido o direito de ação. O que fez com que os críticos do concretismo afirmassem que essa teoria *não dá resposta* para o fenômeno da sentença de improcedência.¹¹⁸

Toda teoria da ação que defende um vínculo íntimo entre os planos processual e material enfrenta dificuldades para explicar as sentenças que não acolhem o pedido do autor. Botelho de Mesquita – autor de uma particular teoria concretista – alude a um *direito à administração da justiça* com relação às sentenças terminativa e de improcedência.¹¹⁹ A aporia também se descortinou no ecletismo de Liebman, o qual recorreu à figura de um *poder de agir em juízo* – genérico, indeterminado, inexaurível, inconsumível e desvinculado de uma *fattispecie* concreta – para amparar as hipóteses nas quais o autor é carente de ação.¹²⁰

Como quer que seja, é impensável que processualistas da envergadura de Wach e Chiovenda tenham construído suas teorias da ação negligenciando

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea...*, p. 99; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 118.

¹¹⁹ BOTELHO DE MÉSQUITA, José Ignacio. *Da ação civil*. São Paulo: RT, 1975, p. 94.

¹²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de Diritto Processual Civile...*, p. 140.

a sentença de improcedência. Pode-se, é claro, discordar das respostas aventadas, mas daí a dizer que essa eventualidade foi obliterada o passo é largo.

Se Wach, por um lado, afirmou que a pretensão à tutela jurídica constitui o *ato de amparo* que forma o objeto do processo, por outro, sustentou que ela não se confunde com a *faculdade de demandar*, a qual compete a qualquer um que, dentro das formas estabelecidas em lei, solicite uma resposta jurisdicional do Estado.¹²¹

Em Chiovenda, por sua vez, a solução ao dilema da sentença improcedente – situação na qual o juiz afirma uma *vontade negativa da lei*, porque se pretende indevidamente um bem da vida – é muito bem construída.

Recorde-se o seu conceito de ação como o poder jurídico de dar vida à condição (“*porre in essere la condizione*”) para que se atue a vontade concreta da lei. Dessa forma, o réu exerce o direito de ação quando o seu requerimento é condição indispensável para o desacolhimento do pedido, tal como nos casos das exceções em sentido estrito, abandono do processo e desistência da ação.¹²²

Consequentemente, nem toda sentença de improcedência decorre do exercício do direito de ação pelo ré. Isso ocorre apenas quando seu comportamento for necessário para a atuação da vontade negativa da lei. A rejeição da demanda no processo em que o réu é revel ou em virtude do conhecimento de ofício de uma objeção não decorre do exercício da ação pelo réu, senão do dever do juiz de atuar o ordenamento jurídico.¹²³ O direito de ação do réu existe, mas não é exercido. Esse direito nasce com a propositura da

¹²¹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaracion...*, p. 39.

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 269. Aludindo a um “direito de desimpedir a atuação da vontade da lei, produzindo assim essa atuação”: HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação Concreta...*, p. 150.

¹²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Azione nel Sistema dei Diritti...*, p. 19. Satta, renomado defensor da teoria civilista da ação – *poder direto à realização do direito subjetivo* – resolve o problema da sentença improcedente em termos semelhantes, chegando a aludir a um caso de jurisdição sem ação. Veja-se: “Questa violazione si rimuove nel modo con cui si rimuovono tutte le pretese, e cioè con l’accertamento della insussistenza del diritto vantato: e l’ordinamento giuridico è così sensibile a questa violazione che la pretesa è rimossa anche senza l’azione del convenuto, con la sentenza di assoluzione che si pronuncia a favore di quest’ultimo anche se egli non è comparso in giudizio. È questo l’unico caso di giurisdizione senza azione, ma che naturalmente non costituisce una deroga, assurda e impossibile, al principio fondamentale dispositivo di ogni processo, poiché essa non è che l’aspetto riflesso della volontà generale espressa nella sentenza, in senso negativo della pretesa dell’attore”. (SATTA, Salvatore. *Ultime tendenze della teoria dell’azione*. In: *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Nuoro: Ilisso, 2004, p. 219).

demanda infundada e tem como única condição a inexistência da ação do autor. E o autor que ingressa em juízo sem amparo no direito material terá exercido uma *mera possibilidade*, a qual não é um direito no sentido estrito da palavra, senão *uma condição do direito de ação*, um meio, cujo uso se transforma em direito apenas em determinadas circunstâncias.¹²⁴

Nesse passo, para o concretismo a sentença de improcedência é a resposta estatal ao exercício de uma *faculdade de demandar* (Wach) ou, a depender da indispensabilidade do comportamento do réu, do exercício do direito de ação por parte deste ou de uma *mera possibilidade* pelo autor (Chiovenda). Satisfatória ou não, a solução foi dada.

Além dessa crítica, já se disse que as teorias concretas “não seriam capazes de explicar” a ação declaratória negativa, pois o julgamento de procedência significaria que inexistente relação de direito substancial entre as partes e “inexistindo qualquer direito material, também não existiria direito de ação”.¹²⁵

Chiovenda e Wach, com vantagem, mostraram que a objeção não se sustenta.

O processualista italiano encarta a ação declaratória negativa como espécie de *mera ação*, de ação que prescinde de um direito preexistente. A ação meramente declaratória é, segundo Chiovenda, um direito *por si só*, que tem por pressuposto um interesse, não um direito.¹²⁶ Ademais, tendo em vista que Chiovenda é um *objetivista puro*, para ele a atuação da vontade concreta da lei não é o mesmo que tutela do direito subjetivo. O direito substancial da parte pode ser, eventualmente, protegido com a atividade jurisdicional, mas a efetivação do ordenamento jurídico independe de uma relação material subjacente ao processo.¹²⁷

Para Wach, é inadmissível a tese de que a pretensão declaratória é uma ação amparada em um pretense “direito material à certeza jurídica”. Segundo o

¹²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Azione nel Sistema dei Diritti...*, p. 11.

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 119.

¹²⁶ “Fu vano il tentativo di trovare un diritto soggettivo diverso dall’azione per coordinarvi l’azione di accertamento negativo configurando un immaginario e insussistente diritto alla integrità della propria sfera giuridica”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 197).

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 40.

jurista alemão, é vã a tentativa de encontrar uma relação jurídica da qual decorra a demanda declaratória negativa, a qual tem como única condição uma situação de incerteza.¹²⁸

Em conclusão, o concretismo, mais do que explicar a ação declaratória negativa, pensou a autonomia da ação com base nesta pretensão.¹²⁹

1.4.3.2.4 A jurisdição como função substitutiva das partes

O conceito chiovendiano de jurisdição é a sua marca na processualística: *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos 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.*¹³⁰ Em síntese: a jurisdição é o poder do Estado para atuar a lei.¹³¹

Salvo marginais diferenças de matizes, esse conceito¹³² é acolhido pela maioria da doutrina.¹³³

Isso ocorre não apenas em virtude de ascendência de Chiovenda, como também porque a sua definição é intuitivamente correta. A e B desentendem-se

¹²⁸ WACH, Adolf. *La pretensión de declaracion...*, p. 19-37.

¹²⁹ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Estudo sobre a ação meramente declaratória...*, p. 199.

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 301.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'idea romana nel processo civile moderno...*, p. 318. No sentido de que esse conceito é *mais pressuposto do que analisado*: TARUFFO, Michele. *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda...*, p. 1149.

¹³² Observe-se que no conceito de Chiovenda a jurisdição tem por *escopo* a atuação da vontade concreta da lei. Isso é diferente de afirmar que a jurisdição *atua* a vontade concreta da lei. Esse reparo é importante, pois há quem encampe a doutrina de Chiovenda sem notar que ter por fim a realização do direito objetivo não significa sempre realizá-la. Nas hipóteses em que a sentença é um ato de arbítrio, por exemplo, não se pode dizer que houve a aplicação do direito objetivo. Nessa esteira, não se deve incluir no conceito de jurisdição a atuação da lei, senão, conforme será analisado no capítulo 7, as *expectativas de incidência normativa* das partes, essa sim a real finalidade da jurisdição.

¹³³ Percebeu o ponto: VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Jurisdicción y competencia...*, p. 6. *Ex multis*: CHINA, Sergio La. *Diritto Processuale Civile...*, p. 136; COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Torino: UTET, 1966, p. 17; RANELLETTI, Oreste. *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1934, p. 11; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 10; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 54; MORELLO, Michele. *Il nuovo processo penale...*, p. 179; CAPOGRASSI, Giuseppe. *Giudizio, processo, scienza, verità. Rivista di Diritto Processuale* vol. 5, I, 1950, p. 7; BETTI, Emilio. *Ragione e azione...*, p. 213; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da jurisdição*. Rio de Janeiro: LUX, 1958, p. 339; CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil...*, p. 13; AROCA, Juan Montero; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional. Parte General*. 11ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 38.

a respeito da validade de uma cláusula contratual. Como eles não conseguem chegar a um acordo, dirigem-se ao Estado, o qual, substituindo-se aos interessados, aplica o direito objetivo e diz qual das partes tem razão.

Essa substituição ocorre de dois modos.

No processo de conhecimento, ocorre a substituição da atividade intelectual das partes e de todos os cidadãos no afirmar a existência ou inexistência da vontade concreta da lei dirigida às partes. No processo de execução, por sua vez, ocorre a substituição do ato devido pela atividade material dos órgãos do Estado.

Nessa definição sobressaem três elementos: (i) Estado, (ii) declaração da vontade de lei e (iii) substituição da atividade das partes.

Em relação ao primeiro elemento (i), o monopólio estatal da jurisdição será analisado no capítulo 3, oportunidade na qual será abordada a subsistência da tese chiovendiana perante os sistemas jurisdicionais – paraestatal, extraestatal, arbitral, internacional e comunitário – que se desenvolvem fora da organicidade do Estado.

Em relação ao segundo elemento (ii), a afirmação de que na jurisdição se declara a vontade da lei que se concretizou antes do processo será objeto de estudo no capítulo 4, momento no qual se tratará da natureza declaratória da jurisdição. Sem embargo, é importante desde já estabelecer algumas premissas.

Existe um debate central no Direito acerca das teorias dualista e monista do ordenamento jurídico, o qual se traduz no questionamento se os direitos preexistem ao processo ou se a sentença tem força criativa. Conquanto não seja usualmente enfrentada pela doutrina, essa polêmica reflete-se na compreensão de diversos institutos processuais, tais como a natureza jurídica declaratória ou constitutiva da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo, a eficácia temporal dos precedentes vinculantes perante a sentença transitada em julgado e as teorias material e processual da coisa julgada.¹³⁴

Chiovenda percebeu que é impossível definir a jurisdição sem tomar partido nessa polêmica e em suas obras lê-se afanosamente que o fim do

¹³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2014, p. 81.

processo é declarar a *vontade concreta da lei*.¹³⁵ Assim, quando ocorresse no mundo dos fatos o evento previsto na hipótese de incidência normativa, a vontade abstrata da lei se tornaria concreta, competindo ao Judiciário, mediante provocação do interessado, aplicar a norma que incidiu. A incidência normativa, à semelhança de uma descarga elétrica, prescindiria do elemento humano. Seria prévia, automática e infalível. Nestas circunstâncias, se a vontade da lei alegada pelo autor está correta, julga-se procedente a demanda. Caso não, atua-se a vontade negativa da lei e rejeita-se a demanda.¹³⁶

Compartilhe-se ou não da premissa chiovendiana, é indiscutível que seu conceito de jurisdição é coerente com a teoria dualista do ordenamento jurídico por ele perfilhada.¹³⁷ Considerar esse ponto é fundamental, eis que, como será abordado ao se criticar as teorias ecléticas, é comum na doutrina a tentativa de definir a função jurisdicional a partir de elementos que se vinculam a teorias antagônicas do ordenamento jurídico.

Em relação ao terceiro elemento (*iii*), a nota distintiva da jurisdição para Chiovenda reside na aplicação da lei *substituindo* as partes e a sociedade.

Nessa ordem de ideias, a jurisdição substitui, *v.g.*, a execução pessoal, que recaía sobre o corpo do devedor, levada a efeito pelo próprio credor, que vigeu durante parte do período romano das *legis actiones*. Da mesma forma, a sentença é um sucedâneo do duelo judicial que, durante a Idade Média, poderia ser invocado, sob proteção divina, para pôr fim à controvérsia. Além dessas formas primárias de autotutela, se a parte se nega a realizar a vontade concreta

¹³⁵ A respeito dessa expressão, veja-se a fina ironia de Redenti: “Dalle caratteristiche del procedimento intellettuale tipico del giudice (ragionamento per syllogismata) non sembra esatto per altro voler desumere che nei suoi provvedimenti si esprima unicamente come altri ha detto 'la volontà della legge' e che sia questa che, per il loro tramite, opera e comanda. Quando si parla della legge (al singolare), come quando si parla del diritto (in senso oggettivo), se ne crea semplicemente una immagine sintetica di comodo a scopo discorsivo. Ma questo non può far pensare che madame la loi sia un soggetto pensante od operante, al quale si possa attribuire una volontà pratica nemmeno in quel senso in cui si attribuisce una volontà alle persone giuridiche”. (REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1952, p. 36).

¹³⁶ De acordo com Satta, a vontade concreta da lei é a pedra que sustenta a construção chiovendiana. De fato, essa ideia perpassa, entre outros, os seus conceitos de processo, ação, jurisdição e objeto de julgamento (SATTA, Salvatore. *Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anniversario...*, p. 379).

¹³⁷ Destacando a filiação de Chiovenda à teoria dualista do ordenamento jurídico: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda...*, p. 46. No sentido de que a doutrina chiovendiana sustenta-se na postulação que o ordenamento estatal seja, para o juiz, um *dado* prévio, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 29.

da lei, o Estado-juiz realiza, em caráter substitutivo, o comando normativo. Assim, se A não paga a B a quantia devida em razão de um contrato de mútuo, o Estado se sub-roga ao devedor e, após penhorar e alienar um bem de seu patrimônio, satisfaz o direito do credor.

Por outro lado, a Administração Pública, à semelhança do Poder Judiciário, também *judga*, mas o faz referentemente à sua própria atividade, face a uma vontade de lei que lhe é dirigida. Por esse motivo, enquanto a jurisdição é uma atividade *substitutiva* e *secundária*, a administração é uma atividade originária e primária.¹³⁸

1.4.3.3 Os destinatários da norma jurídica como traço distintivo da função jurisdicional

O conceito que Calamandrei adota de jurisdição é semelhante àquele encampado por Chiovenda. Mas há um refinamento em suas premissas e algumas consequências de ordem processual que extrai delas que tornam a sua doutrina digna de análise.

O processualista toscano adere à tese de Chiovenda de que a jurisdição tem por escopo a declaração da vontade da lei em substituição aos interessados. Entende, assim, que a *substitutividade* e a *declaratividade* são os dois elementos essenciais para se definir a jurisdição. A sua originalidade está em sustentar que essas características são diversas consequências de uma mesma causa, a qual se situa fora do processo, consistente na estrutura e no modo de ser da norma jurídica.

Nessa linha de convicção, a função jurisdicional é substitutiva porque o juiz não é o destinatário da norma jurídica que deve aplicar. Se a vontade da lei fosse dirigida ao juiz, não se poderia falar que ele se substitui aos particulares ao atuá-la. Como a norma de direito material se dirige aos cidadãos, a sentença declara a vontade da lei que se concretiza fora do processo.¹³⁹

Antes de passar à análise das consequências que Calamandrei retira dessas premissas é preciso fincar duas considerações.

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 296 ss.

¹³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Limite fra giurisdizione e amministrazione...*, p. 70.

A primeira é que as sementes de sua teoria estão presentes em Chiovenda. Este último pondera que compete ao juiz declarar existente uma vontade concreta de lei *concernente às partes*. E, quando acentua a natureza primária da atividade administrativa, assevera que a Administração Pública *julga* uma atividade própria, ao passo que a jurisdição é uma atividade secundária porque o juiz *julga* uma atividade alheia.¹⁴⁰ Mas Chiovenda não extraiu dessa ideia maiores repercussões,¹⁴¹ enquanto Calamandrei colocou a destinação da norma jurídica como baricentro de seu raciocínio.

A segunda consideração diz respeito à audácia de Calamandrei ao partir de uma controversa premissa para elaborar a sua teoria da jurisdição. Consoante demonstrou Rossi em livro publicado em 1924 – sete anos após a publicação do ensaio de Calamandrei –, há quem sustente que a norma jurídica se dirige: (i) unicamente aos órgãos estatais; (ii) exclusivamente aos cidadãos; (iii) diretamente aos órgãos estatais e indiretamente aos cidadãos; (iv) as de direito privado aos cidadãos e as de direito processual aos juízes e às partes; (v) o imperativo primário ao cidadão, e o imperativo secundário (sanção) às autoridades estatais.¹⁴²

Calamandrei não menciona essa polêmica, dando por suposto algo que estava – e ainda está – longe de ser pacífico. De toda forma, o jurista florentino retira algumas conclusões da tese de que onde não estiverem presentes os elementos da substitutividade e da declaratividade não há exercício da função jurisdicional.

Uma delas é que a atividade que o juiz realiza executando uma vontade da lei que lhe é dirigida se reconduziria ao âmbito da jurisdição voluntária, a qual –segundo a sua doutrina – teria natureza administrativa. Assim, quando o juiz atuasse uma norma processual relativa às partes haveria exercício de jurisdição. Mas, quando a vontade da lei se dirigisse ao juiz – o exemplo do autor é um incidente processual a respeito da necessidade de oitiva do Ministério Público –

¹⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 297 ss.

¹⁴¹ Ressalve-se apenas a afirmação, desprovida de maior relevo, de que os atos processuais preparatórios têm natureza jurisdicional apenas pelo escopo a que se coordenam: CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza*. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Vol. 2. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 416.

¹⁴² ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 21, nota n. 19.

, ele não acertaria um evento que já aconteceu, de modo que sua atividade não seria substitutiva e nem declaratória e, por conseguinte, não seria jurisdicional.

Outra conclusão que Calamandrei saca de suas premissas é que a sentença constitutiva resultaria da soma de uma atividade jurisdicional e de uma administrativa. Em seu primeiro momento lógico, naquele em que se declara o direito à modificação do estado jurídico, se teria jurisdição. Todavia, em seu segundo momento lógico, quando se transforma a situação jurídica das partes (ex: decreta-se o divórcio), se executaria uma vontade da lei da qual o juiz é o destinatário e, por isso, se exerceria atividade administrativa.

Por derradeiro, no caso das sentenças determinativas, não se poderia dizer que a atividade do juiz é substitutiva, já que ele seria o destinatário imediato da norma jurídica que lhe atribui discricionariedade para decidir o conflito. O juiz não declararia uma vontade de lei preexistente, senão completaria uma relação jurídica imperfeita, atuando, por conseguinte, no exercício de jurisdição voluntária.¹⁴³

1.4.4 Teorias sancionatórias da jurisdição

As teorias sancionatórias da jurisdição, a despeito de sua aproximação com as teorias finalística-objetivas, são uma tentativa de se explicar a jurisdição a partir de uma categoria estranha a estas últimas. Enquanto as teorias finalística-objetivas veem a função jurisdicional como um instrumento de atuação do ordenamento jurídico, as teorias sancionatórias trabalham apenas com o elemento secundário da norma jurídica, é dizer, com a sanção prescrita para o caso de descumprimento do preceito primário.

Ambas as teorias têm como pano de fundo a ideia de aplicação do Direito. Por essa razão, no quadro das teorias da jurisdição, elas são as que apresentam maiores afinidades. Prova disso é que Rossi¹⁴⁴ e Redenti,¹⁴⁵ principais defensores da vertente sancionatória, reconheceram essa aproximação.¹⁴⁶

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Limite fra giurisdizione e amministrazione...*, p. 67 ss.

¹⁴⁴ ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 169.

¹⁴⁵ REDENTI, Enrico. *Intorno al concetto di giurisdizione...*, p. 505.

¹⁴⁶ No sentido de que a posição de Redenti se reconduz à tese de que a jurisdição atua o direito objetivo: ALLORIO, Enrico. *Esecuzione forzata in genere*. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957, p. 242.

É importante perceber que o recorte operado no conceito de norma jurídica, a fim de trabalhar com a categoria da sanção, não é meramente semântico, pois traz à baila uma série de questionamentos. Se essa operação, por um lado, soluciona alguns problemas decorrentes das teorias finalística-objetivas, por outro, faz surgir novos. Ademais, Rossi e Redenti refutaram alguns dos alicerces da teoria chiovendiana, tais como substitutividade, a natureza concreta do direito de ação e a vontade da lei, o que confirma a impossibilidade de reuni-las em um gênero comum.

O traço diferenciador das teorias sancionatórias consiste em atribuir à jurisdição o escopo de aplicar a sanção cominada pelo direito objetivo para o caso de sua inobservância. A norma jurídica, segundo uma estrutura lógica aceita sem maiores controvérsias desde o início do século passado, é redutível a uma proposição hipotética¹⁴⁷ na qual se prevê um fato ao qual se conecta uma consequência (“Se F, então C”). A norma possui dois elementos: (i) o primário, que prescreve condutas proibidas, obrigatórias e permitidas; (ii) o secundário, que dispõe as consequências da ocorrência do suporte fático. Exemplificando, certificada a violação da proibição de causar dano a outrem (art. 186, CC) ou de matar alguém (art. 121, CP), cabe ao juiz aplicar a sanção cominada, respectivamente, ressarcimento dos danos e pena de reclusão.

A partir dessas premissas, Redenti afirma que a jurisdição contenciosa tem por fim a aplicação da sanção e, por conseguinte, é repressiva de um estado de coisas contrário ao Direito. Já na jurisdição voluntária a função exercida pelo juiz seria preventiva, uma vez que auxiliaria a atuação do direito objetivo no interesse de todos. Demais disto, a jurisdição voluntária assemelhar-se-ia à jurisdição contenciosa em virtude de seu *modus procedendi* e por se desenvolver perante o juiz, mas pela sua finalidade e conteúdo possuiria natureza administrativa. Com base nesse raciocínio, não é de espantar a sua conclusão no sentido de que na jurisdição voluntária o juiz *pode* ouvir, com *escopo informativo*, a parte com interesse contrário ao provimento requerido.¹⁴⁸

Não muito diverso é o pensamento de Rossi.

¹⁴⁷ No atual estado da teoria geral do direito é discutível se o Direito é formado apenas por juízos hipotéticos, não havendo situações nas quais há um juízo categórico, excluindo qualquer condição. Não é esta a sede adequada, contudo, para enfrentar este questionamento.

¹⁴⁸ REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile...*, p. 10-31.

Mas esse autor distancia-se do pensamento redentiano ao entender que a ação é uma *faculdade* atribuída ao titular de um direito subjetivo de requerer ao Estado, no caso de descumprimento da norma jurídica, a emanção de um provimento que garanta aquilo que deve acontecer a fim de que a sanção seja atuada. Sustenta, à semelhança dos teóricos imanentistas, que a ação é um elemento do direito subjetivo. Não se confundiria com o *direito processual de agir* no qual se afirma a titularidade da ação.¹⁴⁹

Neste último ponto, Redenti perfilha uma concepção mais moderna no sentido de que o direito de ação consiste na possibilidade de se obter uma pronúncia do Judiciário sobre uma demanda desde que apresentada na forma e modo previstos em lei. Adota a concepção abstrata da ação.

Trata-se, assim, de autores que sustentam teses equipolentes a respeito da jurisdição e teses antagônicas a respeito da ação. E nisso não se divisa qualquer incoerência.

Este ponto é interessante, pois evidencia que, a despeito das “irritações” entre os elementos que compõem a trilogia processual – jurisdição, ação e processo –, inexistente uma relação linear entre uma determinada teoria da(o) (i) ação (imanentista; autonomista; abstrata; concreta; eclética; etc); (ii) processo (contrato; relação jurídica; instituição jurídica; entidade jurídica complexa; situação jurídica; etc); (iii) jurisdição (finalística-objetiva; finalística-subjetiva; finalística-axiológica; sancionatória; orgânica; eficaz; mista).

É possível, sim, identificar linhas aproximativas. Mas jamais afirmar, por exemplo, que os autores autonomistas entendem que a finalidade da jurisdição é a aplicação do direito objetivo. Ou que a teoria que preconiza que o escopo da jurisdição é a tutela do direito subjetivo pressupõe uma visão imanentista da ação.

Como apontado, a teoria sancionatória resolve alguns dos problemas da teoria finalística-objetiva.

Assim, se a ideia de que a função jurisdicional tem por escopo a atuação do direito suscita perplexidades quando se pensa na natureza jurídica de um decreto regulamentar expedido pelo Executivo, soluciona-se o problema quando

¹⁴⁹ ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 99, 116, 179.

se tem em mente que, neste caso, não há aplicação de sanção e, por isso, não se pode falar em jurisdicionalidade.

Além do mais, Redenti e Rossi rejeitam o critério da substitutividade.

À vista da proibição do exercício arbitrário das próprias razões, a aplicação da sanção prevista na norma jurídica seria privativa do Estado. Ou seja, os atos levados a efeito pelo Estado-juiz para realizar o direito material teriam conteúdo diverso do comportamento devido pelo sujeito inadimplente, pois não tenderiam à atuação do preceito que deveria ter sido observado, senão de outro que se tornaria aplicável em virtude do descumprimento daquele preceito. Uma coisa é pagar, outra é expropriar o bem a fim de que, com o produto da alienação, satisfaça-se o exequente.¹⁵⁰

Ficaram sem resposta, no entanto, as hipóteses em que se admite a autotutela e, conseqüentemente, a sanção é aplicada através da reação do particular ofendido. Esse ato reativo tem natureza jurisdicional? Evidentemente que não.¹⁵¹

Nessa linha, em que pese a correção das críticas dirigidas à teoria finalística-objetiva, não se pode afirmar que a teoria sancionatória é mais adequada para analisar o *quidditas* da função jurisdicional. A sua inaptidão para explicar a tutela inibitória, a ação declaratória e as sanções aplicadas pelo Poder Executivo demonstram a fragilidade de seus alicerces.

A ideia de que a jurisdição tem um caráter repressivo é incapaz de explicar a tutela destinada a inibir a prática de um ilícito (art. 497, CPC), a qual é cabível em um momento anterior ao descumprimento do imperativo primário. Veja-se que, nesse caso, não se busca eliminar as conseqüências da violação de um preceito com um provimento repressivo, senão prevenir a violação do Direito.¹⁵²

Enquanto a tutela ressarcitória pressupõe a verificação dos requisitos do dever de indenizar, tais como dano e culpa, a tutela inibitória dispensa esses elementos, que apenas fazem sentido quando o fato antijurídico já ocorreu. Como o direito objetivo deve ser respeitado independentemente de a sua lesão

¹⁵⁰ REDENTI, Enrico. *Intorno al concetto di giurisdizione...*, p. 506; ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 255, nota n. 5.

¹⁵¹ SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)...*, p. 988.

¹⁵² DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 144.

causar dano – consequência meramente eventual do ilícito – ou do estado anímico dos particulares, o objeto litigioso da tutela inibitória consiste na mera probabilidade de um ato ilícito. Trata-se, portanto, de uma tutela preventiva da violação da norma jurídica, de modo que não se há que falar em aplicação de sanção pelo seu descumprimento. A cominação de eventual medida coercitiva na decisão ocorre para que não sobrevenha uma situação antijurídica, e não para sancionar uma conduta pretérita.¹⁵³

Além disso, o exercício da função jurisdicional é necessário ainda quando não haja qualquer violação ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, não se aplique qualquer sanção. A divergência das partes acerca da forma pela qual um conflito de interesses deve ser solucionado não significa que uma delas está a descumprir uma norma jurídica. O exemplo paradigmático é a ação declaratória, a qual prescinde de um ilícito, de sorte que a sentença declaratória não ostenta natureza sancionatória.¹⁵⁴

No entanto, Redenti e Rossi sustentam que a tutela declaratória também tem conteúdo sancionatório.

Para Redenti, a incerteza objetiva representa um estado de insatisfação do direito subjetivo. Assim, viola-se o direito de propriedade não apenas com o apossamento do bem, como também quando outrem se arvora em seu titular. Nessa linha de intelecção, existiria correlato ao direito de propriedade um dever genérico de toda a coletividade de reconhecimento dessa posição substancial de vantagem¹⁵⁵

De acordo com Rossi, existe implicitamente no ordenamento jurídico um preceito que comina uma declaração judicial em todos os casos em que ocorra um fato que dê lugar a incertezas graves acerca da existência de um direito subjetivo. E esse preceito geraria um direito subjetivo à certeza que é sancionado na ação declaratória.¹⁵⁶

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 478 ss.

¹⁵⁴ LESSONA, Carlo. *Manuale di Procedura Civile*. 6ª ed. Milano: Libreria, 1932, p. 2; RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale...*, p. 6; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Notas relativas al concepto de jurisdicción...*, p. 59; TORNAGLI, Hélio. *Instituições de Processo Penal...*, p. 220.

¹⁵⁵ REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile...*, p. 22.

¹⁵⁶ ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 120, nota n. 18.

Recorde-se o que ficou dito quando se analisou a tese de Wach e Chiovenda acerca da ação declaratória negativa: a certificação de que o réu não possui o direito alegado em juízo não significa afirmar uma situação jurídica de vantagem do autor.¹⁵⁷ É inadmissível a ideia de um conjunto infinito de relações jurídicas nas quais os indivíduos possuem direitos e obrigações de reconhecimento recíproco.¹⁵⁸

Um dado do direito positivo auxilia a elucidação desse ponto.

A teor do art. 20 do Código de Processo Civil, é cabível a ação declaratória antes da violação do direito. É cediço que, para se exercer a pretensão declaratória, é preciso ter interesse de agir, o qual a doutrina – acompanhando a lição de Chiovenda¹⁵⁹ – afirma que consiste em uma incerteza jurídica, objetiva e atual.¹⁶⁰ Nesta esteira, o estado de incerteza é uma condição da ação. Não se trata da questão de mérito da tutela declaratória. Dito de forma mais límpida, ao contrário do que entende Redenti, a incerteza jurídica não é um estado de insatisfação do direito subjetivo, senão uma questão processual. A incerteza, por conseguinte, não compõe o suporte fático de uma norma de direito substancial e, por conseguinte, não é sancionada na ação declaratória.

Por fim, basta ter os olhos rentes à realidade para colher inúmeros atos normativos que se dirigem ao Executivo como órgão de repressão de atos ilícitos. Como o princípio *nulla poena sine iudicio* é exclusivo do processo penal – o direito penal é um direito de *coerção indireta* –,¹⁶¹ a teoria sancionatória fica com um buraco quando se pensa nas sanções que a autoridade administrativa aplica quando uma norma administrativa é violada.¹⁶² Aliás, como Rossi e Redenti trabalham com um conceito de sanção em sentido amplo – consequência prevista no imperativo secundário –, um ato administrativo de

¹⁵⁷ WACH, Adolf. *La pretensión de declaracion...*, p. 29; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 49.

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale...*, p. 33; GALLI, Bindo. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 168.

¹⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 201.

¹⁶⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal...*, p. 85; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 265-266.

¹⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

¹⁶² LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 24; TORNAGLI, Hélio. *Instituições de Processo Penal...*, p. 220; OLIVI, Beniamino. *Note sul concetto di giurisdizione...*, p. 51.

concessão de aposentadoria teria natureza jurisdicional, o que, evidentemente, não faz o menor sentido.¹⁶³

1.4.5 Teorias finalística-subjetivas da jurisdição

As teorias finalística-objetivas da jurisdição relacionam-se com um determinado modo de ver a relação Estado e sociedade. Trata-se de uma leitura na qual predomina a ideia de que ao Legislativo cabe estabelecer normas gerais e abstratas, ao Executivo compete a persecução do interesse público e ao Judiciário a atuação do direito objetivo. Lei, ato administrativo e sentença têm como paradigma o Estado. Nessa toada, o direito de ação é o meio para se deflagrar o processo. Esse, por sua vez, é o instrumento da jurisdição, a qual, de sua parte, ratifica a autoridade do ordenamento. E o ordenamento jurídico é o instrumento do qual se vale o Estado para afirmar a sua soberania.

Não é difícil perceber que o homem está fora desse cenário. Recebe, quando muito, um papel coadjuvante no momento de sua deflagração. Ele ativa o circuito, mas depois é ignorado. E, quando se trata de direitos indisponíveis, nem isso se pode dizer. O Estado criou o Ministério Público e dotou-o de legitimidade extraordinária para fazer valer em juízo os direitos indisponíveis do indivíduo.

As teorias finalística-subjetivas da jurisdição assemelham-se por retirar o homem do ostracismo na forma de se compreender o sentido, justificação e alcance da jurisdição no Estado de Direito. Assim como se passa em relação às teorias finalística-objetivas, não há uniformidade no modo de se inserir o homem no centro de cogitações da função jurisdicional. Mas o denominador comum das teorias subjetivas é a rejeição ao estatalismo.

Contudo, isso não significa preconizar que no processo o juiz deva assistir passivamente ao duelo judiciário ou ao império da vontade das partes (*“Sache der Parteien”*). Ser contra o paradigma estatalista não importa em negligenciar a dimensão publicística do processo. A aplicação da lei, seja civil ou criminal,

¹⁶³ No sentido de que a função dos órgãos administrativos de infligir a sanção administrativa é a mesma função exercida nos tribunais, embora essa seja chamada de “judiciária” e aquela de “executiva”: Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, p. 392.

transcende os interesses das partes. Em uma sociedade pautada pelo princípio da legalidade todos têm interesse em que os direitos sejam observados e que os ilícitos sejam punidos. Diante disso, Estado, sociedade e mercado são interessados na forma como as controvérsias são solucionadas pelos diversos sistemas de administração de justiça.¹⁶⁴

A adoção da teoria finalística-subjetiva não significa, *ergo*, um retorno ao privatismo romano, ao *laissez-faire* processual do Estado Liberal ou desconsiderar que o modo como os juízes atuam é importante para a solidificação do tecido social, o bem-estar dos cidadãos e o progresso da economia. Disso decorre um núcleo publicístico do processo que é intangível pela autonomia da vontade das partes.

1.4.5.1 A teoria imanentista da ação e a tutela dos direitos subjetivos

Em um momento incipiente da ciência processual prevaleceu a teoria *imanentista* da ação, segundo a qual a ação é o direito subjetivo armado para reagir contra a sua agressão. Em virtude desse vínculo entre direito processual e direito material, afirmou-se que a tutela dos direitos subjetivos era o escopo da jurisdição.¹⁶⁵

Essa ideia foi abalada quando se passou a sustentar a autonomia da ação face ao direito substancial. Amparado na doutrina de Wach acerca da autonomia da pretensão declaratória, Chiovenda colocou à base de sua doutrina a separação entre o direito de ação e o direito material. Frisou, assim, que a proteção ao direito é o objetivo do autor, mas que o processo tem o escopo de atuação da vontade concreta da lei. Nesse contexto, a ação não é um elemento do direito substancial deduzido em juízo, senão o poder de estabelecer as condições necessárias para que o juiz atue o ordenamento jurídico. A percepção de que o direito de ação é autônomo em relação ao direito material não

¹⁶⁴ “Ciò dimostra in ogni caso l’interesse dello Stato ad esplicitarla, giachè è fine dello Stato la soddisfazione degl’interessi generali del proprio popolo e soprattutto la realizzazione di quelle condizioni, che sono essenziali per la vita sociale (sicurezza, ordine, libero e ordinato svolgimento della vita stessa ecc.) e che il diritto mira appunto ad assicurare”. (RANELLETTI, Oreste. *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione...*, p. 11).

¹⁶⁵ von SAVIGNY, Friedrich Karl. *Antologia di scritti giuridici...*, p. 216; MATTIROLLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano...*, p. 9; COVIELLO, Nicola. *Manuale di Diritto Civile Italiano...*, p. 480 ss.

significou, porém, conforme será visto no próximo tópico, que as teorias subjetivas da jurisdição tenham sido enterradas.

1.4.5.2 A justa composição da lide

A influência de Carnelutti na processualística brasileira é notável.

Parece até mesmo que ele fez mais escola no Brasil do que na Itália. Isso, por vários motivos. Decerto porque, contemporaneamente, Chiovenda reuniu em torno de si um grupo de renomados discípulos inclinados a divulgar o método sistemático. Fundamental, também, foi a refutação ao conceito de lide oriunda de juristas do porte de Piero Calamandrei, Francesco Invrea, Giulio Paoli e Nicola Jaeger.

Não se pode esquecer que a personalidade arisca de Carnelutti não ajudava. É conhecida a passagem de sua *postilla* a um ensaio de Liebman, à época no verdor da mocidade, sobre a natureza jurídica do título executivo, em que adota um tom áspero e chega a se lamentar por ter perdido tempo escrevendo a réplica.¹⁶⁶ É verdade que Carnelutti, ao lado de Calamandrei e Redenti, integrou a comissão de juristas responsáveis pela elaboração do código processual italiano de 1940. Mas aí lhe coube um papel menor: o conceito de lide – núcleo duro de sua doutrina – foi rejeitado, tendo influenciado apenas a parte do processo de execução.¹⁶⁷

Antes de abordar o conceito de lide, é preciso fazer um esclarecimento.

A lide era considerada o objeto do processo à época do direito romano.¹⁶⁸

O que Carnelutti fez foi aperfeiçoar esse instituto e colocá-lo à base da Teoria

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. Titolo esecutivo e scienza del processo (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 11, I, 1934, p. 159.

¹⁶⁷ Para uma inserção do pensamento carneluttiano dentro da escola italiana de processo: ALLORIO, Enrico. Il “sistema” del Carnelutti. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957, p. 585-615; CALAMANDREI, Piero. Sul sistema e sul metodo di Francesco Carnelutti. *Studi sul Processo Civile*. Vol. 5. Padova: CEDAM, 1947, p. 129-145; TARELLO, Giovanni. Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926. In: *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto procesuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 215-239; TARELLO, Giovanni. Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 61, 1986, p. 498-503; DENTI, Vittorio. Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile. *Revista de Processo* n° 83, jul.-set./1996, p. 102 ss.

¹⁶⁸ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 75.

Geral do Processo.¹⁶⁹ Além disso, ao atribuir primazia à lide, Carnelutti ocupou um lugar de vanguarda ao destronar a ação do centro gravitacional do Direito Processual.

Não se deve perder de vista que os únicos que deram relevância às teorizações sobre o direito de ação foram os alemães – e, a partir desses – os italianos – e, a partir desses, – os latinos. Um autêntico efeito em cascata. Nos demais países, notadamente no *common law*, as investigações a respeito da natureza jurídica da ação ocupam, quando muito, um papel marginal. Deveras, prevalece um enfoque pragmático e não consta que o processo desses países tenha padecido qualquer dano em virtude dessa lacuna.

Nessa trilha, a partir de meados do século XX percebeu-se que a ação era um assunto etéreo e desvinculado do direito positivo. É inócuo debater se a ação é um direito autônomo ou uma tutela que integra a couraça do direito subjetivo, se é um direito abstrato ou concreto, se se dirige contra o Estado, o juiz ou o réu. Essas discussões são praticamente irrelevantes e conceber a ação de uma forma ou de outra não repercute positiva ou negativamente na efetividade da tutela jurisdicional.¹⁷⁰

Ainda que o conceito de lide seja de conhecimento cursivo, rememore-se que, para Carnelutti, o escopo do processo é a *justa composição da lide*, a qual consiste no conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O que se deve entender por pretensão, resistência e interesse?¹⁷¹

Pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. É um ato, uma manifestação de vontade, e não um poder ou direito. Essa declaração pode ou não estar amparada pelo ordenamento jurídico, de modo que há pretensão com (*pretensão fundada*) e sem direito material (*pretensão infundada*).

Resistência também é um ato jurídico, o qual pode se manifestar através de uma contestação, a qual, à semelhança da pretensão, é uma declaração, ou através de uma lesão da pretensão. No primeiro caso se fala de lide de pretensão contestada e no segundo de lide de pretensão insatisfeita.

¹⁶⁹ COLESANTI, Vittorio. Studi tedeschi per una parte generale del diritto processuale. *Jus* n. 8, 1957, p. 438.

¹⁷⁰ ALLORIO, Enrico. *Riflessioni sullo svolgimento...*, p. 202.

¹⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Tomo 1. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1942, p. 7 ss.

Interesse é a relação existente entre o homem e um bem, a posição favorável à satisfação de uma necessidade. O objeto do interesse é um bem, o qual é tudo aquilo que, de algum modo, satisfaz uma necessidade do homem.

Para Carnelutti, a lide não se confunde com *contradição*. Essa é um indício daquela, mas não é condição necessária nem suficiente. Não é condição necessária, pois está em lide com o credor o devedor inadimplente que não contesta a obrigação. E tampouco é condição suficiente, na medida em que não há lide, por exemplo, entre o genitor e o filho pródigo que contesta a ação de interdição, já que entre ambos há apenas um contraste de valorações do mesmo interesse, qual seja, a proteção do réu.

Por derradeiro, a lide não deve ser confundida com o processo. Este contém aquela, de forma que a relação entre ambos é de continente e conteúdo. Sem a lide, o processo é como uma tela sem o quadro. A *contentio inter partes* é um pressuposto do processo. Se não houver conflito de interesses (elemento material da lide), ou se houver conflito sem pretensão ou resistência (elementos formais da lide), não há que se falar em jurisdição. Por isso, no caso do *processo sem lide* (v.g., jurisdição voluntária) o juiz exerceria uma função administrativa. Do que se conclui que a lide existe antes do processo como sua razão de ser e, depois de ajuizada a ação, como o seu objeto.¹⁷²

1.4.5.3 A tutela de direitos como fim do processo civil no Estado constitucional

A corrente que sustenta a tutela de direitos como fim do processo encontra em Daniel Mitidiero um de seus principais expositores.¹⁷³

Mitidiero afirma que é preciso transcender o instrumentalismo em prol de uma quarta fase metodológica, a qual ele em um primeiro momento – amparando-se em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – denominou de *formalismo-valorativo* e, após, chamou de *processo civil no Estado Constitucional*. A ideia

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. V, 1928, p. 99 ss.

¹⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 25-53; A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. *Revista de Processo* n. 229, mar./2014, *passim*.

central de sua tese é que o Direito Processual Civil não pode se estruturar em torno do conceito de jurisdição, pois esse instituto (i) denota uma visão unilateral do fenômeno processual; (ii) é pouco favorável à implementação dos direitos fundamentais; (iii) negligencia a dimensão participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional.¹⁷⁴

Com base nessa premissa, Mitidiero sustenta que o Estado Democrático de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, exige que o escopo do processo civil seja a efetividade dos direitos proclamados pelo ordenamento jurídico. Nessa ordem de convicções, a colocação da tutela dos direitos como fim do processo corresponde, no plano processual, à proeminência reconhecida ao homem diante do Estado no plano constitucional. Em função disso, a centralidade metodológica deve recair sobre o conceito de processo e a sua finalidade não é a atuação do ordenamento jurídico, senão dar tutela aos direitos subjetivos.¹⁷⁵

Conforme será destacado no capítulo 7, Mitidiero deu um passo fundamental ao teorizar o processo a partir da pessoa humana e não do Estado. Por ora, cabe fazer duas considerações.

O primeiro ponto que chama a atenção é a sublimação da categoria processo. Segundo Fenech, esse conceito tem um *conteúdo proteico*. Não se trata de um termo técnico e tampouco limitado à ciência processual. Existem processos naturais (cósmicos, geológicos, patológicos) nos quais a vontade do homem é irrelevante.¹⁷⁶ E existem *processos intencionais* nos quais, em vez de forças naturais, é a vontade do homem que age para seu início, desenvolvimento e conclusão.

¹⁷⁴ No sentido de que o formalismo-valorativo “complementa o instrumentalismo, mas não o supera”, apresentando-se como “uma proposta de radicalização do princípio do contraditório”: ATAÍDE JR., Vicente de Paula. Os estágios metodológicos no Direito Processual Civil. In: CAZZARO, Kleber (org.). *Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal. Em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier*. Erechim: Deviant, 2017, p. 293. Igualmente: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). *Revista de Processo* vol. 293, jul./2019, p. 44.

¹⁷⁵ De opinião semelhante: LESSONA, Carlo. *Manuale di Procedura Civile...*, p. 53; DENTI, Vittorio. *La giustizia civile. Lezione introduttive*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 115-117; FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione...*, p. 35-46; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 240.

¹⁷⁶ Destacando que nem só no Direito ou nas ciências sociais existem processos: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil...*, p. 13.

Nessa última categoria, existem processos metajurídicos (externos e internos) e jurídicos. Os *processos intencionais jurídicos* podem ser privados ou públicos a depender da natureza da norma jurídica que o disciplina. O *processo intencional jurídico público* incide sobre a função legislativa, administrativa ou jurisdicional, de modo que se pode falar, respectivamente, em processo intencional jurídico público legislativo, processo intencional jurídico público administrativo e *processo intencional jurídico público jurisdicional*. Por fim, é possível ainda dividir esse último conforme o ramo do direito substancial aplicado, de sorte que se pode estudar o *processo intencional jurídico público jurisdicional civil*, o *processo intencional jurídico público jurisdicional penal*, o *processo intencional jurídico público jurisdicional tributário* etc.¹⁷⁷

Ao se mirar a obra de Mitidiero a primeira indagação que surge diz respeito a qual dessas manifestações do processo ele se refere. E a resposta foi dada: o fim do *processo civil* no Estado Constitucional é a tutela dos direitos. Em outros termos, está-se a tratar daquilo que Fenech denominou *processo intencional jurídico público jurisdicional civil*.

Ocorre que é impossível se colocar a tutela dos direitos como fim do *processo intencional jurídico público jurisdicional penal*. A categoria do direito subjetivo não se aplica para esse tipo de processo, o qual julga a pretensão punitiva à revelia de arquétipos do direito privado.¹⁷⁸ No direito italiano, por sua vez, a distinção entre a jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa se dá com base nas categorias direitos subjetivos e interesses legítimos. Nesse sistema, assim, o fim do *processo intencional jurídico público jurisdicional administrativo* seria a proteção dos interesses legítimos.

Por esses motivos, não é possível se falar que o fim do *processo intencional jurídico público jurisdicional* é a tutela dos direitos. De resto, se cada processo tem a sua própria finalidade (direito subjetivo, pretensão punitiva, interesse legítimo etc.), parece claro que o enfoque na categoria processo

¹⁷⁷ FENECH, Miguel. *Note introduttive allo studio del diritto processuale...*, p. 301-304.

¹⁷⁸ No sentido de que o conceito de jurisdição como atividade reintegrativa de direitos exclui o processo penal na medida em que inexistente um direito subjetivo de punir: VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 314; OLIVI, Beniamino. *Note sul concetto di giurisdizione...*, p. 47; BETTI, Emilio. *Ragione e azione...*, p. 214; RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale...*, p. 6. Contra: ROCCO, Arturo. Sul concetto del diritto subiettivo di punire. In: *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Ulrico Hoepli, 1905, p. 510.

inviabiliza a compreensão unitária do fenômeno processual e, *a fortiori*, a funcionalidade de uma Teoria Geral do Processo.

A segunda observação independe da primeira e decorre do fato de que nem sempre o fim do processo civil é a tutela de um direito subjetivo. Não se trata de enveredar aqui pelo labirinto da existência do fenômeno da sentença injusta, cuja admissibilidade, em termos teóricos, pressupõe que se parta da teoria dualista do ordenamento jurídico.

O caso paradigmático de jurisdição sem direito subjetivo é o julgamento de procedência da ação declaratória negativa, em que, conforme se registrou, não há uma relação de direito material subjacente ao processo. Ademais, a tese de que a jurisdição tem como fim a tutela de direitos não explica a função exercida pelo juiz na hipótese de julgamento de improcedência. Trata-se, bem vistas as coisas, de duas faces da mesma moeda: assim como o julgamento de procedência da ação declaratória negativa não certifica um direito subjetivo do autor, o julgamento de improcedência de uma ação condenatória não declara um direito subjetivo do réu.¹⁷⁹

1.4.6 Teorias Finalística-Axiológicas

Julgar, na sociedade medieval, não significava apenas aplicar a norma jurídica à controvérsia, senão fazer justiça, de forma que o critério para a decisão poderia emergir da consciência do juiz, sem necessidade de se obedecer às regras positivadas.¹⁸⁰

Ainda hoje, célebres cultores da ciência processual preconizam que o escopo da jurisdição consiste em promover a pacificação social com justiça. Diz-se, primeiramente, que a justiça é o fim supremo do Direito. Após, afirma-se que a justiça é o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional. Com um apelo emocional, sustenta-se que o juiz é a encarnação da justiça, de maneira que a retificação da injustiça plasmada na lei, por parte do juiz, é um poder inseparável da função judicante. A lei injusta não seria uma lei.¹⁸¹

¹⁷⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Notas relativas al concepto de jurisdicción...*, p. 45.

¹⁸⁰ MARONGIU, Antonio. Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice. *Jus* vol. 5, 1954, p. 403.

¹⁸¹ FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción...*, p. 82.

Resumidamente, o processo seria um instrumento ético de realização de justiça e, por conseguinte, o juiz deveria se afastar de uma observância cega da lei vigente, quando essa fosse injusta.¹⁸²

Segundo Tesheiner, a ideia de que o direito ao processo envolve o direito a uma decisão justa não deve receber nenhum reparo de um ponto de vista ideal, utópico e retórico. Ocorre que, no mundo dos fatos, o processo não é um instrumento de realização da justiça. Pode haver má apreciação da prova, pode ocorrer que o juiz interprete mal o Direito aplicável, pode ser, ainda, que a norma jurídica que discipline a controvérsia seja injusta. Por isso tudo, o processo é apenas um instrumento de regulação da vida social.¹⁸³

Nodal ter em perspectiva que, hodiernamente, vive-se em uma sociedade plural em que há uma miríade de pré-compreensões, de modo que diversas cosmovisões – algumas absolutamente conflitantes – coabitam o mesmo espaço-tempo. Nesta moldura de fragmentação axiológica, as pessoas não compartilham necessariamente as mesmas concepções de moralidade e há uma miríade de perspectivas sobre o justo. A justiça é um conceito variável, fluído e, por vezes, perverso.¹⁸⁴

Cada época, cada sociedade e cada membro da sociedade tem seu conceito de justiça, resultado da adaptação de valores genéricos (*ex: neminem laedere*) às condições sociais de cada momento e lugar. Efetivamente, é difícil identificar na sociedade contemporânea ideais de justiça universalmente compartilhados. Por essa razão, a atenção passou a se concentrar mais sobre os procedimentos que permitem determinar o conteúdo da justiça do que com esse conteúdo propriamente dito.¹⁸⁵

¹⁸² GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 34; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...*, p. 84. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017, p. 60; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social. Revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002 p. 56; CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69.

¹⁸³ TESHEINER, José Maria Rosa. Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo. *Revista da Ajuris* n. 110, jun./2008, p. 194.

¹⁸⁴ PAUPÉRIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 59.

¹⁸⁵ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli: 2005, p. 287.

A teoria finalística-axiológica da jurisdição, a despeito de bem-intencionada, legitima a arbitrariedade judicial, na medida em que autoriza que o critério de decisão seja um sentimento subjetivo em relação ao justo. A justiça deve ser uma aspiração do legislador. Mas daí não se pode partir para a afirmação de que o juiz pode qualificar uma lei como injusta e, com base nisso, desaplicá-la.¹⁸⁶

O juízo, por meio do qual uma lei é compreendida como injusta, não pode ser emitido com a pretensão de excluir a possibilidade de um juízo em sentido contrário. A justiça absoluta é um ideal irracional.¹⁸⁷ A resposta sobre qual a solução justa para um caso concreto tem sempre o caráter de um juízo de valor e, conseqüentemente, é relativa. Para obviar esse estado de coisas, a lei traz o padrão de justiça em abstrato a ser aplicado. Como é impossível aferir o justo com base em considerações racional-científicas, as valorações do Legislativo devem ser observadas pelo Judiciário.

Observe-se, ainda, que é conforme à justiça que uma norma jurídica seja aplicada a todos os casos em que os fatos se subsumam na *fattispecie* legal, e é injusto que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro análogo. Esse é, como facilmente se intui, um argumento que conspira a favor dos precedentes vinculantes. Assim como a substituição de um critério externo por um critério interno de juridicidade gera um quadro de impressionismo judicial e, conseqüentemente, uma aplicação injusta do Direito, a substituição da *ratio decidendi* fixada por um tribunal de cúpula pelo critério jurídico do juiz do caso fomenta a anarquia judiciária. Em suma, sentença justa é aquela que observa as normas postas pelo Legislativo e pelos tribunais incumbidos da uniformização do Direito.¹⁸⁸

A forçada conclusão, assim, é que a teoria da jurisdição pautada em argumentos metajurídicos não passa de um *topos*. Na peremptória assertiva de

¹⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 154.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23 ss.

¹⁸⁸ AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 126.

Eros Grau: “Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!*”¹⁸⁹

1.4.7 A incoerência das posições híbridas

As teorias a respeito da jurisdição colocam o estudioso em uma situação delicada. Juristas de assento e sobremão contribuíram para o tema com diferentes abordagens e, por isso, as escolhas são trágicas.

É comum, assim, que se faça um *blend* de Allorio, Chiovenda e Carnelutti no sentido de que a jurisdição seria a função que atua a vontade concreta da lei na composição dos conflitos de interesses mediante decisão com autoridade de coisa julgada. Mas o que mais se observa é a comistão das teorias finalísticas objetiva e subjetiva:¹⁹⁰ a jurisdição consistiria na aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa.¹⁹¹

Desse modo, após adotar premissas teóricas de fundo chiovendiano – atuação do direito objetivo, substitutividade e declaratividade –, parcela da doutrina infiltra no conceito de jurisdição a composição da lide, marca do pensamento carneluttiano. Sem embargo, estão longe se ser escolásticas as implicações dessas teorias.¹⁹²

É impossível descrever todas as consequências decorrentes das diversas formas de se ver a relação entre Estado/sociedade, partes/juiz e direito material/direito processual. Sem qualquer pretensão de exaustividade, serão alinhavadas as seguintes distinções entre a teoria finalística-objetiva encampada

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19.

¹⁹⁰ Contribuiu para isso o fato de Liebman ter dito que as definições de Chiovenda e Carnelutti são complementares: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile...*, p. 4.

¹⁹¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 34; FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 29; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 100; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 28; DINAMARCO Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1...*, p. 453; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 91; LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 29; TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil...*, p. 8; BERMUDEZ, Sergio. A função jurisdicional no Brasil. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 305; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial...*, p. 241-243; PADUANI, Célio César. *Natureza jurídica da jurisdição...*, p. 2; PANCOTTI, José Antonio. *Institutos Fundamentais de Direito Processual...*, p. 76.

¹⁹² TARELLO, Giovanni. *Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana...*, p. 501; ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957, p. 168.

por Chiovenda e a teoria finalística-subjetiva adotada por Carnelutti: (i) publicismo e privatismo; (ii) teoria dualista e teoria unitária do ordenamento jurídico; (iii) lógica cognitivista e não-cognitivista de aplicação do direito; (iv) princípio da oralidade e princípio da elasticidade; (v) natureza cogente ou dispositiva das normas processuais; (vi) princípio da oficialidade e princípio dispositivo; (vii) princípio da comunhão de prova e princípio da alegação probatória da parte *cui interest*.

Antes de mais nada (i), firme-se que o pensamento de Chiovenda é uma sublimação quase mística da concepção publicística de processo. Não é de se espantar, assim, que 131 dos 231 artigos do seu projeto de código de processo civil (*Progetto per il dopo guerra*) refiram-se à codificação austríaca de 1895 da lavra de Klein.¹⁹³ Não se olvide, ainda, a sua admiração pela reforma social do processo preconizada por Menger.¹⁹⁴

De sua parte, Carnelutti está longe de ser um publicista. Com razão, Denti sublinhou que a ideia de lide não esconde o fundamento privatístico de sua concepção do Direito Processual.¹⁹⁵ É o conflito intersubjetivo de interesses, não a atuação do direito objetivo, o escopo da jurisdição. O Estado-juiz, assim, mais do que uma sentinela do Estado-legislador, serve para a satisfação de pretensões individuais. Não menos certa é a ponderação de Allorio ao ponderar que na obra carneluttiana colhe-se uma resistência às diretrizes publicísticas do processo.¹⁹⁶

Além disso (ii), Chiovenda adota a teoria dualista do ordenamento jurídico para afirmar que a sentença declara a vontade de lei que se torna concreta antes

¹⁹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda...*, p. 561.

¹⁹⁴ Acerca dos poderes processuais do juiz no pensamento do professor da Universidade de Viena – elogiado por Chiovenda no ensaio *Le riforme processuale e le correnti del pensiero moderno* – veja-se a seguinte passagem: “Questo complicatissimo aparato riuscirebbe meno pregiudicevole ai poveri nel far valere e nel difendere i proprii diritti, ove al giudice fosse concesso di intervenire autonomamente nell’amministrazione della giustizia civile. (...) Anzitutto si dovrebbe obbligare il giudice civile ad istruire gratuitamente ogni cittadino, specialmente il povero, sul diritto vigente, nonchè di aiutarlo altresì nell’assicurazione dei suoi diritti privati. (...) Concedendo al ricco di farsi rappresentare in causa da un avvocato, il giudice dovrebbe stabilire un equilibrio fra le parti assumendo la rappresentanza della parte povera”. (MENGER, Antonio. *Il diritto civile e il proletariato*. Trad. Giuseppe Oberosler. Torino: Fratelli Bocca, 1894, p. 24/27).

¹⁹⁵ DENTI, Vittorio. *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile...*, p. 103.

¹⁹⁶ ALLORIO, Enrico. *Il “sistema” del Carnelutti...*, p. 597.

do processo.¹⁹⁷ Significa dizer que a norma substancial incide, à semelhança de uma descarga elétrica, no momento em que ocorre no mundo real o fato previsto na norma.¹⁹⁸

Carnelutti encampa a teoria unitária do ordenamento jurídico e, por conseguinte, faz uma leitura oposta da relação entre direito e processo. A lei é um produto jurídico inacabado que, para se aperfeiçoar, carece do acordo das partes ou da intervenção do juiz. O texto normativo traz, nessa perspectiva, um projeto de disciplina da conduta humana que se completa com a sentença. Por isso, a norma abstrata se concretiza na decisão judicial, a qual integra o ordenamento jurídico. Em suas palavras, o fenômeno jurídico é um *círculo* que apenas se fecha com o comando judicial. É sem espanto que se deve ler a sua afirmativa no sentido de que *dicere ius* e *facere ius* são, no fundo, a mesma coisa. E, coerentemente, sustenta que, mesmo em seus efeitos puramente declaratórios, o *processo serve a formar o direito*.¹⁹⁹

É preciso, outrossim, afastar duas interpretações equivocadas.

A justa composição da lide, para Carnelutti, não significa adesão à escola do direito livre então em voga na Alemanha. Decidir de forma justa é decidir de acordo com a lei ou, quando o ordenamento jurídico autorizar, segundo a equidade.

É importante perceber, ainda, que é reducionista a tese segundo a qual a composição da lide conforme o Direito resulta, em última análise, em encampar a teoria finalística-objetiva. Para evidenciar como essa ideia é capciosa basta inverter os termos da equação. Como nenhum objetivista jamais defendeu que a atuação da lei ocorre de modo pacífico, senão em situações litigiosas, ele também seria um adepto da teoria finalística-subjetiva. É claro, porém, que isso não faz o menor sentido. Obvia-se esse argumento, ainda, ao se recordar a

¹⁹⁷ Destacando que, para Chiovenda, as funções de criar a norma e de aplicar a norma são dois entes separados: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda...*, p. 46; ROSE, Cristianne Fonticelha de. O conceito de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 95.

¹⁹⁸ Em virtude da adoção da teoria dualista do ordenamento jurídico, Chiovenda diverge de Bülow a propósito da interpretação judicial: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 35. Acerca do pensamento do jurista alemão a respeito da natureza criativa da jurisdição: von BÜLOW, Oskar. *Legge e ufficio del giudice...*, p. 204.

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Saggio di una teoria integrale dell'azione. In: *Questioni sul processo penale*. Bologna: Cesare Zuffi, 1950, p. 121; CARNELUTTI, Francesco. *Scuola italiana del processo...*, p. 234.

assertiva de Carnelutti no sentido de que se deve evitar o baralhamento dos fins com o meio do processo: a atuação do direito objetivo é o *meio*, não o fim da jurisdição.²⁰⁰

Ademais (iii), a partir da teoria dualista do ordenamento jurídico, Chiovenda preconiza uma lógica formal-subsuntiva de aplicação do Direito. Carnelutti, por sua vez, afirma que a ciência jurídica, resolvendo o julgamento no silogismo, mostra estar fundada sobre a ignorância.²⁰¹

Note-se, outrossim, (iv) a estreita afinidade entre o publicismo processual e o princípio da oralidade – caríssimo a Klein e Chiovenda –, na medida em que ambos atribuem um relevante papel ao juiz na direção formal do processo.²⁰² Não obstante a existência de manifestações esparsas a favor da oralidade, Carnelutti foi um ardoroso defensor do princípio da elasticidade, o qual diz respeito à adequação do processo à lide de modo a permitir que a sentença julgue a integralidade do conflito de interesses.²⁰³ Ainda que o ponto não possa ser aqui enfrentado, é manifesta a distinção entre o princípio da oralidade e o princípio da elasticidade em termos de estabilização objetiva da demanda.

Além do mais (v), o publicismo de Chiovenda o levou a sustentar a natureza cogente das normas processuais,²⁰⁴ ao passo que Carnelutti era receptivo ao reconhecimento da natureza disponível de algumas normas processuais.

Ainda como uma decorrência das distintas premissas adotadas (vi), Chiovenda era favorável ao princípio do impulso oficial,²⁰⁵ ao passo que Carnelutti fez inúmeras concessões ao princípio dispositivo na direção da marcha processual.²⁰⁶

Para encerrar a descrição das diferenças práticas que decorrem das premissas teóricas de Chiovenda e Carnelutti, aponte-se que o fim de atuação

²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano...*, p. 17. Como adverte Allorio: “Ma con le reciproche concessioni non si risolve niente; se v’è una materia non transigibile, è proprio questa”. (ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata...*, p. 176). De outra opinião: SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)...*, p. 987.

²⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al giudizio. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 4, I, 1949, p. 169; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 213.

²⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 677 ss.

²⁰³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo...*, p. 156 e 207.

²⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 102.

²⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 761.

²⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo...*, p. 159.

do direito objetivo levou Chiovenda a encampar o princípio da comunhão da prova, de molde a ser processualmente irrelevante qual parte a traz para o processo (vi). Por outro lado, para Carnelutti o juiz não pode pôr como base de sua decisão um fato que não foi afirmado pela parte a quem ele beneficia (*cui interest*). Assim sendo, se uma parte confessa, é preciso que a outra peça para o juiz levar essa prova em consideração.

É claro que as divergências entre Chiovenda e Carnelutti vão muito além das acima mencionadas. Mas essas contraposições são suficientes para revelar com cartesiana evidência que existem implicações filosóficas, metodológicas e práticas ao se adotar uma determinada teoria. Não adianta, a vida é feita de escolhas e renúncias. Como disse Fernando Pessoa, não é possível se escrever o mesmo poema para homens e deuses.

CAPÍTULO 2: CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DA JURISDIÇÃO

A doutrina vale-se indistintamente das expressões “características”, “atributos” e “princípios” da jurisdição quando aborda um conjunto variado de elementos identificadores, normas jurídicas e axiomas que se reputam aplicáveis à jurisdição. Por vezes, ainda, aquilo que mais adequadamente se relaciona com um princípio processual *lato sensu* é tratado como princípio específico da jurisdição. Não há uniformidade conceitual e tampouco rigor terminológico no trato do tema.²⁰⁷

A rigor, as características de um instituto não se confundem com as normas que o disciplinam. Identificar as características da jurisdição significa distinguir, segundo sua natureza e fins, as marcas de sua individualização. Característica é aquilo que, caso suprimido, desnatura o instituto por ela conotado.²⁰⁸

Por outro lado, ao se falar em princípios, não se pode perder de vista o fecundo debate havido no Direito Público nas últimas décadas a respeito da distinção entre regras e princípios. Atualmente, é pacífico que os princípios, ao lado das regras, são uma espécie de norma jurídica. Trata-se de comandos deônticos, não de meros conselhos.

²⁰⁷ Veja-se, por exemplo, o termo usado para se referir ao fato de que o processo depende de iniciativa da parte. Para Afrânio Silva Jardim, trata-se de uma *característica* da função jurisdicional (JARDIM, Afrânio Silva. *Notas sobre a teoria da jurisdição...*, p. 33). Albuquerque Rocha, por sua vez, afirma que se trata de uma *nota distintiva* (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo...* p. 90). Tesheiner, de sua parte, sustenta que se trata de um *princípio processual*, o qual aborda junto com outras categorias que não se relacionam diretamente com a jurisdição, tais como o princípio da licitude das provas, o princípio da cooperação e o princípio da motivação (TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo. Em conformidade com o Novo CPC. 2ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72). Por fim, Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra aludem à inercia seja no capítulo em que tratam das *características*, seja no capítulo em que enfrentam os *princípios* da jurisdição (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo...*, p. 142-149).

²⁰⁸ SCARPELLI, Umberto. *Il problema della definizione e il concetto di Diritto*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1955, p. 15-33.

Ocorre que, a partir daí, grassa uma desarmonia de orientações que ainda está longe de sedimentação.

É conhecida a tese de Alexy no sentido de que os princípios funcionam como um *mandado de otimização* que pode ser realizado em maior ou menor grau, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁰⁹

Não menos renomada é a teoria de Dworkin, para quem os princípios operam em uma *dimensão de peso*, ao passo que as regras obedecem à lógica do “tudo ou nada”.²¹⁰

Foge aos escopos deste trabalho tomar posição nesse debate. Adota-se, à vista da sua larga aceitação na doutrina, o conceito proposto por Ávila: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”²¹¹

Nessa esteira, seria salutar um trabalho analítico de discriminação dos fenótipos daquilo que se considera uma norma jurídica reguladora do sentido, interpretação e alcance da jurisdição. Melhor seria, ainda, que esse trabalho diferenciasse quais são as normas-regra e as normas-princípio que regem a jurisdição. Como ambas são espécies normativas que possuem um distinto modo de atuação, é importante saber de que modo o comando deôntico (proibido, obrigatório, permitido) aplicável interage com os demais concorrentes.

Pense-se, por exemplo, no princípio da indeclinabilidade (também denominado princípio da vedação ao *non liquet*), o qual traduz a ideia de que o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140, CPC). Se esse dispositivo for interpretado como uma regra, ultrapassadas as questões prévias (condições da ação, pressupostos processuais e requisitos de validade do processo), o mérito deve, em tese, ser sempre julgado.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91 ss.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39-43.

²¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

Diz-se em tese porque, apesar de a técnica da ponderação ser mais facilmente visualizada quando se trata de um princípio,²¹² é equivocado afirmar que ela é um método privativo de aplicação dessa espécie normativa. Segundo Ávila, a ponderação, enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de regras. Assim, o balanceamento ocorre quando as regras abstratamente convivem, mas concretamente entram em conflito, de sorte que a solução do conflito se insere na problemática da aplicação, não da validade das normas.²¹³

De qualquer forma, se a indeclinabilidade for vista como um princípio torna-se mais palatável, como será estudado no capítulo 5, a aplicação da teoria das capacidades institucionais, a qual, à vista dos limites epistêmicos dos juízes, sustenta que a instituição com maior expertise deve ocupar a posição protagônica no processo decisório. Efetua-se, portanto, a partir de um cotejo interinstitucional baseado em elementos empíricos, uma ponderação entre as habilidades de diferentes instituições, de modo que seria possível se afastar episodicamente o art. 140 do Código de Processo Civil e se chegar à conclusão de que o juiz não é a autoridade capaz de tomar a melhor decisão no caso concreto.

O objetivo do presente capítulo, no entanto, é mais modesto.

Interessa, aqui, a descrição de quais características e princípios são abordados pela doutrina tradicional ao tratar da jurisdição. É indiscutível que a taxionomia é valorosa e augura-se que seja levada a efeito. O presente capítulo, porém, cinge-se a descrever o estado atual da arte. E, nos capítulos 4 e 5, respectivamente, as características e princípios clássicos da jurisdição serão enfrentados por um viés crítico.

2.1 Características

2.1.1 Monopólio estatal

²¹² No sentido de que a ponderação ingressou inicialmente na discussão jurídica no Brasil como forma de aplicação de princípios: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

²¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 43-45. Igualmente: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional...*, p. 201-220.

O dogma de que o Estado possui o monopólio da jurisdição baseia-se no seguinte raciocínio: (i) a jurisdição é um aspecto da soberania; (ii) apenas o Estado é soberano; (iii) logo, o Estado tem o monopólio da jurisdição.²¹⁴ O Estado, assim, seria o “*punto de arranque*” da jurisdição.²¹⁵

É indiscutível que a jurisdição é uma função essencial à organização da sociedade e que o Estado tem o dever de organizar um sistema de justiça.²¹⁶ A *garantia de via judiciária* é uma imposição dirigida ao legislador no sentido de assegurar a tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF/88).²¹⁷

Dessa premissa não se pode partir, contudo, para a conclusão de que o Estado detém o monopólio da atividade jurisdicional. O fato de a autoridade do juiz togado se fundamentar na soberania não significa que a legitimidade de outros sistemas de administração de justiça pressuponha esse suporte. Essa sustentação, como será visto no capítulo 3, pode ser obtida através de outros elementos.

2.1.2 Inevitabilidade

De acordo com a característica – não se trata de um comando deôntico – da inevitabilidade, a autoridade do órgão jurisdicional independe do

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'idea romana nel processo civile moderno...*, p. 319; CHINA, Sergio La. *Diritto Processuale Civile...*, p. 127; ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 255; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Procedura Penale...*, p. 263; LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 38; FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción...*, p. 174; BACRE, Aldo. *Teoría General del Proceso...*, p. 96; GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. *Introducción a la teoría del proceso...*, p. 40; AROCA, Juan Montero; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional...*, p. 79; CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil...*, p. 18; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 223; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 33; TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil...*, p. 7; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil...*, p. 41; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial...*, p. 17.

²¹⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Notas relativas al concepto de jurisdicción...*, p. 32.

²¹⁶ “La prestazione giurisdizionale che lo Stato pone in essere, su domanda de parte, è una sorta de servizio pubblico essenzialissimo, cho lo Stato stesso (lo Stato non primitivo, almeno) non può sceglere di dare o non dare a suo piacimento, senza menomare, per un verso, la propria stessa sovranità e, per altro verso, senza incrinare alla radice la forza dele regole del diritto sostanziale (o primario)”. (CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile...*, p. 15).

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 275 e 496.

consentimento das partes, na medida em que é um reflexo da soberania estatal.²¹⁸

Nesse prisma, a teorização da inevitabilidade desdobrar-se-ia em três elementos: (i) o poder judicante impõe-se por si mesmo, visto que carece de aquiescência do cidadão; (ii) a situação das partes perante o Estado é de sujeição; (iii) as partes não podem se recusar a aceitar o resultado do processo.²¹⁹

2.1.3 Lide

Com espreque no conceito carneluttiano de jurisdição, costuma-se dizer que a jurisdição consiste no poder conferido ao Estado de solucionar conflitos de interesses.

A função jurisdicional estaria ligada à existência de uma controvérsia, sem a qual não se justificaria. Por identidade de razões, o direito de ação apenas seria legitimamente exercido à luz de um conflito entre as partes. Sem lide, o que importa numa pretensão resistida, não haveria lugar à invocação da atividade jurisdicional. A lide, o litígio ou um caso controvertido seriam um pressuposto – uma *condicio sine qua non* – do processo. Em resumo: o que moveria a ação seria o interesse na composição da lide, de maneira que a intervenção do Estado-juiz em relação jurídica que não retratasse litígio não apresentaria justificativa.²²⁰

2.1.4 Substitutividade

²¹⁸ Cássio Scarpinella Bueno chama de característica da *imperatividade* aquilo que, no presente estudo, denomina-se inevitabilidade (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 258).

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo...*, p. 147.

²²⁰ LASCANO, David. *Jurisdição y Competencia...*, p. 28; BACRE, Aldo. *Teoria General del Proceso...*, p. 101; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da jurisdição...*, p. 341; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 204; TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil...*, p. 28; FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 30; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 108; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 254; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil...*, p. 46; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 80.

Amparando-se da definição chiovendiana de jurisdição, afirma-se que a função jurisdicional é substitutiva da atividade dos litigantes, na medida em que, proibida a autotutela, o Estado se substitui às partes em conflito a fim de atuar o direito objetivo e resguardar a ordem jurídica.²²¹

2.1.5 Declaratividade

Como visto no capítulo anterior, a teoria chiovendiana da atuação da vontade concreta da lei pressupõe que a norma de direito substancial é composta de um suporte fático e de um preceito secundário, o qual incide no momento em que ocorre o fato nela previsto. Significa dizer que, quando se verifica uma situação de fato (*fattispecie concreta*) que se enquadra na moldura normativa (*fattispecie di legge*), a vontade da lei, que era abstrata, geral e hipotética, transforma-se automaticamente em uma vontade de lei concreta, específica e categórica.

A decisão judicial espelha a prévia concretização da lei. Não é *facere ius*, apenas *dicere ius*. Tudo que o juiz faz ocorre no plano da *cognitio*. Criação e interpretação do direito são dois momentos ontologicamente distintos, eis que a sentença declara uma norma preexistente ao processo.²²²

²²¹ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni Introduttive e disposizioni generali*. Vol. 1. 11ª ed., Torino: Giappichelli, 2013, p. 7; BETTI, Emilio. *Ragione e azione...*, p. 213; PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia...*, p. 7; ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile...*, p. 8; SILVESTRI, Gaetano. *Poteri dello Stato (divisione dei)...*, p. 700; LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 25; FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción...*, p. 138; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Jurisdicción y competencia...*, p. 6; PODETTI, J. Ramiro. *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil...*, p. 125; MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária...*, p. 55; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da jurisdição...*, p. 26; TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição penal. Revista de Processo* n. 27, jul.-set./1982, p. 72; FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 155; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 100; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 94; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 258; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo...*, p. 116; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo...*, p. 79; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial...*, p. 247; PADUANI, Célio César. *Natureza jurídica da jurisdição...*, p. 2.

²²² VERDE, Giovanni. Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 72, n. 1, 2017, p. 15; RANELLETTI, Oreste. *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione...*, p. 14; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da jurisdição...*, p. 335; CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil...*, p. 10; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 75.

2.1.6 Coisa julgada

Segundo a doutrina clássica, a função jurisdicional se substituiria às atividades das partes com eficácia imutável. Uma vez prestada a tutela jurisdicional, ela não poderia ser rediscutida por quem quer que seja. Assim, enquanto o ato administrativo poderia ser revisto pela própria autoridade que o praticou, bem como ser anulado pelo Judiciário por razões de legalidade, e a lei poderia ser revogada por outra ou ser declarada inconstitucional, a decisão judicial transitada em julgado seria imutável.

Essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, seria uma característica exclusiva da jurisdição e acarretaria uma “reserva de sentença”²²³ no sentido de que uma decisão judicial apenas poderia ser revista por outra decisão judicial. Noutros termos, a norma jurídica concreta contida na sentença apenas poderia ser alterada, revogada ou cassada por ato oriundo de autoridade sediada no Poder Judiciário.²²⁴

2.2 Princípios

2.2.1 Princípio da inafastabilidade

Diversas expressões são utilizadas para se referir ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: princípio da universalidade da jurisdição; princípio da indeclinabilidade da jurisdição; princípio da ubiquidade da jurisdição; princípio do acesso à justiça; princípio da acessibilidade ampla; princípio do livre acesso à jurisdição estatal; regra da plenitude do acesso à jurisdição; direito constitucional à jurisdição; princípio da proteção judiciária; princípio da irrecusabilidade da jurisdição; princípio da inevitabilidade da função

²²³ SANDULLI, Aldo M. *Funzione pubbliche neutrali e giurisdizione. Rivista di Diritto Processuale* vol. XIX, 1964, p. 211 ss.

²²⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 30; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 164; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 111; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 101; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial...*, p. 248.

jurisdicional; princípio da plenitude da função judicante do Estado; princípio da utilidade da jurisdição.²²⁵

A respeito, dois esclarecimentos.

Conquanto por vezes se aborde indistintamente a inevitabilidade (característica) e a inafastabilidade (princípio),²²⁶ há uma diferença essencial entre ambas.

De acordo com o princípio da inevitabilidade, a autoridade do juiz independe do consentimento das partes, já que é um reflexo da soberania estatal. Assim, pelo prisma do réu, a vontade de participar do processo é irrelevante, pois ele se encontra em um estado de sujeição desprovido de um direito ao *opt out* da jurisdição estatal. Por parte do autor, uma vez iniciado o processo, os efeitos da sentença desfavorável são inevitáveis. A inevitabilidade, dessa forma, refere-se à desimportância do elemento volitivo das partes.

O princípio da inafastabilidade, por sua vez, relaciona-se com a ideia de que o cidadão tem o direito de movimentar a máquina judiciária para obter o pronunciamento de um juiz imparcial, indiferente e competente acerca de um interesse que entenda ter sido lesado ou ameaçado.²²⁷ O enfoque, aqui, é no recurso potencial ao direito de ação para que situações de vantagem sejam tuteladas. O princípio da inafastabilidade, portanto, pressupõe a manifestação volitiva da parte.

Demais disso, há quem englobe no princípio da inafastabilidade o princípio da indeclinabilidade.²²⁸

Essa não parece a melhor solução.

A inafastabilidade significa que à lei é vedado excluir *a priori* a alegação de lesão ou ameaça a direito da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição). A indeclinabilidade, por sua vez, vincula-se com a ideia de que o

²²⁵ GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: _____; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 436-437.

²²⁶ DELGADO, José Augusto. A tutela do processo na constituição de 1988. Princípios Essenciais. *Revista de Processo* n. 55, 1989, p. 94.

²²⁷ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Art. 3º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (org.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 61.

²²⁸ GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003, p. 119; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 111; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 259.

juiz deve julgar essa alegação ainda que o ordenamento jurídico seja lacunoso ou obscuro (art. 140, CPC) – hipótese na qual decidirá pautando-se pela analogia, costumes e princípios gerais de direito (art. 4º, LINDB) – ou os fatos controvertidos não fiquem provados, quando deverá aplicar a regra de julgamento decorrente da distribuição do ônus da prova (art. 373, CPC).

Perceba-se que não há coimplicação entre os princípios da inafastabilidade e da indeclinabilidade, sendo possível, em tese, um sistema de administração de justiça que conviva com apenas um ou, até mesmo, com nenhum deles: (i) inafastabilidade sem indeclinabilidade (todas as alegações de violação ao Direito podem, *a priori*, ser deduzidas, mas o juiz pode se eximir de julgar); (ii) indeclinabilidade sem inafastabilidade (algumas alegações estão, *a priori*, vedadas à apreciação jurisdicional, mas aquelas que o são devem, mesmo na caso de obscuridade do ordenamento jurídico e inesclarecibilidade dos fatos, ser apreciadas); (iii) inexistência de indeclinabilidade e de inafastabilidade (há interesses excluídos da apreciação jurisdicional e, dentro do campo aberto ao conhecimento, possibilita-se o não julgamento em virtude de uma situação de perplexidade normativa/fática).²²⁹

É corrente, ainda, a associação entre o princípio da inafastabilidade com três ideias.

A primeira é que a sua fonte normativa se encontraria no art. 5º, XXXV, da Constituição. A partir dessa vinculação, costuma-se extrair o princípio da unidade da jurisdição, segundo o qual não seria possível encerrar a aferição da juridicidade de um ato administrativo no âmbito do Executivo. Em outras palavras, não seria possível nenhuma modalidade de jurisdição administrativa, de forma que os litígios entre o particular e a Administração Pública, à diferença do que se passa nos países de dualidade de jurisdição, apenas seriam resolvidos com definitividade perante o Estado-juiz.²³⁰

²²⁹ O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97 (ADC 4 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. 11/2/1998), que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública em determinadas hipóteses, assentou que não ele não viola a cláusula de proteção judicial inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição. E, no acórdão, não há qualquer referência à vedação ao *non liquet*.

²³⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 180; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 257.

A segunda é que o princípio da inafastabilidade teria surgido como um instrumento de defesa do indivíduo contra o Estado, notadamente em face dos desmandos do Executivo na Era Vargas e na ditadura militar pós-1964. Tratar-se-ia, assim, de uma cláusula de salvaguarda contra a arbitrariedade dos regimes de exceção. Recorde-se o art. 11 do AI n. 5/1968, o qual excluiu da apreciação jurisdicional os atos praticados com base nesse diploma. Da mesma forma, o art. 1º do AI 13/1969 autorizava o Executivo a banir do território nacional o brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, enquanto o art. 2º previa que todos os atos praticados de acordo com esse diploma não poderiam ter sua legalidade impugnada perante o Judiciário.²³¹

Segundo parte da doutrina, a inafastabilidade consistiria na proibição de se criar obstáculos para o cidadão buscar seus direitos em juízo. Com base nesse argumento, abordam-se questões relacionadas à exigibilidade de depósito prévio, justiça gratuita, assistência judiciária, exaurimento da via administrativa, conciliação pré-processual, prazo para impetração do mandado de segurança, condições da ação, caução *pro expensis* etc.²³²

2.2.2 Princípio da unidade

No tópico anterior, foi ressaltada a vinculação entre o art. 5º, XXXV, da Constituição e o princípio da unidade de jurisdição no sentido de que esse dispositivo vedaria a instituição do contencioso administrativo.

É inegável que um coeficiente de litigiosidade faz parte da rotina da Administração Pública. Requerimentos, defesas, decisões, sanções e recursos são parte da realidade da autoridade administrativa. Sem embargo, esse contencioso em sentido amplo não se confunde com o exercício da jurisdição, a qual pressupõe um grau de autonomia entre as esferas administrativa e jurisdicional. Nesse passo, a previsão de que toda lesão a direito pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário impediria que a Administração

²³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 221; GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional...*, p. 34.

²³² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82.

Pública julgasse em caráter definitivo acerca da validade de seus atos. Por essa razão, as agências reguladoras, o Tribunais de Contas da União e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica jamais exerceriam função jurisdicional, a qual seria monopolizada pelo Judiciário.²³³

Para além dessa interpretação, outras duas devem ser recordadas.

Ao tratar do princípio da unidade, Frederico Marques pondera que a jurisdição é um “poder essencialmente idêntico” qualquer que seja a matéria que constitui o objeto sobre o qual deva o juiz se manifestar. Haveria, assim, uma *unidade* da função independente do órgão que a atuasse.²³⁴

Por fim, o princípio da unidade também é estudado sob o prisma da associação entre a função jurisdicional e a soberania, no sentido de que a exclusividade desta em um território implicaria a exclusividade daquela nesse mesmo território. A jurisdição seria una e indivisível, vez que consubstanciaria uma expressão do poder soberano, o qual também seria uno e indivisível. Desse modo, admitir a pluralidade de jurisdições em um mesmo Estado significaria admitir a existência de pluralidade de soberanias, o que levou Rojas Gomez a sustentar que cada Estado tem apenas uma jurisdição, pois seria um despropósito afirmar que nele podem coexistir duas funções com o mesmo objetivo.²³⁵

2.2.3 Princípio da indeclinabilidade

Consoante doutrina clássica, o juiz deveria sempre, caso presentes os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, decidir a pretensão formulada.²³⁶

²³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 66.

²³⁴ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 242.

²³⁵ GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. *Introducción a la teoría del proceso...*, p. 45.

²³⁶ LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 37; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Art. 3º. In: *Breves comentários...*, p. 63; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 104; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 38; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil...*, p. 48; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 85; PADUANI, Célio César. *Natureza jurídica da jurisdição...*, p. 5. Na jurisprudência: AgInt no REsp 1.741.684/PA, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 14/05/2019.

Como quer que seja, é complexa a discussão relativa à decisão que o juiz deve tomar quando não tiver formado a sua convicção sobre o conflito de interesses que lhe foi apresentado. Não se trata, é bem de ver, de auspiciar um juízo de certeza típico das ciências exatas. Mas um grau razoável de convencimento é desejável.²³⁷ E é para nortear a convicção do juiz – para transformar, no dizer de Calamandrei, a perplexidade psicológica em certeza jurídica –,²³⁸ que há regras concernentes ao módulo probatório, *iura novit curia*, presunções legais, prova de ofício e, no processo penal, o princípio *in dubio pro reo*.

Além disso, a confiança no sistema de administração da justiça depende, entre outros fatores, da capacidade de a fundamentação da sentença convencer as partes e a sociedade civil acerca de sua justeza. E o juiz que não está minimamente seguro a respeito de quem deve receber a tutela jurisdicional não se faz convencer.

Isso não significa dizer que a motivação deva espelhar o vai-e-vem cognitivo que se deflagra desde o momento em que se admite a petição inicial. A natureza dialética do processo não é incompatível, senão verdadeira causa para que o magistrado diacronicamente tenha juízos cognitivos contrapostos. Diante disso, a sentença que revoga a tutela provisória, ao revés de sintoma de uma patologia, é uma manifestação do caráter dinâmico do processo cognitivo do juiz.

As primeiras referências à possibilidade de o juiz pronunciar o *non liquet* têm origem no *ordo iudiciorum privatorum*, sistema judiciário romano no qual o procedimento dividia-se nas fases *in iure* e *apud iudicem*. Caso o *iudex* particular, perante o qual se desenvolvia a segunda fase – onde se colhiam as provas e se efetuava o julgamento –, tivesse dúvidas acerca de questões jurídicas, o Digesto

²³⁷ O cânone 1.608, § 1º, do Código de Direito Canônico de 1983 estabelece que, “para pronunciar qualquer sentença, requer-se, na mente do juiz, certeza moral sobre a questão a ser definida pela sentença” (TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo* vol. 107, jul.-set./2002, versão eletrônica, p. 13).

²³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico...*, p. 36.

previa que ele poderia consultar o *praetor*, autoridade estatal que presidia a primeira fase.²³⁹⁻²⁴⁰

A insuficiência de se amparar na consciência do magistrado tornou-se conhecida a partir do julgamento de Aulus Gellius, em caso no qual um homem de reputação ilibada pleiteava sem base em qualquer prova a restituição de uma quantia emprestada a um réu que tinha fama de espertalhão.²⁴¹ Sem condições de formar sua convicção à vista do antagonismo entre a prova dos autos e a personalidade das partes, declarou Aulus Gellius: *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*.²⁴²

Com a publicização do processo romano (*cognitio extra ordinem*), houve a extinção da bipartição da instância, sendo a função jurisdicional outorgada exclusivamente a um agente estatal. Nesse momento, quando um juiz tinha dúvidas sobre questões de fato ou de direito, podia encaminhar o processo para o imperador julgar (*relatio ad principem*). Outra opção que se lhe reconhecia era, quando a dúvida fosse de direito, submeter ao imperador uma consulta (*consultatio*), após o quê o caso retornaria para ele julgar.

Esses institutos romanos são os antecedentes remotos do *référé législatif*, previsto no art. 7º do *Code Louis* de 1667, o qual, baseado em uma particular teoria da separação de poderes, bem como na ideia de “*qui veut le roi, si veut La Loi*”, dispõe que o juiz deve se reportar ao rei no caso de lacunas ou obscuridade no ordenamento jurídico. Interessante observar que o *référé*, a despeito de ter

²³⁹ D. 5.11.79.1: “*Iudicibus de iure dubitandibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impartire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit.*” Na tradução para o inglês: “When the Judges claim the existence of judicial doubts, the praesides answer them. In the case of factual doubt praesides must abstain from advising, but should instruct them to pronounce according to their conscience; for in such cases the advice might be detrimental to justice and conducive to favoritism or self-seeking.” (RABELLO, Alfredo Mordechai. *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law. Annual Survey of International & Comparative Law* vol. 10, 2004, p. 15).

²⁴⁰ Elogiando esse instituto: “In questo travaglio di coscienza si palesa tutta la sensibilità del giudice romano, la sua ripugnanza a giudicare in base a criterii formali, prestabiliti, convenzionali, anzichè sulla osservazione dei fatti.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *L’idea romana nel processo civile moderno...*, p. 323).

²⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano...*, p. 102.

²⁴² No sentido de que essa possibilidade decorre do fato de que o *iudex* não estava subordinado a qualquer autoridade, e julgava em nome do povo romano: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Os conceitos de “imperium” e “iurisdictio” no direito romano. In: In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; _____ (coords.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 379.

sido gestado no *ancien régime*, reflete a concepção iluminista de separação de poderes lastreada na valorização da interpretação autêntica.²⁴³

Por esse motivo, o *référé* sobreviveu à Revolução Francesa ainda que com base em outros fundamentos. Como os revolucionários temiam que o *Tribunal de Cassation* criado em 1790 – que viria a se denominar *Cour de Cassation* a partir de 1804 – continuasse a tutelar os interesses das classes sociais derrotadas com a Revolução, mantiveram a necessidade de consultar o Parlamento quando a interpretação da lei fosse controvertida. Essa prática, responsável por desequilibrar a separação entre os poderes e violar o princípio da irretroatividade, foi superada quando o art. 4º do *Code Napoléon* de 1804 previu o dever de o juiz julgar ainda quando o direito fosse lacunoso ou obscuro.²⁴⁴

Uma das consequências do racionalismo legislativo iluminista é a ideia de que o código é uma obra completa, desprovida de lacunas e antinomias. Existiriam apenas omissões na lei, e não no Direito. Considerando que o ordenamento legislativo pode ser lacunoso, mas que o ordenamento jurídico é pleno, o juiz deveria revelar a norma jurídica que incidiu quando se verificou o fato litigioso no mundo fenomênico.

Percebe-se, assim, que a vedação ao *non liquet* é uma consequência do princípio da completude do ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, possui íntima correlação com a teoria dualista do ordenamento jurídico imperante até meados do século XX. Se a atividade interpretativa é meramente declaratória de uma vontade de lei já concretizada, o juiz deve apenas desvelar a norma que

²⁴³ “Le disposizioni dell’Ordonnance si inserivano nel più generale tentativo della monarchia francese di unificazione e razionalizzazione dell’ordinamento, attraverso l’affermazione del diritto legislativo regio, in particolare nell’ambito del diritto processuale. Evidente appariva anche il risvolto politico, in quanto l’obiettivo di Luigi XIV era quello di ridurre l’autorità delle Corti sovrane, unitamente al loro potere sostanzialmente normativo e, in una certa misura, ‘concorrenziale’: è sufficiente ricordare che prerogativa dei Parlements era l’emanazione degli Arrêts de règlement, provvedimenti giurisdizionali cui era riconosciuta efficacia normativa erga omnes.” (ALVAZZI DEL FRATE, Paolo. Divieto di “interpretatio” e “référé législatif” nei “cahiers de doléances” del 1789. In: CONDORELLI, Orazio (a cura di). *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*. Tomo I. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 2004, p. 106).

²⁴⁴ O primado da lei é o ponto de partida para a compreensão dos axiomas subjacentes aos monumentos legislativos do século XIX, valendo destacar os principais: todo o direito está na lei; o legislador é onipotente e não precisa motivar as suas escolhas; a lei é geral e abstrata e, por isso, igual para todos; o ordenamento jurídico é completo; a lei se aplica, não se interpreta; o juiz é obrigado a se manifestar sobre todo pedido de tutela jurisdicional; a sentença possui estrutura silogística; o juízo por equidade é excepcional. Confirma-se: NITTO, Achille de. *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*. Lecce: Argo, 2002, p. 111 ss.

previamente incidiu, sendo inimaginável que se refute a prestar a tutela jurisdicional.²⁴⁵

É comum a associação do princípio da indeclinabilidade com a ideia de que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140, CPC), hipótese na qual deve julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º, LINDB). No que diz respeito a dúvidas em matéria fática, as regras de distribuição do ônus da prova, previstas no art. 373 do Código de Processo Civil, orientam o juiz no caso de insuficiência do material probatório.

Desse modo, o juiz não se exime de julgar quando a inesclarecibilidade se refere a questões jurídicas (premissa maior), questões fáticas (premissa menor), ou, ainda, em relação à inferência dedutiva.

Há duas situações que não devem ser confundidas com a problemática do *non liquet*.

A primeira relaciona-se com a prolação de sentença terminativa quando houver alguma questão processual que impeça o julgamento de mérito. Nesse caso, os obstáculos ao acerto do litígio não impedem que a tutela jurisdicional seja prestada se corrigido o vício.²⁴⁶

A segunda diz respeito às sentenças de improcedência por insuficiência de prova previstas no art. 16 da Lei 7.347/85, art. 18 da Lei 4.717/65 e art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor. Há quem afirme que, nessas situações, o juiz pode declarar o *non liquet* por insuficiência de provas, hipótese na qual a sentença não ficará coberta pela autoridade da coisa julgada material.

Sem embargo, não se trata de pronunciar o *non liquet* porque, quando o juiz assim o faz, o mérito não é julgado. Não se acerta a incidência normativa. Não se acolhe nem se rejeita o pedido. E isso é diverso de apreciar a pretensão

²⁴⁵ “Nella dottrina la nascita del divieto di non liquet viene per lo più collocata nel XIX secolo, nel periodo delle grandi codificazioni moderne. La sua matrice culturale risiederebbe, dunque, nel mito (o, secondo altri, nel dogma) della completezza dell’ordinamento giuridico che sostenne tali codificazioni e ne accompagnò l’applicazione sino all’affermazione degli ordinamenti pluralisti e multicentrici contemporanei. Attualmente, il mito della completezza è ampiamente svanito, eppure il divieto che ad esso sarebbe agganciato, no.” (SARA, Giustozzi. *Limiti della giurisdizione e divieto di non liquet. L’accesso dei diritti alla giustizia*. Tese de Doutorado. Università degli studi di Ferrara, 2013, p. 58).

²⁴⁶ VACCARELA, Romano. *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazione*. Bologna: Zanichelli, 2010, p. 223.

e, em razão da esqualidez do material probatório, o direito positivo autorizar a propositura de nova ação a fim de que, outra vez, se possa debater a incidência sobre o fato probando.²⁴⁷ Nessa situação, há uma mitigação à regra de que a sentença definitiva fica coberta pela autoridade da coisa julgada material, o que mostra que a função jurisdicional não se desnatura sem o manto da imutabilidade.

2.2.4 Princípio da aderência ao território

Para a doutrina clássica, o princípio da aderência da jurisdição ao território seria uma consequência do fato de a jurisdição ser uma manifestação da soberania, de modo que somente poderia ser exercida nos limites territoriais do Estado. A ideia é que a jurisdição pressuporia um território sobre o qual o órgão jurisdicional pudesse desempenhar a sua função, não se podendo falar de jurisdição senão em correlação com o âmbito territorial do Estado.²⁴⁸

Afirma-se, ainda, que o princípio em tela admite algumas exceções: quando o imóvel se achar situado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciária, a competência do juízo prevento se prorroga sobre todo o imóvel (art. 60, CPC); os atos de comunicação processual e atos executivos podem ser praticados em comarca contígua independente de carta precatória (art. 255, CPC); é possível a colheita de depoimento à distância através do sistema de videoconferência (art. 385, § 3º; art. 453, §§ 1º e 2º).²⁴⁹

2.2.5 Princípio da indelegabilidade

²⁴⁷ “A proper mitigation might perhaps be found in the attitude adopted by some legal systems, which, without relaxing the judge's duty to adjudicate, withhold the full effects of res iudicata whenever the decision has been reached only through lack of proof and not upon facts clearly found by the judge. This concession may usefully serve to reconcile the conflicting requirements of truth and justice, on the one hand, and certainty, on the other”. (RABELLO, Alfredo Mordechai. *Non Liquet...*, p. 25).

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 303; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo...*, p. 146; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 104; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 96; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Art. 16. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. *Teoria Geral do Processo...*, p. 99.

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 175.

Segundo o princípio da indelegabilidade, apenas a Constituição criaria órgãos incumbidos de exercer a jurisdição e delimitaria a sua competência, não podendo o juiz delegar a sua função a outros agentes.²⁵⁰

Nesse sentido, o *officium jus dicentis* pertenceria ao Estado, o qual investiria o juiz para, em conformidade com critérios de divisão de competência, exercer pessoalmente a função que lhe foi cometida. Afirma-se, ainda, que o princípio da indelegabilidade contém-se no princípio do juiz natural.²⁵¹ Bem por isso, seria vedado ao juiz transferir as suas funções para outro em virtude de um juízo de conveniência.²⁵² Há quem chegue à idêntica conclusão com base na tese de que, como o juiz não é “dono do cargo”, não poderia delegar a sua função.²⁵³

A Constituição não repetiu a proibição à delegação de poderes prevista no art. 36, § 2º, da Carta de 1946. A despeito disso, já se disse que a indelegabilidade decorre do princípio da independência entre os Poderes previsto no art. 2º da Lei Maior.²⁵⁴

Alega-se, outrossim, que o ordenamento traz três exceções ao princípio da indelegabilidade dispostas no art. 102, I, *m*, da Constituição (delegação pelo Supremo Tribunal Federal de competência para a execução forçada), art. 260, do CPC (cartas de ordem) e art. 203, § 4º, do CPC (prática de atos ordinatórios pelo servidor). Na carta precatória, por sua vez, não haveria que se falar em delegação. O juízo deprecante e o deprecado, aquele solicitando e este realizando o ato, exercem a jurisdição nos limites da própria competência.²⁵⁵

2.2.6 Princípio da imparcialidade

²⁵⁰ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da jurisdição...*, p. 342; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 111; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 103; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 260. Aludindo à *improrrogabilidade* da jurisdição para expressar a mesma ideia: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 85.

²⁵¹ DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. *Revista Ajuris* n. 39, mar./1987, p. 226.

²⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo...*, p. 146; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil...*, p. 48; ROSE, Cristianne Fonticelha de. *O conceito de jurisdição...*, p. 99.

²⁵³ REZENDE FILHO, José Gabriel de. *Curso de Direito Processual Civil...*, p.106.

²⁵⁴ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo...*, p. 126.

²⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 96.

É intuitiva a ideia de que as divergências que surgem na sociedade devem ser resolvidas por um terceiro imparcial. Nenhuma parte de um conflito se resigna com uma solução oriunda de um juiz que não possui isenção de ânimo. Quando a desinteligência é composta por um terceiro que não é equidistante dos interessados, a tendência é que o prejudicado busque outros caminhos, nem sempre lícitos, para alcançar a solução que entende justa.

A sentença está vocacionada a contrariar interesses. A própria natureza conflitual da realidade sobre a qual exerce a sua função faz com que o juiz, normalmente, seja deslustrado por algum dos litigantes em sede de apelação. Quando não pelos dois, quando julga parcialmente procedente o pedido. Importa pouco que as regras do devido processo legal sejam observadas, que as partes, testemunhas e advogados sejam tratados com fidalguia, que os precedentes vinculantes sejam observados e que a decisão seja prolatada em tempo razoável. É ofício do magistrado desacreditar provas, escolher a mais provável entre as versões fáticas e optar por uma interpretação das normas. Dizer, pois, um *não* a alguém.

Esse *não*, por sua vez, em virtude da inata dificuldade do ser humano de lidar com a frustração, gera um sentimento de indignação que está subjacente – entre outros fundamentos – à lógica dos recursos. E aqui cabe recordar Carnelutti quando apontou que o adversário do recorrente é, na verdade, o juiz que prolatou a decisão.²⁵⁶

Não é disso que se cuida quando a decisão é prolatada por um juiz emocionalmente comprometido com o conflito, influenciado por considerações de ordem pessoal e incapaz de objetivamente apreciar os argumentos das partes. Neste caso, a situação é grave: não é apenas a correta aplicação do direito ao caso concreto que está em jogo, senão a legitimidade do sistema de resolução de conflitos que se vê comprometida quando a decisão é vista como um ato arbitrário.

É certo que existe uma relação entre a força epistêmica da imparcialidade e a persecução da justiça. Perseguições, caprichos e antipatias são empecilhos à satisfação de qualquer finalidade legítima que se possa atribuir à jurisdição.

²⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. Aspetti problematici del processo al legislatore. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 14, 1959, p. 2.

Um juiz condicionado por fatores alheios à causa não tem como efetuar uma interpretação desapaixonada das normas e fatos e, por conseguinte, afasta-se da justiça.²⁵⁷ Mas o vício de imparcialidade possui uma externalidade negativa de ainda maior envergadura, pois atinge não apenas o processo no qual se assiste a um simulacro de prestação da tutela jurisdicional, como a própria subsistência do Estado de Direito.²⁵⁸

Não é de se estranhar, assim, que desde o século XVIII a imparcialidade e a independência dos juízes tenham sido destacadas em importantes documentos internacionais, tais como a Declaração de Direitos de Virgínia (art. 8º), Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), Declaração Americana dos Direitos do Homem (art. 26.2), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.I), Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.1) e nos *Principles of Transnational Civil Procedure* do *American Law Institute/UNIDROIT* (art. 1.1).

No direito nacional, um arcabouço normativo preserva a independência judicial. De maior grandeza é o art. 95 da Constituição de 1988, o qual dispõe que os juízes gozam de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. É evidente que, para além da dimensão pessoal dessas garantias, elas foram instituídas para assegurar que o jurisdicionado tenha a segurança de que a sua demanda será apreciada por um juiz imparcial. No plano infraconstitucional, as normas processuais e regimentais referentes aos impedimentos, suspeições e incompatibilidades garantem que, no caso concreto, a imparcialidade será respeitada.

A proscrição do juiz parcial reflete-se em uma miríade de lições no sentido de que a imparcialidade, mais do que um simples atributo, é um *caráter essencial* da jurisdição,²⁵⁹ uma *virtude passiva* da jurisdição,²⁶⁰ de que em regimes

²⁵⁷ “An accurate decision is more likely to be achieved by a decision-maker who is in fact impartial or disinterested in the outcome of the decision and who puts aside any personal prejudices”. (WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR, Andrew. *Principles of judicial review*. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 413).

²⁵⁸ CANZIO, Giovanni. L’indipendenza della magistratura nel XXI secolo. *Foro Italiano* vol. 143, V, 2018, p. 193.

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo* n. 29, jan.-mar./1983, p. 11.

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 76.

totalitários não se pode cogitar de jurisdição²⁶¹ e, por fim, de que onde não há imparcialidade, não há jurisdição.²⁶²

É de se observar que identificar as situações nas quais o juiz é parcial não é uma tarefa fácil. Para além das hipóteses previstas em lei de suspeição e impedimento, a práxis traz algumas perplexidades.

Pense-se no seguinte rol de situações: juiz defere a tutela provisória e, posteriormente, julga procedente o pedido; juiz concede a medida cautelar *ante causam* e, após, analisa o mérito da pretensão cognitiva; juiz da execução que conhece dos embargos; juiz cuja sentença é anulada e, após, julga novamente a ação; juiz expede o mandado de pagamento na ação monitória e, depois, recebe os embargos; juiz na fase de inquérito policial determina a prisão do investigado e, após, julga procedente a ação penal; o juiz tem contato com a prova ilícita; o juiz aprecia a ação cível de ressarcimento após ter prolatado sentença criminal em relação ao mesmo fato; juiz que pode ser discricionariamente exonerado de suas funções por uma das partes; juiz que, no regular exercício de suas funções, emite parecer consultivo e, após, analisa a questão em sede contenciosa; juiz que possui cargo não-remunerado em organização internacional que intervém na causa como *amicus curiae*; juiz que faz parte da comunidade de beneficiados em uma ação coletiva que tutela interesses difusos; juiz que, chamado a decidir sobre a responsabilidade penal do acusado, previamente se manifestou sobre o fato em outro procedimento de natureza não-penal; juiz cuja remuneração é variável em virtude do teor de suas decisões; juiz que apreciou uma ação coletiva e, após, recebe uma ação individual sobre o mesmo fato; juiz que, em causas exclusivamente de direito, deve julgar aplicar a norma jurídica já aplicada em outro processo; juiz que condenou a testemunha por falso testemunho e que, em outro processo, colhe o seu depoimento.

²⁶¹ GAROFOLI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 15; LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 31; FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. In: CAPPELLETTI, Mauro; MICHELI, Gian Antonio; RASELLI, Alessandro (a cura di). *Studi in memoria di Carlo Furno*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 344.

²⁶² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21.

A lista poderia seguir indefinidamente. Mas o elenco é suficiente para demonstrar a complexidade da questão. Não basta, por conseguinte, declarar-se a favor da imparcialidade. É mister que se delineie qual o grau necessário de estraneidade do juiz relativamente ao conflito de interesses. Dito de outro modo, é preciso investigar em virtude de qual comprometimento psicológico o juiz não pode decidir o caso que se encontra em sua esfera de competência. Se não se chegar a um consenso mínimo a esse respeito, a imparcialidade torna-se um recipiente vazio cujo intérprete, de acordo com suas conveniências, pode preencher de forma subjetiva, arbitrária e – lógico – parcial.

Mas há mais.

A imparcialidade não é o único pressuposto para o reconhecimento da jurisdição. É apenas um dentre outros requisitos relacionados ao juiz imprescindíveis para que se possa identificar o exercício da função jurisdicional. Destacar esse ponto é relevante, pois, na doutrina clássica, fala-se indiscriminadamente na necessidade de o juiz ser um terceiro independente, neutro, desinteressado e imparcial. Esses termos são usados como elementos de reforço recíproco, à semelhança de predicados sinônimos.

Nessa perspectiva, quando se refere à imparcialidade são recorrentes as alusões à ideia de que: o juiz deve ser *super partes*; o julgamento deve ser despersonalizado; o juiz deve ser equidistante das partes; o juiz deve ser alheio relativamente ao interesse tutelando; é necessária uma indiferença em relação ao resultado do processo ou à vitória de uma ou outra parte; o juiz deve atuar no processo apenas sujeito à lei; a atuação do juiz deve ocorrer de forma objetiva, ou seja, sem que se deixe influenciar por razões de ordem pessoal; é imprescindível neutralidade em relação aos direitos em conflito; o juiz deve ter isenção de ânimo para o julgamento; o juiz não deve estar emocionalmente envolvido com o litígio; o juiz não se deve deixar capturar por interesses estranhos às circunstâncias factuais; o juiz deve estar em uma situação de desinteresse pessoal em relação à lide; o juiz deve se pautar por critérios lógico-racionais; o juiz não deve sofrer influências provenientes da política e do governo; é preciso alienidade em relação às pessoas e ao objeto de decisão.

Tudo isso seria o conteúdo da imparcialidade. O juiz imparcial seria independente, neutro, desinteressado e terceiro em relação ao conflito.

É verdade que há uma zona cinzenta de difícil delimitação da esfera específica de cada qual desses vocábulos. Sem embargo, não há uma superposição absoluta. Conforme será analisado na segunda parte do trabalho, o juiz pode ser independente e parcial, dependente e imparcial, não ser terceiro em relação à lide e ser imparcial, dependente e desinteressado, neutro e parcial, interessado e imparcial. Bem precisados os conceitos, a análise combinatória é variada. Uma coisa é ser independente. Outra, ser desinteressado. Ser terceiro também possui sua própria ontologia. Assim como ser imparcial. E nada disso se confunde com a pretensão de neutralidade.

2.2.7 Princípio do juiz natural

De gênese franco-alemã, o princípio do juiz natural significou uma vitória contra o poder absolutista na aurora do Estado de Direito. Isto porque, por meio dele, proibiram-se as avocações e atribuições de competência feitas pelo monarca em favor de comissões extraordinárias, constituídas para julgar casos específicos (*ad hoc*). O princípio do juiz natural é fruto da reação contra essas práticas e redundou na necessidade de que a competência fosse estabelecida em regra legislada, editada previamente à ocorrência dos fatos em causa e que, uma vez firmada, não poderia mais ser modificada.²⁶³

Nesta moldura, o princípio do juiz natural seria, mais do que um direito subjetivo da parte, uma qualificação substancial da jurisdição. Sem a naturalidade do juiz, não haveria função jurisdicional.²⁶⁴ Além disso, esse princípio consistiria em uma dupla garantia: proibição de constituição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF/88) e vedação de modificação de juízo legalmente competente (art. 5º, LIII, CF/88).²⁶⁵

²⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada no concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil, 2017, p. 26 ss.

²⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia...*, p. 11.

²⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo...*, p. 101-123; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 37; NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 130; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo...*, p. 69; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, p. 261; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 78; ALVIM, Arruda. *Manual*

Por tribunais de exceção ou tribunais extraordinários entende-se aqueles constituídos *ex novo* ou que tenham suas competências modificadas para julgar casos específicos, e que não existiam como instituições regulares para julgamento de outro caso similar. Outra consequência extraída do princípio do juiz natural é a preexistência do órgão julgador à ocorrência dos fatos submetidos a julgamento. Trata-se de exigência de anterioridade dos juízos em relação aos fatos que formam a causa de pedir, de forma que seria inválida a atribuição de competência *post factum*.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição vedaria os institutos da *comissão* e da *evocação*, típicos do Estado absoluto e vinculados à derivação da função jurisdicional da figura do soberano.

O *poder de comissão* consiste na criação de tribunais excepcionais, estranhos à organização judiciária, com duração temporária e com mandato para julgar *ad hoc* ou *ad personam* certos litígios ou sujeitos específicos. O *poder de evocação* diz respeito à possibilidade de retirar uma causa da competência de um juízo ordinariamente estabelecido pela lei para o julgamento do caso, transferindo ou avocando a competência (*litis translatio* ou *litis evocatio*) para outro órgão por influência política ou com base em critérios discricionários.

Esses institutos não se confundem com o *poder de atribuição*, o qual autoriza a atribuição de competência para julgar determinadas matérias antes da ocorrência dos fatos, hipótese na qual se tem uma justiça pré-constituída, orgânica e permanente. Trata-se, assim, das *justiças especializadas* acolhidas na Constituição.²⁶⁶

2.2.8 Princípio da Inércia

De acordo com o princípio da inércia (art. 2º, CPC), a jurisdição atua sob encomenda: para que seja acionada é imprescindível a atividade do interessado. O processo, após instaurado, desenvolve-se por impulso oficial, mas é preciso

de *Direito Processual Civil...*, p. 102; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil...*, p. 23.

²⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 106-124.

que a parte vá a juízo solicitar uma decisão para que se outorgue a tutela jurisdicional (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*).²⁶⁷

É recorrente a associação do princípio da inércia com o escopo de pacificação social do processo, pois o exercício espontâneo da jurisdição suscitaria desavenças em resíduos de litigiosidade que poderiam ser amigavelmente compostos. O cidadão pode optar por não judicializar um ato que lesa o seu direito disponível, e essa decisão deve ser acatada pelo Estado. Em um momento anterior à judicialização do conflito, existem situações nas quais o indivíduo prejudicado não se dá conta do dano, considera o dano irrelevante, não identifica o responsável pela violação, não tem consciência de que o dano viola uma norma ou que é possível reagir contra o ilícito. Nesses casos, não faz sentido que o Estado, *motu proprio*, arrote os cidadãos para um nível de polarização elevado como o processo judicial.²⁶⁸

É usual, outrossim, a conexão do princípio da inércia com o princípio da imparcialidade: se o juiz desse início aos processos ele já estaria tomando uma posição acerca da lide.²⁶⁹ A propósito, tendo em vista que a função jurisdicional traz subjacente uma margem de criatividade, sustenta-se que são as *virtudes passivas* da jurisdição – vedação à iniciativa de ofício, imparcialidade e contraditório – que a distingue das demais atividades estatais.²⁷⁰

Para além desse consenso mínimo existem fundas divergências.

Há quem afirme que o princípio dispositivo, o princípio da inércia e o princípio da demanda são equivalentes e correspondem à ideia de que cabe às partes com exclusividade a iniciativa de movimentar o Judiciário e fixar o objeto litigioso do processo.²⁷¹ Registre-se, ainda, aqui e acolá, a opinião que vincula a

²⁶⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 32; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 103 e 234; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo...*, p. 94; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo...*, p. 43.

²⁶⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 72.

²⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile...*, p. 136; FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil...*, p. 234; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil...*, 57; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 82.

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* vol. 36, 1982, p. 784.

²⁷¹ WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1958, p. 60; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Art. 3º. In: *Breves comentários...*, p. 59; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Art. 2º. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte*

necessidade de provocação do Judiciário com a natureza disponível do interesse controvertido. A disponibilidade no âmbito do direito material é que asseguraria à parte o direito de solicitar a tutela jurisdicional e estabeleceria o dever do Estado de atuar apenas quando demandado.

Conquanto usados sem maior distinção, os princípios da demanda e da inércia não se confundem, pois são dois modos diversos de se pensar o mesmo fenômeno.

Enquanto a demanda retrata uma situação processual ativa do autor (direito), a inércia representa uma situação processual passiva do juiz (dever). É correto que ambos os vocábulos se implicam e caminham lado a lado. Mas não são a mesma coisa pela mesma razão de que não o são, por exemplo, o direito objetivo e o direito subjetivo: também dois lados do mesmo conteúdo jurídico que, a despeito disso, mantém a sua autonomia conceitual.

Ainda mais delicada é a associação do princípio da inércia com o princípio dispositivo.

Antes de mais nada, tenha-se em mente a lição de Barbosa Moreira no sentido de que esse termo é um rótulo genérico aplicável a distintas categorias e que a disponibilidade no plano do direito material não explica a proibição para o órgão judicial proceder *ex officio*.²⁷² Essa vedação vale indiferentemente para direitos disponíveis e indisponíveis, de maneira que não há qualquer nexo de antecedente e consequente entre a natureza da relação jurídico-substantiva e o monopólio da parte na instauração do processo.²⁷³ Por sinal, o CPC/2015 manteve como exceções ao princípio da inércia hipóteses nas quais a natureza do direito é uma variável desimportante, tal como nos casos de restauração de autos (art. 712, CPC), alienação judicial (art. 730, CPC) e herança jacente (art. 738, CPC).

Na Itália, a doutrina vale-se das expressões “princípio da demanda” e “princípio dispositivo” para se referir a distintos problemas.

Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 10; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo...*, p. 72.

²⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 37.

²⁷³ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: CARNELUTTI, Francesco; et al. (a cura di). *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1951, p. 734-738.

Recorde-se, no tema, o magistério de Liebman: (i) o princípio da demanda refere-se ao poder de decidir sobre a instauração do processo (art. 99, *Codice di Procedura Civile*), bem como à delimitação do objeto do litígio, ou seja, ao dever de correspondência entre o pedido e o julgado (art. 112, *Codice*); (ii) o princípio dispositivo entende com a vinculação do juiz à oferta de prova realizada pelas partes (art. 115, *Codice*).²⁷⁴

Nessa toada, Mandrioli salienta a infelicidade do brocardo latino *secundum allegata et probata partium iudicare debet*, pois agrupa em um único enunciado dois vínculos que possuem distintos fundamentos: *secundum allegata* exprime a regra da congruência, a qual é uma consequência do princípio da demanda (*princípio da disponibilidade da tutela jurisdicional*); *secundum probata* é uma decorrência do princípio dispositivo (*princípio da disponibilidade da prova*) e refere-se ao limite para o juiz se servir dos meios de prova necessários à verificação da matéria de fato.²⁷⁵

2.2.9 Princípio da investidura

Segundo o princípio da investidura, apenas a pessoa regularmente investida na função de juiz pelo Estado poderia exercer a jurisdição. A composição de conflitos seria um monopólio estatal, de modo que, sem preencher os requisitos estabelecidos em lei, ninguém poderia, sob pena de cometimento do crime de usurpação de função pública (art. 328, CP), praticar atos jurisdicionais.²⁷⁶

À vista do diminuto conteúdo dogmático do princípio da investidura, há quem não lhe reconheça autonomia, subsumindo-o dentro do princípio do juiz natural.²⁷⁷

²⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 4. De sua parte, Chiovenda distingue três tipos de limites impostos aos poderes do juiz em decorrência da atividade das partes: demanda inicial (limite absoluto), ingerência na formação do material de cognição e na direção do processo (limites relativos): CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 723-729.

²⁷⁵ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile...*, p. 70-71.

²⁷⁶ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da jurisdição...*, p. 342; ROSE, Cristianne Fonticelha de. *O conceito de jurisdição...*, p. 98; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil...*, p. 96; LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial...*, p. 258.

²⁷⁷ DELGADO, José Augusto. *Princípios processuais constitucionais...*, p. 225.

