

NOTAS SOBRE A TEORIA DA JURISDIÇÃO

Afranio Silva Jardim

Capítulo primeiro: O Estado

§ 1.º — O Estado como criação do homem

Assim como o Direito, é o Estado uma criação do homem, ser eminentemente social. O Estado é uma instituição necessária e natural, instrumento utilizado pelo homem para alcançar fins de seu interesse, em determinada etapa do processo civilizatório.

Sem desejarmos tomar partido entre as diversas teorias que procuram explicar a origem do Estado, somos que uma multiplicidade de fatores interferiram em conjunto na sua gênese. Sendo ele uma instituição complexa, é evidente que condições diversas se congregaram para naturalidade de sua formação (Pinto Ferreira, *Teoria Geral do Estado*, S. Paulo, Saraiva, 1975, p. 144).

O Estado, além de ser um centro de imputação de normas, como o quer com exclusividade *Hans Kelsen*, é também uma entidade agregadora dos homens que vivem em determinada sociedade. A coerção que exerce sobre os seus súditos não é um fim em si mesma, mas meio para que consiga, o quanto possível, a paz e a justiça social. Este é o Estado verdadeiramente democrático, síntese a que chegará, após o inevitável choque dialético das posições extremamente opostas.

Se é verdade, ao menos em parte, que historicamente o Estado tem servido de instrumento da classe dominante para a manutenção de situações de privilégio, em detrimento das classes menos favorecidas, não menos verdade é que tal fato decorre mais de uma situação patológica do que da própria estrutura da instituição. O Estado do futuro, temos a certeza, perderá esta característica marcante, decorrente também da falta de legitimidade e representatividade dos detentores do poder político.

De uma forma ou de outra, com pessimismos ou otimismo, não nos resta outra saída, senão o fortalecimento do Estado democrático, único instrumental de que dispomos para combater a injustiça social e proporcionar um melhor nível de vida aos homens. Não importa o gigantismo do Estado moderno, importa sim que ele esteja voltado para os interesses coletivos e sinceros da maioria da população; ganhando, destarte, foros de legitimidade social.

§ 2.º — O escopo do Estado

Se o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio, parecemos inevitável a conclusão de que serve ele de instrumento para objetivos colimados pelo homem.

Autores há que, inclusive, admitem o elemento finalístico como sendo mais um dos elementos constitutivos do Estado. A população, território e poder político se juntaria a finalidade, todos como necessários à sua própria existência. Neste sentido se manifestaram Alexandre Gropalli, José Afonso da Silva e Dalmo de Abreu Dallari, dentre outros.

Também a respeito de tão sedutora questão passaremos ao largo, em face dos objetivos deste trabalho. De uma forma ou de outra, sendo elemento constitutivo ou extrínseco, o fato é que a finalidade do Estado há de merecer o devido destaque, vez que justificadora mesmo da instituição.

Acima dos chamados fins particulares e fins universais do Estado, colocamos a realização do bem comum como escopo primordial desta instituição. Sem esta configuração teleológica, o Estado não se justifica e passa a ser uma consequência da divisão da sociedade em classes, destinando-se a subjugar as classes inferiores. Sobre tal verdade relativa já nos manifestamos antes, mostrando que tal circunstância decorre de um desvio do processo social e do poder. É certo que o Estado, por assim dizer, pode ser comparado a uma "camisa-de-força" que impede uma ampla mobilidade social, sendo fator de reação às mudanças de ordem infra-estrutural. Nada obstante, se voltado para o bem comum da população, passa a ser o único instrumento com capacidade de fazer frente ao avanço do indesejado liberal-individualismo.

Assim sendo, ficamos com um novo problema: como definir o que venha a ser "bem comum". Na realidade, tal expressão é daquelas que, muito embora todos sintam o seu significado, torna-se de difícil definição e objetivação. Diante desta dificuldade, aceitamos o posicionamento de Dalmo de Abreu Dallari, que vai buscar nos conceitos emitidos pela Igreja Católica o seu ponto de apoio. Para o jurista paulista, "o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana" (*Elementos de teoria geral do Estado*, S. Paulo, Saraiva, 1975, p. 95).

§ 3.º — *O Estado e o Direito como instrumentos para a realização do bem comum*

Não é apenas o Estado o instrumento de que se vale o homem para tornar possível a vida em sociedade. O Estado, a par de sua realidade como ente social, é uma instituição normativa e organizadora. Sem o Direito, de nada valeria o Estado como meio para realização do bem comum.

Também o Direito sofre, em face de uma interpretação crítica da história, os ataques agudos de diversas correntes do pensamento

moderno. Através de uma concepção dialética das forças sociais, *Karl Marx* agitou o pensamento clássico do século passado quando afirmou em síntese: "na produção da sua existência, os homens estabelecem relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, base sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o ser social que, inversamente, determina sua consciência" (*Contribuição à crítica da economia política*, São Paulo, Martins Fontes, 1977, trad. Maria Helena B. Alves, prefácio).

Assim, diante da teoria marxista, o jurídico e o político, vale dizer, o Direito e o Estado, seriam elementos da superestrutura cultural da sociedade, condicionada pelas relações econômicas. Como vemos, *Marx* desnuda o social, reduz o direito a uma mera projeção da ordem econômica, manipulada pela classe capitalista, detentora da riqueza social.

Em que pese a fecundidade do grande pensador alemão do século passado, somos obrigados a reconhecer com *Freud* e *Max Weber* que outros fatores importantes, além do econômico, atuam sobre a formação da consciência individual e sobre a própria sociedade como um todo. A chamada superestrutura da sociedade atua fortemente sobre a sua infra-estrutura econômica, em um verdadeiro processo dialético. O Direito é fruto também de outros fatores e pode influir na estrutura de uma determinada sociedade. É um instrumento, tal como o Estado, que se pode voltar contra as injustiças do grupo e possibilitar o bem-estar social de seus componentes. Cabe aqui a constatação que fizemos em face da realidade histórica, no que concerne à utilização do Estado como instrumento de opressão das classes privilegiadas. Trata-se de um desvio no processo civilizatório. A própria concepção que hoje temos do Direito e, de certa forma, de sua realidade prática, é a prova de que as conquistas éticas a ele são incorporadas, o que lhe dá nova perspectiva no mundo atual.

Desta maneira, utiliza-se o homem de engenhoso instrumental — Estado e Direito — para o seu aprimoramento na vida societária, criando as necessárias condições materiais e espirituais para o desenvolvimento integral da personalidade humana.

O chamado Estado de Direito moderno reparte, para a consecução de seus fins, a sua atividade em três campos diversos, porém harmônicos. As três funções estatais idealizadas por *Montesquieu* — legislativa, executiva e jurisdicional — são formas técnicas para

a realização pelo Estado do bem comum, através do controle recíproco de poderes, chamado de sistema de freios e contrapesos.

A seguir, em capítulo destacado, estudaremos estas três funções públicas, especialmente a jurisdicional que, mais de perto, diz respeito ao tema objeto deste estudo, sempre lembrando que “é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha” (Dalmo Abreu Dallari, *ob. cit.*, p. 90).

Capítulo segundo: *As funções do Estado*

§ 1.º — *Considerações de ordem geral*

Como de todos é sabido, o princípio da separação de poderes, ou melhor, das funções estatais, remonta ao século XVIII, quando o gênio de Montesquieu (*Do Espírito das Leis*) sistematizou cientificamente a estrutura política do Estado moderno.

São suas estas palavras, colhidas alhures: “A liberdade política somente existe nos governos modernos. Mas nem sempre ela existe nos governos modernos. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna, que todo o homem, que detém o poder, é levado a dele abusar e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição da coisa o poder limite o poder”.

Vemos aí esboçada a doutrina norte-americana do sistema de “freios e contrapesos”, já anteriormente mencionada e tão a gosto dos constitucionalistas modernos.

É verdade que juristas de escol, como *Burdeau (Traité de Science Politique)* e *Maurice Duverger (Droit Constitutionnel et Institutions Politiques)*, questionam seriamente tal divisão de poderes, chegando até mesmo a negar a sua natureza científica e utilidade prática. Entretanto, deixemos de lado esta questão para nos mantermos nos exatos limites deste trabalho, ficando tão-somente consignada a sedutora discussão doutrinária.

Por uma questão de justiça, não se pode deixar de fazer referência ao fato de que a lúcida teoria da separação de poderes em exame, embora de forma rudimentar, já se encontrava delineada na obra de *Aristóteles (Política)* e de *John Locke (Treatise on Civil Government)*. Entretanto, é em *Montesquieu* que encontramos a doutrina apresentada de forma escorreita, completa e sistemática, bem como formulada em bases científicas, fazendo-o o arauto do Estado liberal que a seguir se implantou.

Seja como for, não nos ocuparemos de focar o tema da separação ou divisão dos poderes do Estado sob o prisma político-cons-

titucional. Cabe-nos, precipuamente, à luz da melhor doutrina, distinguir claramente as diversas funções estatais entre si. Mais especificamente, tentaremos isolar a função jurisdicional das demais, definindo-a e examinando o seu escopo e natureza.

§ 2.º — Função legislativa e administrativa — Distinção

É curial que a diferenciação das funções estatais não pode ter por base um critério meramente orgânico-subjetivo, mas sim um seguro critério material, substancial ou ontológico. Em nenhum Estado tal divisão se apresenta de molde tão rígido que cada Poder desempenhe sua função com absoluta exclusividade. Pelo contrário, o que encontramos é a prevalência de uma atividade funcional comitada a um determinado Poder, sem que isto impeça que outro a desempenhe de forma mais particular. Assim, temos o Poder Executivo criando regras de conduta, gerais e abstratas, através dos diversos atos normativo que edita; temos o Poder Legislativo julgando os chefes políticos da nação e o Judiciário administrando os seus serviços e baixando atos gerais vinculativos, como os regimentos internos dos tribunais etc.

Na falta de elementos materialmente diferenciadores, outrora os autores sentiam enorme dificuldade de bem delinear e estreimar as três funções do estado. O próprio *Chiovenda* nos dá notícia deste tormentoso problema (*Principii di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, 3.ª ed., 1923*).

Também *Couture* faz referência a esta postura negativista, especialmente na Alemanha. São suas as seguintes palavras: "*La doctrina alemana no ha prestado a este tema particular atención, pues autores más representativos consideran que la jurisdicción integra la administración. Para ella no hay distinción sino meramente formal e externa, entre la función administrativa y la función jurisdiccional*" (*Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depálma, 1976, p. 32*).

Apesar das apontadas dificuldades, somos que a doutrina moderna logrou vencer o desafio, principalmente pelo labor científico dos grandes processualistas italianos deste século, como veremos adiante.

O Estado, embora seja uma criação natural da sociedade, atua sobre ela com a finalidade de ordená-la e disciplinar as diversas relações que o homem social trava entre si, tudo no desiderato de realizar o bem comum da população. Vale dizer, cria normas gerais e abstratas de conduta e as impõe imperativamente. Por outro lado, a tais normas se submete também, delimitando a sua atuação concreta e garantindo direitos subjetivos individuais, até mesmo contra o próprio Poder público.

Criando regras jurídicas e atuando concretamente na sociedade como pessoa, o Estado está exercendo duas importantes funções: a legislativa e a administrativa ou executiva. Como vimos no limiar deste trabalho, a legitimidade ou justificação destas atuações dependerá da maior ou menor representatividade popular dos detentores do poder político. Mas, isso é questão para a Ciência Política e não para o estudo do direito.

Assim, através da função legislativa, de caráter eminentemente constitutivo, o Estado cria regras de conduta gerais e abstratas que são impostas a todos de forma indistinta, regulando e possibilitando o convívio social. Já a função administrativa é desempenhada de forma concreta, agindo o Estado no seu interesse e tendo a lei como baliza da sua atuação. São bem nítidos os caracteres de cada uma destas funções, embora ambas sejam informadas pelo indispensável interesse público. Ainda ficarão melhor delineadas quando, no parágrafo seguinte, as confrontarmos com a função jurisdicional.

§ 3.º — Função jurisdicional: conceito e distinções

Na vida em sociedade, trava o homem múltiplas relações tendentes à satisfação de suas necessidades materiais e espirituais. Em sendo assim, torna-se natural que delas surjam conflitos de interesses os quais, o mais das vezes, são solvidos pelas próprias partes em litígio, através de transações, renúncias e demais formas de auto-composição.

Sucede, porém, que, em havendo resistência de uma das partes à pretensão da outra, vedada que está a autotutela, surge a necessidade de que o Estado, através do processo, resolva este conflito de interesses opostos, trazido à sua apreciação, dando a cada um o que é seu e reintegrando a ordem e a paz no grupo. De tal importante tarefa se desincumbe o Estado através da jurisdição, poder-dever, reflexo da sua soberania, através do qual, substituindo-se à atividade das partes, coativamente age em prol da ordem ou segurança jurídica. Trata-se de uma função pública de capital importância para o bom convívio dos homens na sociedade complexa e tensa em que vivemos.

Manuel Ibañez Frocham, em monografia inteiramente destinada ao tema que ora nos ocupa, traz à colação inúmeras definições de renomados autores modernos (*La Jurisdicción*, Buenos Aires, Depalma, 1972, pp. 42/44). Porém, destacamos duas que dão o necessário relevo ao caráter substitutivo da jurisdição, importante para separá-la da função administrativa, como se verá oportunamente.

Para *Chiovenda*, jurisdição "é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de parti-

culares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva" (*Instituições de Direito Processual Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1969, *passim*).

Análoga é a definição de *Piero Calamandrei*, citada por *Ibañez Froncham*, *in verbis*: "Es la función mediante la cual un órgano del Estado sustituye la propia actividad a la actividad ajena al actuar concretas voluntades de ley ya nacidas antes del proceso, las cuales no se dirigen a ese órgano sino a los sujetos de la relación jurídica sometida a decisión" (*ob. cit.*, p. 43).

Em resumo, como dissemos anteriormente, jurisdição é o poder-dever que cabe ao Estado de, substituindo-se às partes, resolver o conflito de interesses que lhe é apresentado a fim de que, tutelando o ordenamento jurídico, dê a cada um o que efetivamente é seu. Em poucas palavras: é o poder de julgar. Este seria o conceito preferido pela doutrina majoritária, baseado na chamada "teoria do conflito" e na "teoria da atuação do direito".

Entretanto, consoante sustentamos no trabalho intitulado "Reflexão teórica sobre o Processo Penal", (1) em abono aos ensinamentos do grande mestre espanhol *Jaime Guasp*, tais teorias, senão errôneas, modernamente se mostram ora materialmente excessivas, ora formalmente insuficientes (*Derecho Procesal Civil, Madrid*, 1968, *Inst. de Estudios Políticos*, 3.^a edição, 1.^o volume, pp. 13/18).

Destarte, somos que a teoria da jurisdição e a teoria do processo devem ter como pólo metodológico a *pretensão*, concebida como sendo a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, manifestada em juízo através da demanda.

Embora longo, vale a pena transcrever, neste passo, os valiosos ensinamentos do professor *Jaime Guasp*, por nós endossados expressamente:

"De aquí que, para obtener una noción precisa de la función jurisdiccional haya que renunciar a toda idea que no parta de la congruencia que existe entre Jurisdicción y proceso, pues ambos conceptos son correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro. En virtud de la definición del proceso, la Jurisdicción habrá de considerarse como la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones. El Estado asume esta función no porque si no lo hiciera quedaría sin resolver un conflicto o lesionado un derecho, sino porque, al no reconocer la figura de la pretensión procesal, quedaría estimulada por el abandono público la satisfacción privada de otras pretensiones de análogo contenido. Así, aunque

(1) *Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres*, Rio, Forense, 1986, pp. 5/23.

al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a este fin se basta en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, en fundamento de la jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes puedan formular ante él" (ob. cit., pp. 102/103).

Cabe ressaltar, por derradeiro, que a expressão "satisfação de pretensões" deve ser concebida no sentido estritamente jurídico, não supondo o reconhecimento sempre da postulação do autor, mas apenas examiná-la e decidi-la. Para melhor compreensão deste tema, remetemos o leitor ao nosso trabalho acima referido sobre a teoria do processo penal.

Urge agora que distingamos precisamente a atividade jurisdiccional do Estado das duas outras, levando-se em conta o critério material e não o orgânico-subjetivo. Desde logo, três idéias precisam ficar bem nítidas: a atividade jurisdiccional pressupõe sempre uma pretensão determinada e é substitutiva à atividade das partes. Por outro lado, ao inverso da legislativa, não é constitutiva.

A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação das normas jurídicas, porquanto, através da legislação, o Estado estabelece regras gerais e obrigatórias que se impõem coativamente à obediência de todos (Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio, Forense, 1962, 2.^a ed., 1.^o vol., p. 290).

Desta maneira, a função jurisdiccional bem se distingue da legislativa, pois, ainda no dizer de *Frederico Marques*, "na legislação, os interesses em conflito são compostos e regulados através de relações jurídicas e normas de conduta. Na jurisdição, esse conflito está qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, sobre a qual deve recair o pronunciamento do órgão estatal, mediante atividade processual, substituindo-se esse órgão como terceiro imparcial, aos titulares em contenda" (ob. cit., p. 282).

Lapidar é o ensinamento de *Georg Jellinek*, não só pela sua precisão, como também em face da época em que foi exposto, motivo pelo que não podemos deixar de transcrevê-lo:

"La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el

derecho incerto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como sistema complejo” (Teoría General del Estado, Buenos Aires, Ed. Albatros, 1973, trad. Fernando de los Ríos, p. 462).

Neste autor já se nota um critério firme de distinção entre a função jurisdicional e as demais.

Porém, foi o grande *Chiovenda* quem traçou os precisos contornos das três funções do Estado. Demonstrou ele ser a função jurisdicional uma atividade secundária enquanto que a administração é primária, no mesmo sentido que o é a atividade do particular em negociar. Naquela, o Estado se substitui à vontade das partes, resolvendo os litígios e fazendo valer o direito objetivo. Nesta, a administração tem o ordenamento jurídico *como limite* à sua atuação, sempre voltada para o bem comum, qual seu escopo. Em outras palavras, age para satisfação de seus interesses, tendo a lei como parâmetro.

Com a clareza e segurança que bem o distinguem, o professor *José Frederico Marques* traça o marco distintivo entre a jurisdição e a atividade administrativa do Estado. Vamos às suas palavras:

“Na atividade administrativa, ao revés, o órgão estatal não tem na lei o objeto material de suas funções. A lei não é para a administração, como acontece na jurisdição, o objetivo, a finalidade, a razão de ser da própria função. O juiz opera com a lei e a administração segundo a lei. O juiz procura na lei o conteúdo da sentença; o administrador nela vai buscar os limites de sua atividade, para que, no campo assim desenhado, possa executar suas funções” (ob. cit., p. 189).

É importante, outrossim, dar o indispensável relevo a duas outras características peculiares da função jurisdicional, quais sejam, a sua definitividade e ser ela, em regra, inerte, ou seja, depender de provocação. Como corolário da primeira característica ora citada, temos o instituto da coisa julgada e, no concernente à segunda, temos o princípio da demanda, *ne procedat iudex ex-officio*.

Absolutamente clara nos parece a distinção da jurisdição das demais funções do Estado formulada por *Jaime Guasp*, lastreada na sua teoria sobre a pretensão processual, *in verbis*:

“La diferencia fundamental que existe entre Legislación y Jurisdicción consiste en que ambas operan sobre realidades en absoluto desemejantes. La función legis-

lativa se propone dirigir la vida de la comunidad mediante la producción de normas jurídicas nuevas; la función jurisdiccional se propone la satisfacción de una pretensión comparándola, generalmente, con norma ya existente”.

“De la misma manera puede resolverse el problema de la distinción entre la función administrativa y la función jurisdiccional, **vexata quaestio** de la doutrina de una y otra ciencia. La diferencia entre Jurisdicción y Administración debe buscarse en la existencia en el primer caso y la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o imp^ulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la Jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la Administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general” (Derecho Procesal Civil, pp.103/104).

§ 4.º — Função jurisdiccional: princípios

Após conceituarmos a função jurisdiccional, distingui-la das demais funções estatais, através de suas características marcantes, passemos ao exame de seus princípios e de sua finalidade, louvando-nos em os ensinamentos da moderna doutrina de direito processual.

As divergências terminológicas, tão comuns nas ciências jurídicas mais recentes, também aqui se fazem sentir. Ao elencar os princípios que informam a função jurisdiccional, os autores apresentam classificações aparentemente dispares. Porém, se as examinarmos, com maior atenção, veremos que tais divergências são mais de natureza semântica do que substancial.

Em face desta constatação, levando-se em conta que qualquer contribuição pessoal neste particular somente iria agravar esta diversificação e prejudicar a forma didática e simples que pretendemos imprimir a este estudo, utilizamo-nos da terminologia mais aceita modernamente, procurando, contudo, uma classificação mais ampla, vez que alguns dos princípios, normalmente apresentados, autonomamente, estão abrangidos por um outro mais amplo.

Assim, o chamado princípio da regular investidura do juiz está abrangido pelo princípio do juiz natural, sendo certo, outrossim, que

está ele afeto a toda atividade pública e não particularmente à atividade jurisdicional. Por outro lado, não consideramos como princípio da inevitabilidade; c) princípio da indeclinabilidade. das suas características, consoante ficou afirmado no parágrafo anterior.

Pelo exposto, reduzimos a três os mais salientes princípios informativos desta função pública: a) princípio do juiz natural; b) princípio da inevitabilidade; c) princípio da indeclinabilidade.

O primeiro princípio referido diz respeito à garantia individual consagrada em quase todas as constituições dos povos cultos que mais de perto reflete a preocupação do Estado na proteção e manutenção de uma ordem verdadeiramente democrática. Vem ele consagrado no artigo 153, § 15, da Constituição Federal de 1969: "não haverá foro privilegiado nem tribunal de exceção". Quer dizer, ninguém será processado ou julgado senão por órgão judicial previamente consagrado em nosso sistema constitucional. Em outras palavras, não se criará órgão algum para julgar este ou aquele caso específico já ocorrido. Os órgãos judiciais têm sua competência regulada previamente na lei, de forma genérica e abstrata.

A toda evidência, tal garantia nada tem a ver com o foro por prerrogativa de função, consoante bem ficou demonstrado pelos professores *Hélio Bastos Tornaghi* e *José Frederico Marques* em suas obras sobre o Direito Processual Penal. O foro decorrente do exercício de uma função pública relevante não pode ser confundido com um privilégio pessoal, vez que abrange toda uma classe de cargos públicos, de forma genérica. Não é outorgado em razão das pessoas, individualmente, mas sim da relevância das funções desempenhadas, motivo pelo qual não pode ser renunciado. Tutela-se o prestígio do cargo e evita-se qualquer suspeita de que seja ele utilizado em prol do funcionário denunciado.

Somos que o chamado princípio de indelegabilidade está compreendido também no princípio do juiz natural. Se a própria lei não pode criar "juízes encomendados", com maior razão o juiz natural não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois estaria, por via indireta, atingindo a garantia do prévio juiz constitucional.

O segundo princípio, o da inevitabilidade, é uma afirmação do caráter público da função jurisdicional. Em sendo ela um reflexo da própria soberania do Estado, impõe-se a todos os seus súditos de forma inafastável. A todos sujeita. A ninguém é lícito se furtar ao poder imperativo do Estado que monopolizou a justiça e proibiu a composição privada coativa dos conflitos de interesses.

Por derradeiro, temos o princípio da indeclinabilidade que garante eficazmente a tutela do processo como instrumento de satisfação de pretensões. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, diz a primeira parte

do art. 153, § 4.º, da Constituição Federal. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, está expresso na primeira parte do art. 126 do Código de Processo Civil. Tais regras jurídicas são a consagração do princípio em exame.

De outro modo não poderia ser, pois, se o legislador pudesse excluir a garantia do processo ou o juiz negar a prestação jurisdicional, teríamos como único instrumento para a satisfação de pretensões a atividade privada das partes, ou seja, a desagregadora autotutela, incriminada pelo nosso Código Penal através do tipo do art. 345.

§ 5.º — *Função jurisdicional: escopo*

A finalidade da função jurisdicional, sob certo ângulo, é a mesma do processo, pois este é instrumento daquela. Nada obstante, isso não nos impede de admitir que ele, como meio de uma atividade fim, tenha o seu próprio escopo. Vale dizer, o meio utilizado para o alcance de determinado objetivo também é produto de um juízo de valor na sua escolha, vindo ele atender aos fins colimados nesta opção.

De suma importância para o desenvolvimento deste trabalho é a fixação do escopo do processo. Conjugando-se os princípios informativos, já estudados, com a finalidade principal da função jurisdicional, teremos elementos seguros para a conclusão sobre a sua natureza pública ou privada.

Três são as correntes doutrinárias que disputam a simpatia e preferência da grande maioria dos autores do direito processual. Uma, de cunho privatístico; outras, que permitem seja dado maior caráter público à função jurisdicional e ao processo de forma geral.

A teoria que primeiro agradou aos cultores do direito processual civil no século passado e início deste século é a que sustenta que a finalidade da jurisdição é tutelar os direitos subjetivos das pessoas. No entender desta teoria, o Estado estruturaria toda uma complexa atividade, por si monopolizada, para pôr à disposição da vontade dos particulares o exercício da faculdade de invocar a composição coativa de seus conflitos de interesses.

Não é esta a nossa posição. Tivesse o Estado, como fim precípua, ao organizar-se para prestar jurisdição, proteger os direitos subjetivos das pessoas, consectários do princípio da autonomia da vontade, não poderíamos deixar de reconhecer a natureza quase que privada desta importante função do Estado. Não se pode negar que o desempenho desta atividade vem em socorro também dos direitos subjetivos alegados em Juízo, porém, esta não é a finalidade principal do Estado, que visa principalmente fazer atuar a vontade abstrata da lei nos casos concretos (*Chiovenda*), ou satisfazer pretensões (*Guasp*).

Protegem-se os direitos subjetivos, mas não como escopo primeiro. Caso contrário, não poderíamos explicar a atividade jurisdicional no campo do direito penal, circunstância esta que impediria a desejada formulação de uma teoria unitária da jurisdição. Vejam-se a este respeito os agudos ensinamentos de *Calamandrei* (*Inst. de Derecho Proc. Civil*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1973, p. 176 do 1.º vol., trad. *Sentis Melendo*).

Na verdade, tem razão *Calamandrei* quando diz que “*el Estado defiende con la jurisdicción su autoridad de legislador*”. A finalidade da jurisdição é “*garantizar la observancia práctica de derecho objetivo*” (*ob. cit.*, p. 175).

José Frederico Marques, citando *Liebman*, afirma que o “escopo da jurisdição é o tornar efetiva a ordem jurídica e impor, através dos órgãos estatais do Poder Judiciário, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação” (*Instituições*, p. 279 do 1.º volume).

Na própria definição de *Leo Rosenberg* está explicitada a finalidade da jurisdição. São suas estas palavras: “*la jurisdicción llamada también de función de justicia, poder judicial, es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico*” (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1955, trad. *Angela Romera Vera*, p. 54 do 1.º volume).

Valemo-nos ainda da autoridade indiscutível de *Pontes de Miranda*: “A finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo; e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos. Na parte do direito público, tende subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica, uma das funções é a atividade jurisdicional” (*Com. ao Cód. Proc. Civil*, Rio, Forense, 1974, p. 99 do 1.º volume).

Destarte, a atividade jurisdicional é eminentemente pública, tutelando o ordenamento jurídico estabelecido como fator de segurança e paz social. Porém, por questão de política legislativa, em sendo disponível a relação litigiosa, o Estado deixa aos titulares desta relação jurídico-material a iniciativa exclusiva, pois a autocomposição é o meio natural de resolução dos conflitos de interesses. Neste particular, cabe trazer à baila as belas palavras do professor *Joaquim Coutinho Mendes de Almeida*:

“O poder público, cujo interesse no conflito é resolvê-lo para realizar a paz jurídica de que depende a sociedade para viver e progredir, desmentiria essa finalidade precípua se pretendesse restaurar sobre o acordo parcial ou total dos particulares interessados, a luta dirimida, é só para, afinal, dirimi-la pela força pública. O juiz, que é pacificador, não deve funcionar onde a paz se restaurou

pelas vontades dos contra-interessados" (*Princípios Fundamentais do Processo Penal*, S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973, p. 85).

Admitindo, como fazemos, que o fim primeiro da jurisdição é a satisfação de uma determinada pretensão manifestada perante o Poder Judiciário, conforme lição do eminente processualista espanhol *Jaime Guasp*, exposta no item anterior deste trabalho, podemos melhor explicar a atividade jurisdicional em sede penal, conforme deixamos escapar momentos antes. Na realidade, tendo o crime violado o preceito primário da norma penal incriminadora, o Estado reage através de uma pretensão punitiva a fim de restaurar a ordem jurídica. Não o faz para proteger direitos subjetivos, que não existem. Mesmo na impropriamente chamada ação penal privada não há direitos subjetivos a serem atendidos, apenas o Estado, por questão de política legislativa, outorga legitimação para agir ao sujeito passivo da infração penal, exclusivamente em atenção à sua privacidade que, fatalmente, será atingida pelo *streptitus iudicii*.

A jurisdição terá a natureza penal se a pretensão deduzida pelo autor tiver que ser decidida através da aplicação do Direito Penal ou de alguma norma do Direito Processual Penal.

§ 6.^a — Função jurisdicional e processo de conhecimento

Por inúmeras vezes, no curso deste trabalho, temos evidenciado algumas idéias básicas para o estudo do Direito Processual. Cumpre agora defini-las com maior precisão. Para tanto, valemo-nos dos conceitos formulados pelo grande *Carnelutti*, ainda válidos para os dias de hoje.

Entende-se por *lide* o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, *Unión Tipográfica*, ed. *Hispano Americana*, p. 44 do 1.^o volume, trad. *Alcalá-Zamora e Sentis Melendo*).

Interesse é a posição favorável à satisfação de uma necessidade (*ob. cit.*, p. 11), e pretensão é a exigência de subordinação de interesse alheio ao interesse próprio (*ob. cit.*, p. 44).

Liebman e Calamandrei restringem o conceito de *lide* cunhado por *Carnelutti*, que apanha o conflito de interesse tal qual ele se apresenta no plano social. Limitam o próprio conteúdo material do processo, tendo em vista a prestação jurisdicional invocada pelo autor, através de seu pedido. Para *Liebman*, *lide* é aquele conflito depois de moldado pelas partes e vasado nos pedidos formulados ao juiz (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, *Bushatsky*, 1976, p. 117).

Para o desenvolvimento de nossas idéias, por ora, bastam estes conceitos em sua forma mais simples. Caminhemos de maneira segura e didática.

Como diz o professor Frederico Marques, a atuação da lei, pelas vias jurisdicionais, não se opera de uma única forma (*Instituições*, p. 284 do 1.º volume). Em verdade, conforme a natureza da pretensão deduzida em Juízo, teremos três espécies de processos a serem utilizados na atividade jurisdicional. *Chiovenda*, quando afirma que a jurisdição destina-se a fazer atuar a vontade da lei ou torná-la praticamente efetiva, está sabiamente discriminando a atividade cognitiva da executória do juiz, respectivamente.

Hoje já não mais se põe em dúvida o caráter jurisdicional da execução, como bem o demonstrou o professor Cândido Dinamarco (*Execução Civil*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, pp. 66/70). Os estudos de *Liebman* também neste particular foram decisivos.

Em verdade, na execução, o juiz também desenvolve uma atividade substitutiva à das partes, realizando atos materiais tendentes a tornar efetiva a satisfação prática da pretensão acolhida no processo de conhecimento ou expressa em um título executivo extrajudicial, independentemente da vontade do devedor da obrigação, que a tudo fica sujeito.

Execução é a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciais que tem por finalidade conseguir, por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida (*Enrico Tullio Liebman, Processo de Execução*, S. Paulo, Saraiva, 3.ª ed., 1968, p. 4).

A atividade jurisdicional no processo de conhecimento destina-se a "descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso". Já, através do processo de execução, "realizam-se operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos" (*Liebman, ob. cit.*, p. 38).

Ainda é o mesmo jurista italiano quem diz: "na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certo ponto de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada)" (*ob. cit.*, p. 37).

Mas não são só estas duas as formas de atuar o Estado no desempenho da sua função jurisdicional. Os processos de conhecimento e de execução podem ter a sua eficácia, em casos especiais

de urgência, dependente de uma atuação estatal mais célere. "Diante de uma situação contenciosa proveniente de pretensão contestada, pode haver necessidade de atuação preliminar e rápida dos órgãos jurisdicionais, em processo cautelar, para evitar as conseqüências do *periculum in mora*. Em tal hipótese, funciona a jurisdição em caráter instrumental, pois tem por escopo garantir a eficácia do processo de conhecimento, ou de execução" (*Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, Rio, Forense, p. 284, 1.º volume*).

Vale a pena, neste passo, transcrever trecho magistral do professor e desembargador José Carlos Barbosa Moreira. Posto que seja longa a citação, sua clareza e objetividade nos encorajam a transcrevê-la:

"O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua praticamente essa norma jurídica concreta, tem um denominador comum: visam um e outro à tomada de providência capaz de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso, se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa".

"A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente instrumental em relação as duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata ou preventiva".

"A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório" (O Novo Processo Civil Brasileiro, Rio, Forense, 1976, p. 173 do 2.º vol.).

Destarte, são bem distintas as três formas utilizadas pelo Estado no desempenho da sua função jurisdicional: o processo de conhecimento, de execução e o cautelar.

§ 7.º — *Jurisdição voluntária*

A doutrina está assente em que nem todos os atos praticados no âmbito do Poder Judiciário podem ser considerados como atos jurisdicionais, ou ainda, de forma mais restrita, nem todos os atos praticados pelo juiz no desempenho de sua atividade concreta é ato jurisdicional. Aliás, momentos antes já advertíamos que o critério orgânico-subjetivo não é o mais adequado para a compreensão da ontologia dos atos e funções estatais. O critério há de ser o material ou substancial.

Pode-se afirmar que o ato judicial em sentido *lato* é gênero de duas espécies: o ato jurisdicional e o ato judicial em sentido estrito. "Tudo quanto é atribuído ao Poder Judiciário tem o caráter de função judiciária, mas só se considera função jurisdicional a aplicação do direito objetivo a casos concretos, em razão de uma pretensão", seja resistida, insatisfeita ou instrumental (*Frederico Marques, ob. cit., p. 38*).

Ainda na esteira do renomado mestre paulista, podemos afirmar que "os atos de jurisdição voluntária não traduzem qualquer imposição do direito objetivo relativamente a uma pretensão, nem se destinam a dissipar incertezas e dúvidas a respeito da existência de relações de vida disciplinadas pela ordem jurídica. Na jurisdição voluntária, a intervenção do juiz se faz imprescindível para que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se. O órgão judiciário presta sua assistência, integrando um negócio jurídico, e isto porque o Estado, apesar de tratar-se de relações de interesse individual, entende de tutelá-las a fim de garantir melhor os preceitos legais que regem essas relações de vida" (*ob. cit., p. 76*).

José Alberto dos Reis, o mais festejado dos processualistas de origem portuguesa, assim se expressou com relação à natureza da impropriamente chamada jurisdição voluntária:

"Os atos de jurisdição voluntária não são, pela sua natureza, atos de Poder Jurisdicional, visto que o magistrado, ao realizar esses atos, não se propõe eliminar o contraste entre duas vontades individuais relativamente à aplicação de uma regra objetiva ou, por outras palavras, não se propõe definir e declarar o direito, adaptando a norma abstrata a um caso concreto; são atos de natureza administrativa ou político-administrativa, como diz Galante, que ainda estão confiados aos magistrados oficiais pela força de tradição" (apud Frederico Marques, ob. cit., p. 77).

Também assim entende Calamandrei, asseverando que a natureza administrativa da jurisdição voluntária ou graciosa:

“Por su contenido, la jurisdicción entra en la rama más vasta de la función administrativa que suele llamar administración pública del derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus interés mediante desarrollo de las relaciones jurídicas” (Instituciones, p. 192 do 1.º volume).

Desta maneira, através da jurisdição voluntária, administração pública de interesses privados, o Estado não acolhe ou rejeita pretensões, mas tão-somente atua conjuntamente com os interessados para a realização de negócios jurídicos, dando-lhes maior segurança e submetendo-os a maior fiscalização estatal. Na jurisdição voluntária — que não é nem jurisdição e nem voluntária — não há processo, mas simplesmente procedimento. Não há pretensão, mas interesses comuns ou paralelos. Não há pedido, mas requerimento. Não há partes, mas pessoas interessadas.

Sob o aspecto ontológico, nada impede que tenhamos procedimentos de jurisdição voluntária no processo penal, sejam vinculados, de alguma forma, à ação penal condenatória, sejam vinculados às ações penais não condenatórias. Com inteira razão e propriedade, o ilustre prof. Sergio Demoro Hamilton vislumbra a existência de jurisdição voluntária nos procedimentos regulados nos artigos 33, 35, § único, e 53 do Cód. Proc. Penal (“Vestígios da jurisdição voluntária no processo penal”, “Rev. de Direito Penal”, Ed. Forense, n.º 30, pp. 55/59). Este também é o nosso entendimento.

§ 8.º — *Considerações de ordem conclusiva.*

O caráter público da função jurisdicional

Bem delimitado o campo de nosso estudo ao processo de conhecimento, cumpre tecer algumas considerações conclusivas sobre tudo o que foi objeto de exame até o presente momento.

Demonstrado como ficou que o Estado, como criação natural do meio social, é uma instituição necessária e voltada para a realização do bem comum, não pode restar dúvida de que a sua atuação em todos os setores está impregnada por este escopo, não importando a forma pela qual ela é desempenhada, ou seja, através da função legislativa, administrativa ou jurisdicional.

O Estado, que regula as relações sociais por meio de normas permissivas ou proibitivas, genéricas e abstratas, impondo-as coercitivamente a todos os seus súditos, tem interesse em que tais regras

de convivência social harmônica e pacífica sejam eficazes, tenham plena aplicabilidade nas relações inter-subjetivas, como fator de segurança e estabilidade.

Por outro, a par de também ser sujeito no universo jurídico que criou, o Estado se aparelha de forma lógica e técnica para fazer atuar a vontade das normas por ele concebidas, a fim de julgar pretensões que não puderam ser objeto de autocomposição pelas partes. Isto porque a autotutela é condenada, vez que fator de desagregação social e de enormes injustiças, na medida em que a "razão" sempre ficaria com o que fosse mais poderoso ou mais hábil.

Ora, se assim o é, não há razão para se pôr em dúvida o caráter público da função jurisdicional, concretizada através do "devido processo legal", pois, como deixou dito *Ugo Rocco*, "o interesse do Estado no exercício da jurisdição é, indubitavelmente, um interesse de caráter público e geral, dirigindo-se à satisfação dos interesses individuais ou coletivos, tutelados pelo direito objetivo" (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1976, trad. *Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin*).

O interesse do Estado não se limita a criar as regras de comportamento desejáveis na sociedade. Também o seu interesse vai além de pôr à disposição dos indivíduos o seu aparato judicial. "O Estado tem interesse em que a sua função jurisdicional seja desenvolvida da maneira mais correta e rápida, pondo termo ao litígio, com a atuação da lei, restabelecendo a paz social perturbada pela divergência entre os demandantes" (*Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Cód. Proc. Civil*, Rio, Forense, 1975, 1.º volume, 2.º tomo, pp. 513 514).

Na primorosa exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei que, posteriormente, se tornou o ab-rogado Cód. Proc. Civil de 1939, o Ministro Francisco Campos foi bastante incisivo em afirmar a natureza pública da função jurisdicional, mostrando a tendência irreversível da publicização do processo. Assim se expressou o jurista:

"A transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la pronta e acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir traços de autoridade".

Ora, a assimilação da natureza pública da função jurisdicional, que vai refletir em todo o seu instrumental, é de suma importância para a boa compreensão do sistema processual e extração de seus princípios informativos, os quais permitem operar com os institutos e categorias processuais de forma lógica e coerente.

Ademais, é uma tendência inelével e inarredável tal publicização. Ela se faz sentir na própria evolução das teorias sobre a natureza da ação que, ultrapassadas as concepções imanentistas ou civilistas, atingem foros de cientificidade e de explicação da realidade jurídica. A ação é concebida modernamente como um direito subjetivo ou poder jurídico de exigir do Estado, em face de uma situação concreta, a prestação jurisdicional prometida em sede constitucional. A ação é movida contra o Estado, em face do réu. O Estado, que monopolizou a jurisdição, se torna devedor de uma atuação coativa e eficaz necessária ao julgamento das pretensões que lhe são apresentadas pelas partes, exteriorizadas através do pedido. As relações jurídicas decorrentes do processo são públicas.

Também esta publicização aparece na evolução das diversas teorias que procuraram explicar a ontologia jurídica do processo, consoante se demonstra no trabalho denominado "Reflexão teórica sobre o Processo Penal". (2)

(2) Nosso livro, *Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres*, Rio, Forense, 1988.