

JURISDIÇÃO, HOJE, NO BRASIL

JOSÉ MARIA TESHEINER*

MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA**

RESUMO: Examinadas algumas das principais teorias a respeito do tema, a jurisdição é apresentada como atividade cometida ao Poder Judiciário, pela Constituição, visando aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Teorias da Jurisdição. Ações Diretas de Constitucionalidade e de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: After examining some of the main theories on the subject, jurisdiction is presented as an activity imparted upon the Judiciary Power, by the Constitution, aimed at fulfilling the fundamental objectives of the Brazilian Federal Republic.

KEYWORDS: Jurisdiction. Jurisdiction Theories. Direct Actions of Constitutionality and Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de jurisdição; 2.1 Teorias; 2.1.1 Atividade de substituição; 2.1.2. Coisa julgada; 2.1.3. *Lide*; 2.1.4. Imparcialidade; 3. Jurisdição e Ação Direta de Inconstitucionalidade; 4. Jurisdição e ações coletivas; 5. Conclusão.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Concept of Jurisdiction; 2.1. Theories; 2.1.1 Substitution activity; 2.1.2. *Res judicata*; 2.1.3. Strife; 2.1.4. Disinterestedness; 3. Jurisdiction and the Direct Action of Unconstitutionality; 4. Jurisdiction and class actions; 5. Conclusion.

1. INTRODUÇÃO

Ao se tratar do tema “jurisdição”, perguntas sobre seu conceito, finalidade, origem e modo de exercício afloram naturalmente.

Neste ensaio, não trataremos, senão incidentalmente, do histórico da jurisdição (origem) e do modo como é exercida.

As perguntas que procuraremos responder são estas: o que é jurisdição? E para que serve?

Interpenetram-se as duas questões, porque não nos move um interesse meramente conceitual. Queremos saber o que é jurisdição, para determinar a função que o Poder Judiciário é chamado a exercer.

Pode-se fazer do Direito um “vetor de redução de desigualdade e vetor do

* Professor de Processo Civil na PUC/RS, Desembargador aposentado do TJRS.

** Mestre em Direito pela PUC/RS, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS, Advogada em Porto Alegre/RS.

desenvolvimento¹”? E, nesse caso, qual o papel do Poder Judiciário, se é que tem algum?

São questões como essas que se deve ter em mente, quando se busca determinar o que é jurisdição, hoje, no Brasil.

2. CONCEITO DE JURISDIÇÃO

A experiência inglesa, recolhida e sistematizada por Montesquieu, e as revoluções americana (1776) e francesa (1789) romperam o núcleo do poder político implantando o princípio da separação dos Poderes. Em vez de um centro único, rei, os três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao Poder Legislativo atribuiu-se a função de elaboração das leis, normas gerais e abstratas. Ao Poder Executivo, a administração do Estado. Ao Poder Judiciário, a jurisdição.

Nessa linha de pensamento dispõe o art. 2º da Constituição de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Em outro passo, diz a Constituição que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”², donde se pode extrair a afirmação a jurisdição, função precípua do Poder Judiciário, consiste na apreciação (julgamento) de alegações de lesão a direito, mas não só, porque lhe compete também impedir a consumação de ameaças a direito. Em outras palavras, a tutela dos direitos subjetivos violados ou ameaçados compete ao Poder Judiciário.

A idéia de jurisdição vai, portanto, além do seu étimo: *dizer o direito*. Como função atribuída a um dos Poderes do Estado, não se limita à declaração de direitos, mas envolve a execução de suas próprias decisões.

Por se tratar de um poder do Estado, apresenta-se como inseparável do “*imperium*”³.

A jurisdição, diz Darci Guimarães Ribeiro, constitui monopólio do Estado.⁴ É vedada qualquer espécie de justiça particular.⁵ O monopólio da jurisdição é resultado natural da formação do Estado. Dele decorre, para o Estado, o dever de prestar a tutela jurisdicional apropriada à pretensão processual da parte.⁶ Da soberania do Estado decorre o monopólio da jurisdição e dele, o direito de acesso ao Judiciário.

A jurisdição é atividade estatal, diz Araken de Assis: “Ao proibir os cidadãos de resolverem por si suas contendas, o Estado avocou o poder de resolver os conflitos de interesses, inerentes à vida social, e, correlatamente, adquiriu o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição. Aos interessados nessa atividade, o Estado reconhece

¹ Diogo R. Coutinho. Desenvolvimento, desigualdade e o papel do Direito. *Valor Econômico*, 9.04.2008, E2.

² Art. 5º, XXXV.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. I, p. 104.

⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 19.

⁵ Afirma Darci Guimarães Ribeiro: “Es el Estado quien administra la justicia e detenta el monopolio de la jurisdicción, o como prefiere denominar BORDIEU el “monopolio de la violencia simbólica legítima”, razón por la cual los mandatos utilizados por él para dirimir los conflictos se realizan através de la jurisdicción”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 75.

⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, pp. 76-7.

o direito de provocá-la, preventiva ou repressivamente (art. 5º, XXXV, da CF/88).”⁷

No Direito brasileiro, a atividade jurisdicional compete quase integralmente ao Poder Judiciário.

Num sistema como o nosso, que consagra a separação dos Poderes, a jurisdição corresponde a determinadas atividades-fim, atribuídas ao Poder Judiciário, pela Constituição, e que, por isso mesmo, não lhe podem ser subtraídas.

Entre essas atividades encontra-se, fora de qualquer dúvida, o julgamento das acusações, em matéria penal (jurisdição penal).

Há, porém, a exceção do processo de *impeachment* (julgamento do Presidente da República e do Vice-Presidente e de ministros de Estado nos crimes de responsabilidade), da competência é privativa do Senado Federal, após haver a Câmara dos Deputados declarado a admissibilidade da acusação formulada contra tais autoridades.

Também cabe ao Senado, processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (Constituição Federal de 1988, arts. 51, I e 52, I e II).⁸

A pena prevista limita-se à previsão de perda do cargo e inabilidade, por oito anos, para o exercício de função pública. Trata-se de processo predominantemente político, que não prejudica a imposição das demais sanções judiciais cabíveis (Constituição Federal de 1988, art. 52, parágrafo único).

São casos ditos de jurisdição “anômala”.

2.1 TEORIAS

Não se empreende uma indagação sobre um conceito jurídico, como o de jurisdição, com o intuito de se apontar a “essência” de um instituto. A ambição é bem mais modesta. Trata-se, em primeiro lugar, de se propiciar um acordo semântico, tendo-se consciência de que as características descobertas são verdadeiras somente dentro de determinadas coordenadas de tempo e espaço.

Ainda que com essas limitações, passamos ao exame de algumas das teorias da jurisdição, ainda que do século passado, vinculadas ao Estado liberal e de autores italianos, mas em voga no Brasil.

2.1.1 Atividade de substituição

Jurisdição, disse Chiovenda, é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos

⁷ ASSIS, Araken de. “Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade.” In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 9.

⁸ Art. 51 - Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

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”.

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade *intelectiva*, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei *concernente às partes*.

b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só executável pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei executável pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constringer o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não, entendamos, em representação de outros).

Não existe jurisdição somente quando, no curso da execução, surgem contestações que é preciso resolver (seja sobre a existência da ação executória, ou sobre certas medidas executórias); antes, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da lei. (...) Na (anterior) doutrina italiana (...) dominava a opinião de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa, e de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença. Suposto o conceito, então corrente, de escopo processual (definição de controvérsia), isso era compreensível.

Mas plausível não era a tentativa de justificar semelhante conceito com a idéia romana do *jus dicere* ligada ao especial ordenamento judiciário dos romanos. Só no direito comum foi que se desenvolveu o princípio *jurisdictio in sola notione consistit*, acolhido, depois, pela doutrina italiana e francesa.

Ora, não devemos contrapor império e jurisdição como qualitativamente diversos: a jurisdição não é, ao contrário, mais que um complexo de atos de império reagrupados por determinado escopo que o caracteriza, e emanados em virtude dos correspondentes poderes postos a serviço desse escopo e da função jurisdicional.⁹

Em crítica a essa concepção, Galeno Lacerda observou que, nas atividades que dizem respeito à própria atividade do juiz (ao se pronunciar, por exemplo, sobre a própria competência ou suspeição), não há qualquer traço de substitutividade.¹⁰

Na mesma linha, objetiva Araken de Assis:

O fato de o processo, geralmente, restaurar valores que os particulares – ou a Administração – desrespeitaram, sub-rogando-se, portanto, àquela conduta, induziu conclusão errônea, considerando “substitutiva” a atividade jurisdicional. Ora, ao aplicar as regras de competência, por exemplo, a ninguém o juiz substituirá, à medida que tais normas a ele, e não às partes, se destinam. Descobre-se, aí, a cognição sobre o próprio processo.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, pp. 4-11.

¹⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. III, t. I, p. 22.

Mais relevante (parece-nos) é o motivo apresentado por Ovídio Araújo Baptista da Silva para rejeitar essa concepção: “A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre a jurisdição, está em que o eminente processualista italiano, sob a influência ainda das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como coisas separadas e até, em certo sentido, antagônicas a função de legislar e a função de aplicar a lei.”¹¹

Efetivamente, há um abismo entre as concepções de ontem e de hoje sobre a função jurisdicional. O princípio da legalidade, que reinava soberano, foi suplantado pelas diretrizes traçadas pela Constituição, seus princípios explícitos e implícitos e, sobretudo, pelos direitos fundamentais nela proclamados. O Poder Judiciário, antes geralmente submisso aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, passou freqüentemente a julgá-los, em nome da Constituição e dos direitos fundamentais.

2.1.2 Coisa julgada

Segundo Allorio, jurisdicional é apenas a sentença que produza certeza jurídica.

Seu ponto de partida é uma lição de Kelsen, no sentido de que as funções do Estado não se distinguem por seus fins (o juízo quanto à finalidade é sociológico), mas apenas pelas formas e conseqüentes efeitos. O direito é ciência dos efeitos jurídicos e não haveria interesse em estudar a função jurisdicional como atividade distinta se não fossem diversos os seus efeitos. Ora, a sentença produz um efeito jurídico que lhe é peculiar e que não se encontra em qualquer outro ato: é o efeito declarativo, a coisa julgada material.

Se é verdade que esta não ocorre nos atos administrativos, inclusive nos de “jurisdição” voluntária, e se é verdade que ela se faz presente na jurisdição propriamente dita, por que não apontar tal circunstância como característica e elemento diferenciador? Entre a jurisdição voluntária e a contenciosa não há diferença de substância, mas apenas de forma, o que explica a fungibilidade de determinadas matérias, enquadradas pelo direito positivo ora numa ora noutra categoria. A sentença constitutiva proferida em sede contenciosa produz coisa julgada material. É, portanto, incondicionalmente jurisdicional, sendo correto afirmar-se que a mudança jurídica dela decorrente devia produzir-se porque presentes os pressupostos legais. Quanto aos atos de instrução, é evidente que são atos processuais, mas não jurisdicionais. Quanto às medidas cautelares, é certo que não produzem coisa julgada material. Portanto, não são jurisdicionais, o que não significa que entrem no âmbito da jurisdição voluntária.

A coisa julgada é que diferencia a jurisdição em sentido próprio, mas isso não significa que a falta de coisa julgada seja um fenômeno exclusivo da “jurisdição” voluntária, pois é óbvio que não produzem tal efeito os atos legislativos e os administrativos; nem por isso a legislação e a administração entram na “jurisdição” voluntária. Em suma, jurisdicional é todo ato e só o ato que produza coisa julgada material, entendida esta nos termos do art. 2.909 do Código Civil italiano (“A declaração de certeza contida na sentença passada em julgado forma estado para todo efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores”).¹²

¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1991. v. I, p. 21.

¹² ALLORIO, Enrico. *Problemi di diritto*, Milano, Giuffrè, 1957, v. 2.

Embora nada impeça que se convençione chamar de jurisdicionais apenas as decisões aptas a produzir coisa julgada material, certo é que uma teoria processual nada ganha com essa redução conceitual, que exclui de seu âmbito não apenas os atos judiciais executivos e cautelares, mas, dentro mesmo do processo de conhecimento, os atos de instrução e as sentenças meramente processuais.

Mais relevante, porém, é apontar para o fato de que, em comparação com o passado, o princípio da segurança jurídica e, com ele, o instituto da coisa julgada, perdeu importância, como prova a forte aceitação, entre nós, do movimento de “relativização da coisa julgada”.

Observa Eugênio Facchini Neto que, agora, o juiz não é mais somente intérprete da lei, mas intérprete e resolutor direto dos conflitos e mediador dos interesses. Ao lado de sua clássica função de fornecer segurança aos particulares, o Estado assumiu prevalentemente as funções de reformulação e de retificação de equilíbrios sociais através da distribuição e redistribuição de recursos, do que resultou a redução da importância do valor da certeza do direito que, segundo o Autor, não deve ser uma grande preocupação do juiz. “Enquanto antigamente o juiz era chamado sobretudo para decidir com o olhar voltado para o passado – de moído, pode-se dizer, retrospectivo – hoje é frequentemente chamado a escolher, relativamente às possíveis alternativas que lhe são explicitamente deixadas abertas, aquela que melhor se presta a satisfazer os objetivos pré-fixados no horizonte constitucional”.¹³

Ora, a coisa julgada não pode senão se referir ao passado. A sentença pode ser imutável, porque o passado é imutável. Mas não se pode atribuir imutabilidade a uma sentença prospectiva, emitida para regular o futuro, porque este é incerto e sujeito a alterações decorrentes de fatos imprevistos e imprevisíveis.

2.1.3 *Lide*

O conceito de *lide*, tal como construído por Carnelutti, tem fundamental importância para aqueles tantos que vêm na *lide* o objeto do processo, definindo a jurisdição como atividade voltada à sua composição.

Ao conceito de *lide* chega-se passo a passo a partir da idéia de “interesse”.

Interesse é a relação entre o homem e os bens. Sujeito do interesse é o homem; o bem, o seu objeto. O trágico está em que os interesses humanos são ilimitados, mas limitados os bens.¹⁴

Conflito de interesses. Se duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, tem-se um conflito intersubjetivo de interesses ou, simplesmente, um conflito de interesses.

Pretensão. É o ato de se exigir a subordinação do interesse de outrem ao próprio.¹⁵

¹³ FACCHINI NETO, Eugenio. O Judiciário no mundo contemporâneo. Porto Alegre: *Revista da Ajuris*, n. 108, 139-166, dez/2007.

¹⁴ (Interesse, “situazione favorevole al soddisfacimento di un bisogno” - Francesco Carnelutti, *Lezione di diritto processuale civile*, Padova: CEDAM, 1931, v. 1, p. 5 – “o meglio, possibilità del soddisfacimento di un bisogno mediante un bene” - *Principi del proceso penale*, Napoli: Morano, 1960, p. 44).

¹⁵ “Il concetto di pretesa, assai variamente inteso, era stato da me definito, dopo alcune incertezze, quale esigenza della soddisfazione di un proprio interesse in confronto con un interesse altrui” (Carnelutti,

Lide: Conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida.¹⁶

Inicialmente, Carnelutti excluiu a execução do conceito de jurisdição:

Não me preocupa que no transcurso da história e inclusive na lei atual a palavra 'jurisdição' se utilize fora dos limites de seu significado natural, para indicar qualquer função processual. Tal uso se deve à preponderância que teve o processo jurisdicional na lenta elaboração do pensamento acerca dos fenômenos processuais. O processo executivo e, em geral, os outros tipos de processo permaneceram até ontem na sombra, e desse modo a noção de jurisdição absorveu integralmente a noção de processo.¹⁷

Posteriormente, veio a ampliar o conceito de *lide*, para incluir não só as pretensões negadas ou resistidas, mas também as pretensões reconhecidas mas insatisfeitas (*lides* de pretensão insatisfeita), estas correspondentes aos processos de execução.

A concepção de Carnelutti é atraente, pela simplicidade de seu ponto de partida e bem explica as ações fundadas em alegados direitos de crédito, negados ou insatisfeitos. Mas não abrange sequer todo o universo das ações individuais, como demonstrou Calamandrei, argumentando com as sentenças constitutivas necessárias.¹⁸ Tome-se o exemplo da ação anulatória de casamento. A anulação, requerida por um dos cônjuges, somente pode ser decretada por sentença judicial, nada importando que o outro concorde (submissão à pretensão) ou não (resistência à pretensão).

De igual forma, é irrelevante, no processo penal, a submissão do réu. Ainda que ele concorde com a pena pretendida pelo Ministério Público, é necessária a sentença, para que ela possa efetivamente ser aplicada.

Por outro lado, o desaparecimento da pretensão acarreta o da *lide* e deveria, por consequência lógica, determinar a extinção do processo. Contudo, e isso pode ocorrer em processo penal, pode o Ministério Público pedir a absolvição do réu (renúncia à pretensão) e condená-lo o juiz.

E não parece razoável afirmar-se que a atividade do juiz é administrativa ou jurisdicional, conforme o réu concorde ou não com a pretensão do autor, quando juridicamente irrelevante a opção do demandado.

Segundo José Frederico Marques. Há *lide*, no processo penal, mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição, caso em que permanece latente¹⁹, mas o próprio Carnelutti veio a afirmar que no processo penal não há *lide*, o que o levou a

Sistema de derecho procesal civil, Buenos Aires: Uthea, 1944, v. 1, p. 40; *Istituzioni*, v. 1, p. 78; *Teoria generale del diritto*, p. 20, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 53; e *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 93).

¹⁶ "La lite é il confitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell'una e dalla resistenza dell'altra" (Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 40, *Istituzioni*, cit., p. 78; *Teoria*, cit., p. 20; *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 53; e *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 93).

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 222.

¹⁸ *Litis y jurisdicción*, in *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

¹⁹ *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, p. 253.

enquadrá-lo na categoria da jurisdição voluntária.²⁰

Disse Ada Pellegrini Grinover:

É certo que Calamandrei criticou o conceito de *lide* de Carnelutti, afirmando ter ele sentido sociológico e não jurídico; também Liebman realçou que o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é a razão de ser, a causa remota, mas não o objeto do processo. Mas para transferir a posição de Carnelutti do plano sociológico para o plano jurídico, basta identificar o mérito com aquela parcela de *lide* que é deduzida pelo autor, em juízo, através da pretensão, e à qual o réu resiste, através de suas exceções ou da mera insatisfação".²¹

Mas, com essa restrição, já não é a *lide* que se apresenta como objeto do processo, mas o pedido do autor, isto é, a parcela da *lide* deduzida em juízo. E se a *lide*, como tal, não é o objeto do processo, não se pode definir jurisdição como atividade tendente à sua composição.

Mais importante do que essas críticas pontuais é destacar que, de então para cá, a jurisdição passou a ter por objeto matérias que vão muito além do conflito individual de interesses, que Carnelutti teve em mente, ao construir sua teoria.

Não cabem no esquema carneluttiano: a ação popular, para anular ato lesivo ao patrimônio público (Constituição, art. LXXIII); o mandado de injunção, por falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais (Const., art. 5º, § 1º); a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Const., art. 129)²², a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (Const., art. 103, § 2º) e, de um modo geral, as ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, a jurisdição já não se limita à resolução de conflitos entre particulares ou mesmo entre um particular e o poder público. Ampliou-se o seu objeto, tornando insuficientes explicações que, por antigas, não levaram em conta esse dado novo.

2.1.4 Imparcialidade

Deixemos de lado os autores italianos do século passado, para colher a lição de um processualista brasileiro e contemporâneo.

Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva, são características da jurisdição a estatalidade e a imparcialidade.

a) O ato jurisdicional é praticado pelo juiz, autoridade estatal, que o pratica com a finalidade específica de aplicar a lei ao caso concreto, o que o distingue do ato administrativo, porque o administrador desenvolve a atividade específica de sua

²⁰ *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960. pp. 48-9.

²¹ *As condições da ação penal*: São Paulo: Bushatsky, 1977, pp. 10-1.

²² Considere-se, por exemplo, a liminar conseguida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, impedindo a cobrança da Taxa de Liquidação Antecipada (TLA) pelo Banco Santander, nos casos em que o cliente pretende quitar antecipadamente um empréstimo ou uma operação de *leasing* (Valor. São Paulo, 10.04.2008. C2).

função, tendo a lei por limite e o bem comum por objetivo, o que vai além da simples aplicação da lei ao caso concreto.

b) Ao praticar o ato jurisdicional, o juiz encontra-se numa posição de independência e estraneidade, relativamente aos interesses em jogo.²³

Define-se, assim, a jurisdição como regulação de uma relação interpessoal por um terceiro imparcial.

Como fundamento dessa concepção, pode-se apontar o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se lê: "Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um Tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

Indicam-se, aí, o *conteúdo* ou *matéria* jurisdicional: determinação dos direitos e deveres de uma pessoa em face de outra (jurisdição civil); exame de acusação formulada contra alguém, em matéria penal (jurisdição penal).

Pode-se apontar, como elemento *formal* da jurisdição, a circunstância de emanar tal regulação de um órgão "independente e imparcial", como parece decorrer do citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem?

Não se trata, é evidente, da *virtude* da imparcialidade, que se exige, sim, do juiz, sem que se possa, porém, transformá-la em fundamento da jurisdição, sob pena de se criar uma teoria processual limitada aos juizes virtuosos; nem se trata de imparcialidade no sentido de que o juiz não deva ter um interesse direto e pessoal na causa, diverso do interesse geral e impessoal do Estado, o que também se exige do administrador público, não se constituindo em característica da jurisdição.

A imparcialidade deve ser entendida no sentido: a) de que existam partes, um autor e um réu; b) que o juiz não seja uma delas, pois ninguém é juiz em causa própria (*Nemo iudex in rem suam*); c) que o juiz seja "independente", isto é, não subordinado nem ao autor nem ao réu, o que implicaria, em última análise, a transformação de uma das partes em juiz. Jurisdição implica, pois, heterorregulação: regulação de relações estranhas ao julgador; não de relações de que seja parte.

Na jurisdição civil, abstraídos os casos em que o próprio Estado seja uma das partes, não há dificuldade em se ver no juiz um terceiro, independente e imparcial.

Todavia, na jurisdição penal (e essa é uma possível crítica à caracterização da jurisdição a partir da idéia de imparcialidade), não se pode olvidar que o juiz é órgão do Estado e, portanto, está o Estado a regular relação entre ele próprio e o acusado e não relação a que seja estranho.

A essa objeção pode-se responder dizendo que, realmente, não é senão através do artifício da distinção entre Estado-juiz e Estado-acusador que se atribui ao julgador a condição de terceiro.

Parcializa-se o Ministério Público para que se possa ter um juiz imparcial. Trata-se, sim, de um artifício, mas que atinge o seu objetivo.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

A jurisdição penal é possível porque se pode separar a função de acusar da função de julgar. Há possibilidade lógica, porque o juiz, embora seja órgão do Estado, não se confunde com o Estado (a parte não se confunde com o todo em que se integra). Há possibilidade psicológica, porque nada impede que o juiz se posicione com independência em face de outro órgão do Estado. Há possibilidade jurídica, porque se pode atribuir a órgãos diversos as funções essencialmente diversas de acusar e de julgar.

Por fim, observa-se que, de fato, pode ocorrer que o juiz não seja nem independente nem imparcial, sem que isso afete os efeitos da sentença. É que, no composto *poder jurisdicional*, desaparecido o jurisdicional, resta ainda a realidade bruta do poder.

Que isso não surpreenda, porque o direito não representa senão um imenso esforço para coibir o arbítrio e transformar a força bruta em justiça.

3. JURISDIÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A função exercida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, tem natureza jurisdicional?

A dúvida surge, em primeiro lugar, porque, as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade determinam a constituição de processos ditos objetivos, isto é, sem partes, não havendo, pois, um terceiro imparcial, a regular relações entre partes; em segundo lugar, porque a decisão produz efeitos *erga omnes*, havendo, particularmente no caso de declaração de inconstitucionalidade, inovação na ordem jurídica²⁴, pela subtração de uma norma ou de uma interpretação, dita inconstitucional.

A questão é controvertida.

Conforme Piero Calamandrei, trata-se de atividade legislativa:

A verdade é que o recurso à Corte Constitucional para obter a declaração de ilegitimidade de uma lei não se dirige a obter um ato jurisdicional, senão, que tende a obter um ato substancialmente legislativo: isto é, um ato que, mesmo quando se chame de decisão ou sentença, terá os mesmos efeitos de um ato legislativo; não um ato que diga como deve ser aplicada ao caso concreto a lei que permanece em si, como norma geral, sem modificação, senão um ato que modifique a lei em geral, para todos os possíveis casos aos quais será aplicada no porvir.²⁵

É o que também sustenta Athos Gusmão Carneiro:

Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade legislativa, porque não vinculada à aplicação do direito a um caso concreto [...]

²⁴ “A atividade legislativa consiste em expressão de um poder político consistente em inovar a ordem jurídica, a partir de critérios de conveniência legislativa, fixando normas cogentes de comportamento (princípio da legalidade), de natureza geral e abstrata, as quais serão cumpridas mediante o uso da força do Estado.” (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 79).

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 83.

Referimo-nos, em primeiro lugar à ação direta de inconstitucionalidade [...] em segundo lugar [...] à ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.²⁶

Kelsen diz que “a anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um Tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo”.²⁷ Não obstante, afirma a natureza jurisdicional da atividade:

A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios e diretivas gerais, – a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro Tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional.²⁸

Depreende-se, das lições de Kelsen, que a função legislativa pode eventualmente estar contida na jurisdição, quando observa:

Um Tribunal, especialmente um Tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de uma decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso ‘sub-judice’, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, for uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é equívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o Tribunal cria, com a decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de norma geral. Em ambos os casos o Tribunal que cria o precedente funciona como legislador.²⁹

A doutrina de Kelsen foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes acórdãos, entre outros mais:

Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em

²⁶ CARNEIRO, Athon Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 20-1.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 1992, p. 261.

²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 343.

consequência, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo, tal como a modificação da data já fixada pelo Congresso Nacional para a realização de eleições municipais. (STF, Pleno, Adi 779 Agr / DF - Distrito Federal Ag. Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Min. Celso de Mello, Relator, J. 8.10.1992).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993 (art. 270 e seus pars. 1. e 2., bem como as expressões “não alcançados pelo artigo anterior” constantes do “*caput*” do art. 271). – Não só a Corte esta restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que e a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF, Pleno, Adi 896 Mc / DF - Distrito Federal Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Min. Moreira Alves, Relator, J. 3.11.1993).

O que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei nº 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, 1ª Turma, Re 196590 / Al – Alagoas Recurso Extraordinário, Min. Moreira Alves, Relator, J. 16.04.1996).

Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. (STF, Pleno, Adi 1822 / DF – Distrito Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. Moreira Alves, J. 26.06.1998).

Como já observamos, a jurisdição correspondente a determinadas atividades-fim, pela Constituição atribuídas ao Poder Judiciário.

Significa isso que o conteúdo da jurisdição é variável no tempo e no espaço. Nossa indagação volta-se, por isso, para a jurisdição, hoje, no Brasil.

Sobre o tema, observamos inicialmente que, no controle difuso de constitucionalidade, não há declaração de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade é apenas fundamento da decisão. Recusando aplicação à norma inconstitucional, o juiz não anula nem decreta nulidade. A hipótese, pois, é de ineficácia da norma, no caso *sub judice*.

Já no controle concentrado, há sim anulação ou decretação da nulidade, com eficácia *erga omnes*.

Ora, se o acréscimo, ao ordenamento jurídico, de uma norma geral e abstrata tem natureza de lei, não se pode negar idêntica natureza à subtração.

Manifesta, por esse ângulo, a natureza legislativa da decisão que, com eficácia *erga omnes*, “declara” a inconstitucionalidade de norma jurídica, como observou Kelsen.

É isso suficiente para negar a essa decisão a natureza de jurisdicional?

A resposta, que deve ser dada à luz de nossa Constituição, conduz a uma outra pergunta: pode uma lei ser anulada por outra, posterior?

A resposta, em nosso Direito, é sim, mas desde que sem prejuízo a direito adquirido, a ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, o que, na essência, implica um *não*, porque a anulação visa exatamente à desconstituição dos efeitos do ato anulado.

Podemos, pois, afirmar que, no atual sistema constitucional brasileiro, não se pode editar lei para desconstituir direito subjetivo, ato jurídico perfeito ou caso julgado.

Mas exatamente isso, que não se pode obter por lei, pode-se conseguir mediante ato judicial.

A decisão que “declara” a inconstitucionalidade de uma norma, com efeitos *ex tunc*, é desconstitutiva negativa: retira a norma do ordenamento jurídico, mesmo porque a “nulidade” somente existe depois de “declarada”, donde melhor dizer-se que há decretação da nulidade.

É preciso, portanto, ampliar-se o conceito de jurisdição, para ajustá-lo a essa previsão constitucional.

Que conseqüências práticas daí se podem, extrair?

A principal é a de que, em ação direta, a decretação de inconstitucionalidade deveria, como regra, ter efeitos *ex nunc*, diferentemente do que se afirma e do que dispõe a própria Lei.³⁰ A situação é diferente do que ocorre no controle difuso, em que o efeito *ex tunc* da “declaração” tem a natureza de questão prejudicial para o acolhimento ou a rejeição do pedido.

A sentença, abstrata, não desconstitui, automaticamente, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, fundados na lei declarada inconstitucional.

³⁰ Lei nº 9868/99, Art. 27. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

É outra consequência da excepcionalidade dos efeitos *ex tunc* da decisão. “Os atos não mais suscetíveis de revisão”, diz Gilmar Ferreira Mendes, não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade, mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão.³¹

4. JURISDIÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

A teoria do processo civil foi construída à vista de conflitos entre pessoas determinadas, especialmente o de um sedizente credor em face do indigitado devedor. Impõe-se agora rever os conceitos, inclusive o de jurisdição, à luz das ações coletivas e, em particular, da ação civil pública intentada para a tutela de direitos difusos.

Trata-se de tutela outrora circunscrita à Administração Pública, salvo se o administrado, sentindo-se lesado pelo ato administrativo, recorresse ao Judiciário, hipótese que se enquadrava no esquema clássico, como conflito entre um particular e a Administração, processado e julgado, no Brasil, pelo Poder Judiciário.

A novidade está em que, agora, pode ocorrer que atue primariamente, não a Administração Pública, mas o Poder Judiciário, provocado principalmente pelo Ministério Público.

Tome-se como exemplo o de uma liminar concedida para desbloqueio de uma estrada ocupada pelo Movimento dos Trabalhadores sem Terra ou por produtores rurais.

Para afirmar a jurisdicionalidade desse ato, poder-se-ia invocar a idéia chiovendiana de substituição: estaria o Ministério Público a pedir que o juiz substituísse a Administração, determinando o que ela indevidamente deixou de determinar. Ocorre que, para propor ação civil pública, o Ministério Público não precisa provar, nem sequer alegar, omissão da Administração. Mais ainda: A Administração, ainda que omissa, não é necessariamente parte na ação civil pública. O juiz não precisa condená-la, nem contra ela expedir alguma ordem.

Tampouco se apresenta adequada a idéia carneluttiana de *lide*. De pretensão resistida pode-se falar se a Administração busca o Judiciário para dobrar a vontade do administrado, ou se este dele se socorre para não ser indevidamente constrangido. Mas, nos casos que estamos a considerar, o Judiciário é chamado a atuar exatamente em função da ausência de *lide* entre o réu e Administração, que deixou de exigir o que devera ter exigido, ambos implicitamente de acordo em deixar as coisas no estado em que se encontram.

Defrontamo-nos, em casos como esses, com atos essencialmente administrativos, que assumem coloração jurisdicional porque praticados pelo Poder Judiciário, como terceiro imparcial. São, na verdade, atos apenas formalmente jurisdicionais.

Consequência prática dessa constatação é a pertinência de juízos de conveniência e de oportunidade, como ocorre, por exemplo, quando se mantém em funcionamento fábrica poluidora, tendo em vista os empregos que gera ou a natureza dos bens por ela produzidos.

³¹ Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 271.

Outra conseqüência é a inadequação do instituto da coisa julgada, dada a natureza prospectiva da atividade judicial exercida em casos tais. Assim, a “coisa julgada *erga omnes*”, a que se refere o art. 16 da Lei nº 7.347/85, há de ser interpretada como atinente à eficácia vinculativa da decisão, muito mais do que com a imutabilidade a que se refere o art. 467 do Código de Processo Civil. Seja como for, nas relações continuativas, a revisão é sempre possível (CPC, art. 471, I).

5. CONCLUSÃO

Num sistema como o nosso, que consagra a separação de Poderes, faz sentido conceituar-se a jurisdição: a) como atividade estatal, o que exclui a arbitragem, que pode ser cometida até mesmo a órgão estrangeiro; b) como atividade-fim de Poder Judiciário, o que exclui a chamada jurisdição anômala.

Faz sentido, também, buscar-se na Constituição as funções atribuídas ao Poder Judiciário, ainda que nem todas possam ser havidas como jurisdicionais. A organização de eleições, cometidas à Justiça Eleitoral, certamente não o é.

A caracterização de uma atividade jurisdicional não obedece a um critério único. Na maioria dos casos, vê-se na jurisdição atividade do Poder Judiciário a regular relações interpessoais, na condição de terceiro imparcial.

Mas não repugna a inserção, no conceito, da atividade exercida pelo Poder Judiciário nos processos objetivos, em que não há partes e, por isso mesmo, tampouco há um terceiro imparcial, dada a possibilidade de eficácia retroativa, o que, em nosso sistema constitucional, é vedado à lei, sempre que prejudique direito adquirido, ato jurídico perfeito ou caso julgado.

E para que todo esse aparato do Poder Judiciário, com funções bem definidas?

A resposta também há de ser buscada na Constituição. Os fins do Estado, nela determinados, são também os fins da jurisdição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição Federal, art. 3º).