

A FUNÇÃO TUTELAR DA JURISDIÇÃO

Filipe Guimarães

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O estudo tem por objeto a análise e a crítica das principais teorias clássicas a respeito da função da jurisdição, sempre elaboradas na perspectiva do Estado. O estudo pretende demonstrar a inadequação dessas teorias clássicas e apresentar uma proposta de reinterpretação do conceito de jurisdição à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the main classical theories regarding jurisdiction and its role, which have been drawn up under the State's point of view. The study also intends to show the inadequacy of these classical theories and propose a reinterpretation of the concept of jurisdiction in light of the foundations of the democratic State under the rule of law.

Palavras-chave: Jurisdição – Positivismo – Estado – Lei – Interesses privados.

Keywords: Jurisdiction – Legal positivism – State – Law – Private interests.

Sumário: 1. Introdução. – 2. Antecedentes Históricos. – 3. A definição de Giuseppe Chiovenda. – 4. A definição de Francesco Carnelutti. – 5. Críticas às teorias clássicas. – 6. Conclusão: jurisdição como atividade destinada a tutelar os direitos dos particulares. – 7. Bibliografia.

1. Introdução.

Como o título sugere, o objeto do presente estudo é a jurisdição. Junto da ação e do processo, a jurisdição é um instituto basilar da teoria geral do processo, o que por si só justifica a importância de levar a efeito estudos mais aprofundados sobre sua origem, características e funções principais. O texto foca na necessidade de reconstrução de uma teoria sobre o conceito de jurisdição.

Os novos ares respirados pelo direito processual de nosso tempo parecem afastar o instituto de definições que entendemos ultrapassadas, sempre colocando a jurisdição

como instrumento a serviço do Estado, aplicado no seu único e exclusivo interesse. As definições cunhadas por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, sem embargo da grande importância que tiveram e da evolução que representaram, encontram-se aprisionadas em ideologias e modos de enxergar o fenômeno processual há muito superados. No entanto, são estas definições que até os dias atuais servem como referência para o estudo do instituto. É comum, nesse sentido, apresentar a jurisdição como meio para fazer atuar as normas, para preservar a integridade do ordenamento, enfim, para garantir o império da lei. A jurisdição sempre foi vista, entre nós, como atividade destinada a satisfazer imediatamente os interesses do próprio Estado, único titular do poder jurisdicional, e apenas mediamente satisfazer o interesse do particular que ocorre ao Judiciário na esperança de ver seu direito subjetivo protegido. Será que ainda é possível observar o fenômeno sob esse ponto de vista?

Não constitui preocupação central desse estudo a análise das diversas classificações do instituto e assuntos a elas relacionados, o que demandaria uma investigação de maior fôlego. Referências a classificações e assuntos correlatos serão feitas apenas na medida em que se revelem úteis para a compreensão do conceito de jurisdição – precisamente por esse motivo, não nos ocuparemos de institutos importantes, tais como a jurisdição voluntária, por exemplo.

Começaremos, portanto, com uma breve incursão sobre os antecedentes históricos da jurisdição, em que serão analisadas as origens primitivas do instituto e o seu desenvolvimento, especialmente no direito romano, conferindo-se algum destaque aos novos modelos propugnados pelo Estado Liberal. Na sequência, serão analisadas algumas das principais definições de jurisdição já elaboradas, com enfoque naquelas que historicamente assumiram maior relevo e fincaram as bases para as que lhes sucederam: falamos aqui expressamente das teorias de Giuseppe Chiovenda e de Francesco Carnelutti. Esperamos, desta forma, pavimentar o caminho necessário para estabelecer mais à frente as nossas próprias conclusões sobre o que é jurisdição e qual é a sua função primordial no Estado Democrático de Direito.

Se, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que se trata de uma análise meramente teórica, limitada à análise e à reformulação de conceitos – ou mesmo à defesa de uma “simples” mudança de enfoque –, uma reflexão mais cuidadosa permitirá compreender que, por trás desses conceitos e definições sobre alguns dos principais institutos do processo, encontra-se uma acalorada discussão sobre a forma como se estabelecem as relações entre cidadãos e Estado. E não parece desnecessário dizer que o modo de compreender a natureza e os limites dessas relações revela-se uma condicionante para a formulação ou a defesa de qualquer conceito. É precisamente esta a ideia que nos guiou ao longo do estudo.

2. Antecedentes Históricos.

Desde a Antiguidade, a jurisdição é uma função estatal e, ao menos nos países que compõem a família do *civil law*, sempre esteve relacionada à exigência dos soberanos de verem observadas as normas, representativas da sua própria autoridade. Em tempos imemoriais, a jurisdição era exercida pelo próprio soberano, deus vivo, único capaz de conhecer e revelar a vontade divina. Eram tempos em que o direito era o costume e este, por sua vez, apresentava-se impregnado de elementos religiosos e mitológicos. Predominava então o ritualismo e o caráter simbólico dos atos. O Direito romano primitivo apresentava diversos pontos de convergência com o direito arcaico, em que a interferência do Estado se dava na medida em que fosse possível alcançar a paz pública interna, condição para a o fortalecimento do próprio Estado e para sua capacidade de evolução¹. Em estágio ainda embrionário de desenvolvimento, Roma conheceu uma jurisdição envolta no misticismo religioso, prestada pelos pontífices.

Posteriormente, notadamente em razão da expansão dos conflitos decorrente do desenvolvimento do comércio, o direito romano conheceu outra forma de administrar justiça, através de funções acumuladas no corpo administrativo, o que evidencia que não havia até então a constituição de um poder judicial autonomamente estruturado. Assim, conviveram dois institutos para a proteção dos direitos: a *actio* e a *interdicta*, sendo apenas o primeiro capaz de desencadear a função jurisdicional², eis que os interditos possuíam caráter de ordem, de natureza administrativa e não jurisdicional. Os interditos eram entendidos como atos de vontade, em contraposição aos atos de inteligência que correspondiam à declaração de existência de um direito. É bem verdade que essa concepção de jurisdição estava fortemente atrelada à noção de declaração de direitos, limitando-se ao procedimento da *ordo iudiciorum privatorum*, que “*consistia na faculdade atribuída a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma aplicável a um determinado caso concreto*”^{3 4}. O procedimento se desenvolvia em duas fases distintas, a primeira diante do pretor, para fixação dos termos da controvérsia, e a segunda diante do *iudex*, a quem cabia julgar soberanamente em nome do *populus*⁵.

Na Europa, fragmentada em senhorios independentes, conviveram regimes de poder diversos (quando não superpostos) durante toda a Idade Média. A jurisdição era exercida concomitantemente pelo rei e pelos senhores feudais (jurisdição senhorial),

¹ José Rogério Cruz e Tucci. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 12-13.

² Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Com efeito, os romanistas modernos negam o caráter jurisdicional aos interditos. A respeito, confira-se Pablo Fuenteseca, in *Investigaciones de derecho procesal romano*. Salamanca, 1969, pp. 143-144; e G. I. Luzzatto in *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna, 1965, p. 221, ambos citados por Ovídio A. Baptista da Silva, pp. 24-25.

³ José Rogério Cruz e Tucci. Op. cit., p. 18.

⁴ Sobre este ponto, parece oportuno o alerta de Pugliese, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, no sentido de que o direito romano não era um sistema de direito escrito (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 23).

⁵ José Rogério Cruz e Tucci. *Jurisdição e poder*, p. 18.

exatamente como reflexo da dispersão do poder⁶. Além disso, a própria Igreja (através do que ficou conhecido como *jurisdição eclesiástica*) detinha o poder de conhecer e decidir várias questões “*em matéria secular, quando interessados os eclesiásticos, e, privativamente, todos os assuntos espirituais, tendo as suas sentenças efeitos civis*”⁷.

Com a formação dos Estados Modernos, que teve início no período histórico conhecido como absolutismo, o poder foi centralizado. A jurisdição, como emanção de poder, haveria também de ser monopolizada pelo Estado absoluto, o que representou um primeiro passo para a conformação da jurisdição tal como a conhecemos hoje⁸. É fora de dúvida, porém, que esse período histórico caracterizou-se pela soberania irrestrita do monarca, que se colocava acima da lei e dos juízes. Não se pode falar aqui de jurisdição como atividade exercida por órgão independente ou imparcial em sentido estrito.

Mais tarde, a vitória das ideologias liberais no continente europeu, impulsionadas pelo Iluminismo e pelo seu arcabouço teórico, foi determinante para a criação de uma teoria de separação de poderes. A desconfiança em relação aos juízes (classe ainda extremamente comprometida com a nobreza aristocrática, um indesejado vestígio do período superado e contra a qual se voltaram as classes emergentes de origem mais popular) e a crença na capacidade da lei de prever todas as situações possíveis findaram por apequenar a função atribuída aos magistrados, impedidos que estavam de exercer qualquer atividade criadora de direitos⁹ (consagrou-se a expressão “boca da lei” para designar o juiz da época, justamente para demonstrar que a ele não cabia qualquer tarefa inovadora, senão a de pinçar a norma genérica do ordenamento objetivo – que se supunha completo – e aplicá-la ao caso concreto¹⁰).

Como aponta Lopes da Costa, a evolução não se fez de um salto. Primeiro, a função desempenhada pelo Estado se resumiu à declaração do direito, sinal disso é a

⁶ Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e competência*, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

⁷ Gabriel Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1948, p. 89.

⁸ Ovídio A. Baptista da Silva pontua que a jurisdição, tal como hodiernamente conhecida, surgiu apenas no momento em que o Estado assumiu independência, desvinculando-se de valores religiosos (Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, Tomo I, 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11).

⁹ Como acentua Luiz Guilherme Marinoni, os parlamentos europeus reservaram para si o poder político, no que se serviram do princípio da legalidade. Essa hegemonia do parlamento teve como contraposição um encolhimento do executivo e do judiciário. Nas palavras do autor: “*Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade*” (in *Curso de processo civil*, vol. 1: *teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25).

¹⁰ É ainda atribuída a Montesquieu a assertiva de que o “poder de julgar” é um “poder nulo”, o que expressa com ênfase a ideia de que a função do judiciário seria meramente afirmar o que já foi dito pelo legislativo.

palavra que designa essa função: jurisdição (*ius dicere*)¹¹. A jurisdição sempre foi expressão de poder. Não por outro motivo, o império romano se preocupou em prover meios recursais cuja apreciação cabia ao próprio imperador, para que pudesse julgar as impugnações contra os julgados proferidos nas mais remotas localidades. Garantia-se, assim, o controle sobre os atos de poder através da aplicação da lei romana, expressão de poder do imperador, em toda a extensão territorial do império. Além disso, acenando aos bárbaros a justiça romana, supostamente melhor do que as locais, introjetava-se na consciência coletiva dos povos subjugados a ideia de que a dominação romana era positiva e que tendia a lhes trazer maiores benefícios¹².

Nota-se, ainda, que os diversos modos de compreender a jurisdição receberam o influxo das ideologias dominantes em cada período histórico. Com efeito, não se pode negar que processo é expressão cultural. Os institutos de direito processual naturalmente são formulados e interpretados de acordo com o padrão cultural de um povo em uma determinada época.

Traçado este brevíssimo panorama histórico, passamos ao que propriamente consideramos o objeto do presente estudo: investigar se as definições de jurisdição propagadas nos dias de hoje correspondem ao grau de cultura e ao momento histórico vivido pelo direito processual.

3. A definição de Giuseppe Chiovenda

Parece conveniente nesta parte do estudo conferir algum destaque àquelas teorias que angariaram muitos adeptos na Europa e no Brasil, servindo de referência até os dias de hoje. Trata-se de teorias seminais sobre a função jurisdicional que fincaram as bases para os estudos que se seguiram ao longo do século XX.

Giuseppe Chiovenda (1872-1937) foi professor da Universidade de Roma e sua produção científica mais profícua se deu no início do século passado (é de 1903 a famosa Conferência de Nápoles, que originou a publicação do seu festejado *L'Azione nel sistema dei diritti*). Chiovenda foi um pioneiro e consolidou a transição do processo civil para uma nova fase. Com efeito, o advento da obra de Chiovenda é com frequência indicado como parte final de uma transição que se iniciara anos antes pelo trabalho de

¹¹ Alfredo de Araújo Lopes da Costa. *Manual Elementar de Direito Processual Civil, atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 15. Vicente Greco Filho subdivide o sistema de efetivação de direitos em três fases distintas, não compartimentadas em termos cronológicos: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Na terceira etapa, o Estado passou a manter “*órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei*” (In *Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30).

¹² Leonardo Greco. “Princípios de uma teoria geral dos recursos”, In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, volume V, janeiro-junho de 2010, pp. 5-62, esp. p. 8.

Ludovico Mortara e sua ênfase na representação do processo como instituto de natureza pública. Era a transição da escola exegetica para a chamada escola histórico-dogmática.

Seus estudos são de grande importância para a formação da ciência processual. As pesquisas que levou a efeito a respeito de temas centrais, tais como ação e jurisdição, servem até hoje como referência, sendo nítida a influência que exerceram sobre toda a produção científica que lhe sucedeu.

É Chiovenda o responsável pela teoria segundo a qual a jurisdição seria a atuação da lei mediante a substituição da atividade dos particulares pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e pondo-a em prática¹³. A teoria de Chiovenda é de forte e inegável inspiração positivista, pois, ao enxergar na jurisdição o poder do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, equiparou o direito à lei – presumindo-se a completude e a coerência do ordenamento jurídico, que disporia de normas suficientes para solucionar todo e qualquer tipo de conflito, estabelecendo interessante paralelo entre *soberania, lei e jurisdição*¹⁴. A tarefa dos juízes seria afirmar e atuar aquilo que eles próprios considerassem como sendo a vontade concreta da lei, em uma atividade subsuntiva em que os fatos são considerados a *premissa menor*, a norma a *premissa maior* e a sentença a *síntese*.

Essa concepção puramente positivista levou Chiovenda a formular sua teoria tendo sempre a lei como pedra de toque, afinal, a lei era entendida como o próprio direito. Vem daí a ideia de sentença como *a lei do caso concreto*, porque, para Chiovenda, a sentença teria o condão de declarar a norma pré-existente. Com base nesta premissa, e inspirado na doutrina alemã, Chiovenda passou a defender a natureza de jurisdição na atividade desempenhada pelo magistrado na execução forçada, porque também se trata de conferir atuação à norma mediante uma atividade de substituição¹⁵.

Chiovenda distinguiu duas funções muito nítidas do Estado: a de fazer as leis e a de aplicá-las. Enquanto o administrador atua no limite da lei (porque ela define o espaço dentro do qual sua atuação é legítima) em busca da consecução do bem comum, o juiz tem por finalidade promover a atuação da lei, realizando o direito objetivo¹⁶. Daí ter falado em jurisdição como uma atividade *secundária*¹⁷. A doutrina de Chiovenda foi seguida, na Itália, por processualistas como Piero Calamandrei, Ugo Rocco, Marco

¹³ Giuseppe Chiovenda. *Principios de derecho procesal civil, tomo I*. Tradução da terceira edição por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977, p. 377.

¹⁴ Giuseppe Chiovenda. *Idem*, p. 380.

¹⁵ Giuseppe Chiovenda. *Idem*, p. 379.

¹⁶ Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil, vol. 1, Tomo I, 8 ed. rev. e atual.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

¹⁷ Giuseppe Chiovenda. *Op. cit.*, p. 374. Não é incomum referências à jurisdição como atividade complementar da atividade legislativa. Athos Gusmão Carneiro inicia seu estudo sobre jurisdição e competência com a afirmação de que, sob certo aspecto, o juiz age como *longa manus* do legislador ao transformar as normas genéricas em comandos concretos (*Jurisdição e competência*, p. 3).

Tullio Zanzuchi, Luigi Ferrajoli¹⁸ e, no Brasil, contou com a importante adesão de Moacyr Amaral Santos¹⁹.

Na Europa, a doutrina de Chiovenda repercutiu fora da Itália. Também de forte inspiração positivista é a definição de Víctor Fairén Guillén. Baseada na doutrina de Chiovenda, o professor espanhol distinguiu a administração da jurisdição indicando que a primeira seria atividade primária e a segunda uma atividade secundária, substitutiva, porque cabe a ela restaurar a ordem jurídica. Também aduziu que a administração aplica princípios políticos, sociais, econômicos em função de suas próprias oportunidade e utilidade. Já a jurisdição seria responsável por aplicar o direito objetivo, inclusive se considerada injusta a solução dada pelo texto normativo – asseverou o autor que, nesses casos, o juiz não poderia negar a aplicação da lei, podendo apenas suscitar a “cuestión de inconstitucionalidad” se a lei aplicável contivesse algum vício desse tipo²⁰. Diante de uma injustiça decorrente da aplicação da lei ao caso concreto, e não sendo a hipótese de uma inconstitucionalidade que permita ao magistrado suscitar o incidente acima indicado, seria o caso de comunicar ao poder legislativo com vistas à reforma da lei – o apego ao texto normativo é mais do que evidente.

4. A definição de Francesco Carnelutti.

Francesco Carnelutti (1879-1965) foi contemporâneo de Chiovenda e entre suas principais obras encontram-se estudos sobre direito probatório, execução e sentença condicional. Ao longo da vida, viu-se envolto em candentes polêmicas com estudiosos do seu tempo. Sua obra passou ao largo de investigações mais profundas sobre a ação e suas condições, que sempre figuraram de forma destacada na obra de autores²¹.

Carnelutti definiu jurisdição como *a justa composição da lide*, mediante uma sentença declarativa. Desenvolveu sua teoria tendo a *lide* (o conflito de interesses qualificado pela pretensão e pela resistência) como ponto de partida e de chegada. Seria a lide o fenômeno que autoriza a deflagração do processo, assim como seria a lide o objeto da jurisdição, aquilo a que jurisdição se destina a resolver. A teoria está calcada na tese da jurisdição como função do Estado de pacificar os conflitos de interesse. Nota-

¹⁸ Especialmente sobre o pensamento de Luigi Ferrajoli, confira-se o estudo de Michele Taruffo, “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, in *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-29, esp. p. 23.

¹⁹ Segundo Moacyr Amaral Santos, jurisdição é a função “que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes” (In *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67).

²⁰ Víctor Fairén Guillén. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 106.

²¹ Sobre esta perspectiva histórica da obra de Francesco Carnelutti, confira-se Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 281-282.

se aqui uma concepção que a lei é insuficiente para solucionar as controvérsias, sendo imprescindível a atividade do juiz.

A sentença integra o ordenamento, tornando concreta a norma abstrata para compor a lide. Daí se dizer que a teoria de Carnelutti sobre a jurisdição é adepta da teoria unitarista do ordenamento jurídico, em contraposição à teoria dualista, a que se filia a teoria de Chiovenda.

Importante repercussão da doutrina de Carnelutti é encontrada na obra de seus compatriotas Corrado Ferri e Crisanto Mandrioli. Fora da Itália, a concepção de Carnelutti ganhou a adesão de James Goldschmidt, que afirmou que a jurisdição civil é a faculdade e o dever de administrar justiça nos litígios civis, o que compreende instituir tribunais civis, regular e inspecionar o seu funcionamento (o que mais se aproxima de uma definição sobre o modo de prestação da jurisdição) e a determinação, no caso concreto, da existência dos pressupostos da pretensão de tutela jurídica e, caso seja positivo esse juízo, a outorga da tutela²². Curiosamente, ao diferenciar a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, James Goldschmidt asseverou que a atuação da jurisdição não prescinde de “um verdadeiro litígio”, acrescentando que não haveria necessidade de que exista uma luta de opiniões, mas sim uma disputa entre duas esferas jurídicas individuais quando uma exige algo às custas da outra²³.

5. Críticas às teorias clássicas.

A crítica à doutrina de Chiovenda parte da constatação de que este eminente processualista italiano desconsiderou que a atividade de aplicação da lei também contém algo de inovador, porque também é capaz de *criar* o direito, não se limitando, portanto, à declaração de uma vontade da lei, algo preexistente à decisão. Se a jurisdição é a aplicação de normas substanciais a hipóteses de fatos concretos e o juiz é um mero aplicador de normas pré-existentes, deve ser encarada com perplexidade a circunstância de que muitas vezes o juiz é chamado a decidir situações mesmo à inexistência de normas pré-constituídas. Nesses casos, o juiz deve recorrer a outras fontes em busca do critério de julgamento. Essas situações evidenciam que a tarefa do juiz está também em buscar e eventualmente criar a regra substancial de julgamento. Forte na ideia de que *rights precede remedies*, a função da jurisdição não é apenas a de declarar direitos, mas também a de criar direitos que antes não existiam e que venham a se constituir quando há pronunciamento de uma autoridade judicial que os reconhece²⁴.

²² James Goldschmidt. *Derecho procesal civil*, tradução da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro.. Editorial Labor: Madrid, 1936, p. 118.

²³ James Goldschmidt. *Idem*, p. 126.

²⁴ Michele Taruffo. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, Op. cit., pp. 27-28. O autor faz expressa menção à Constituição Brasileira, que encarrega o juiz de assegurar a realização dos direitos fundamentais, mesmo diante da ausência de normas, o que deixaria claro que, neste mister, à jurisdição foi atribuída uma função supletiva em relação aos demais poderes do Estado.

A norma jurídica é abstrata, não passa de um projeto de regulação da conduta humana. E esse projeto só está completo com a prolação da sentença que, normalmente com base no direito objetivo, cria, transforma. Ademais, a aplicação ou realização do direito objetivo não é atividade privativa da jurisdição, porque mesmo ocorre com os particulares que cumprem espontaneamente a lei ou se valem das normas para realizar atos jurídicos apto a produzir regulares efeitos.

Não obstante autorizadas vozes tenham se somado à de Carnelutti, sua teoria não está imune a críticas. Com efeito, ainda que tenha propugnado uma teoria diferente da elaborada por Chiovenda, Carnelutti também não escapa da premissa da supremacia da lei e esboça um raciocínio decisório que passa ao largo da verdadeira compreensão do caso concreto²⁵. Ao sustentar que a função do juiz é criar uma norma individual com base na norma geral, Carnelutti está de certa forma reproduzindo o esquema piramidal de formulado por Kelsen, segundo o qual uma norma retira seu fundamento de validade da norma que se encontra em um grau hierárquico imediatamente superior. Enquanto na teoria de Chiovenda o juiz declara uma norma geral sem produzir norma individual, Carnelutti formulou uma teoria segundo a qual o juiz cria uma norma individual com base em uma norma geral expressamente declarada na fundamentação da decisão.

A teoria de Carnelutti não nos parece satisfatória, porque parte do pressuposto de que, em qualquer hipótese, a jurisdição só se aplica diante da existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. No entanto, a lide não é um elemento essencial à jurisdição²⁶ – nos dias que correm, não restam dúvidas sobre o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária, que há muito deixou de ser vista como administração pública dos interesses privados, conceito que apequena sua importante função na administração da justiça. Além disso, não concordamos com a presunção de que a adjudicação compulsória, resultado de solução imperativa dada pelo Estado, seja suficiente para eliminar um conflito de interesses. A jurisdição não pacifica os litigantes. Em primeiro lugar porque as partes possuem ampla liberdade para delimitar os fatos e formular os pedidos e daí decorre a conclusão de que, possivelmente, nem todo o conflito encontra-se reproduzido no processo²⁷. Além disso, na melhor das hipóteses, o ato imperativo satisfaz a pretensão de uma das partes e é causa de insatisfação da outra (isso quando não é causa de insatisfação de ambas), não resolvendo a controvérsia e, por vezes, acirrando os ânimos e acentuando ainda mais as divergências.

²⁵ Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91-92.

²⁶ Confira-se a respeito Alexandre Freitas Câmara. “A lide como elemento accidental da jurisdição”. In *Civil Procedure Review*, v. 2, n.º 1, janeiro-abril de 2011, pp. 57-64, *passim*.

²⁷ José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz, 4 ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28

As inúmeras críticas dirigidas aos conceitos de Chiovenda e de Carnelutti, aqui tão sucintamente relatadas, já seriam suficientes para negar, nos dias atuais, uma concepção de jurisdição baseada em uma concepção puramente positivista do fenômeno jurídico. Vistas sob este prisma, as teorias mais se aproximam do que divergem. Não há diferença substancial entre declarar uma norma para o caso concreto e criar uma norma individual pela particularização da norma geral para as partes.

6. Conclusão: jurisdição como atividade destinada a tutelar os direitos dos particulares.

Repetimos então a pergunta da introdução: será que ainda é possível observar a jurisdição sob o ponto de vista do Estado ou da lei? A toda evidência, a resposta deve ser negativa. Como já salientado, as instituições e os modelos devem ser reinterpretados sob a lógica do Estado Democrático de Direito, que elegeu a dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento. A função da jurisdição não pode ser vista como a preservação da autoridade do ordenamento ou a aplicação da vontade concreta da lei. A jurisdição, como manifestação de poder do Estado, se exerce em razão do homem e apenas na medida em que lhe seja útil.

Voltamos um pouco no tempo para dizer que, antes mesmo de serem forçadas as teorias clássicas sobre a jurisdição, a escola exegetica, sob a influência do positivismo jurídico e do movimento iluminista, acentuou a ideia da necessidade de defesa da esfera de liberdade individual, o que conferia à jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos, viabilizando a reparação do dano – é precisamente a ideia da não interferência do Estado na vida dos cidadãos ou, melhor dizendo, de interferência apenas se e quando necessário. A figura da tutela preventiva era absolutamente desconhecida. Essa concepção privatista cede terreno à teoria da afirmação do direito objetivo, uma guinada rumo a uma concepção publicista de processo pelas mãos de Ludovico Mortara²⁸, a quem é creditada a transição da escola exegetica para a histórico-dogmática fundada por Chiovenda²⁹, embora nem sempre suas ideias tenham convergido³⁰.

²⁸ Especialmente na sua obra *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano: Vallardi, 1923.

²⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

³⁰ É o próprio Chiovenda quem trata de diferenciar seu conceito de jurisdição do defendido por Mortara. Segundo Chiovenda, Mortara teria tratado da *substituição* em um sentido diferente, porque estaria se referindo à falta de consentimento dos particulares como elemento a ser substituído pela atividade do magistrado; além disso, teria excluído da jurisdição grande parte das atividades tipicamente executivas (Op. cit., p. 378). Sobre este segundo ponto, inevitável é a referência aos romanistas modernos, já indicados acima, que trataram de excluir o caráter jurisdicional dos interventos. Essa separação entre a atividade normativa e a prática reproduz uma perspectiva rigidamente formal do direito, que conserva a jurisdição puramente no campo das declarações e evita o contato com o mundo fenomênico (Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 36).

Mais modernamente, no entanto, encontra-se na pauta dos processualistas a busca pela justiça substancial, que almeja a justiça não só no fim do caminho, mas a justiça do próprio caminho. E esse novo olhar que se lança sobre a nossa ciência se reflete não apenas na busca por novos conceitos, mas também (e talvez principalmente) pela revisitação de velhos conceitos, até então aparentemente pacificados.

Importante registrar que o conceito de jurisdição é um conceito em evolução³¹. É que “os grandes conceitos que entram na construção de uma teoria geral do processo expressam conotações históricas”³². Como vimos de dizer, Chiovenda formulou seu conceito de jurisdição absolutamente vinculado aos ideais positivistas vigentes à sua época, o que é de todo compreensível, afinal, Chiovenda foi um homem do seu tempo. É a própria evolução do pensamento do homem, impregnado pelos ideais de comunidade cambiantes ao longo do tempo, que irá determinar o que se entende por jurisdição.

Justamente por conta disso, não nos parece possível, hoje, sustentar o mesmo conceito de jurisdição defendido há quase um século atrás. O direito processual já há muito se libertou do processualismo científico do século XIX – com efeito, neste estágio de desenvolvimento da ciência processual, era natural que os conceitos fossem construídos para reafirmar continuamente o rompimento dos laços que prendiam o processo ao direito material, eis que o primeiro era visto como apêndice do segundo. O processo deu então uma guinada em direção à efetividade, frutos de obras importantes de juristas que lograram perceber que o belo invólucro construído pelo processualismo científico não era suficiente para fazer com que o processo cumprisse os seus reais objetivos. Era preciso dotar nossa ciência de ferramentas para que os objetivos maiores fossem efetivamente alcançados. As ondas do acesso à justiça revelaram a importância de fazer com que o processo se tornasse instrumento também a serviço dos menos favorecidos. Revelou, ainda, a conveniência, e por vezes mesmo a necessidade, de determinados direitos serem tutelados coletivamente.

Como assevera José Rogério Cruz e Tucci, a história nos revela que, no direito arcaico, a jurisdição era exercida mediante a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas não no interesse das partes envolvidas ou de um ideal de justiça, mas no seu próprio interesse de obtenção da paz pública interna, condição indispensável para o seu próprio fortalecimento e evolução³³. No império romano, foi clara a preocupação de garantir que a jurisdição fosse prestada por romanos aos povos dominados. Em um império de dimensões continentais, era necessário revelar o lado positivo da dominação, evitar rebeliões e sufocar revoltas. O próprio imperador se colocava como instância

³¹ Leonardo Greco. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

³² Nelson Saldanha. “Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção”. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n.º 107, jul.-set. de 1990, pp. 165-168, esp. p. 167.

³³ José Rogério Cruz e Tucci. Op. cit., pp. 12-13.

revisora, fortalecendo a crença na benevolência dos dominadores na consciência coletiva, dispostos a conceder paternalmente uma justiça muito melhor do que as locais. A função da jurisdição era mediatamente assegurar o império da lei romana e, imediatamente, garantir a integridade do próprio império.

Sob o primado da lei, a jurisdição passou a ser vista como a aplicação da sua vontade concreta. Era tempo de engessar a atividade criadora do juiz, que representava o modelo de Estado superado pela revolução burguesa. A lei sim, porque resultante da Assembléia Popular, seria ferramenta legítima para pacificar conflitos, de modo que o magistrado deveria limitar-se a declarar a norma, não interpretá-la, não construir o direito.

Mais modernamente, o período pós-guerra na Europa intensificou um movimento de prestígio do homem (que, no Brasil, culminou tardiamente com a Constituição de 1988). É o homem quem está no centro do ordenamento, não a lei ou o Estado. As instituições, as leis, os juízes, os Estados, tudo gravita em torno do homem. É em razão dele que todos os demais elementos são compreendidos e interpretados. Não por outra razão, modernamente foram criados monumentos legislativos que colocam o homem como ponto de referência e elegem o primado da dignidade da pessoa humana como elemento fundante da ordem jurídica.

É chegado o momento de definir nossas próprias premissas e defender nosso próprio conceito de jurisdição. Uma coisa é a função da jurisdição no processo civil, outra é o meio pelo qual esta se desenvolve ou é prestada. E outra absolutamente diferente é o efeito produzido pelo seu exercício.

Nessa ordem de convicções, parece possível dizer que a função precípua da jurisdição é a de tutelar as situações jurídicas de vantagem dos particulares, o que normalmente se faz mediante a aplicação do direito (ou da “vontade concreta da lei”, para usar a expressão consagrada por Chiovenda). Finalizada a atividade, tem-se que o juiz pode de algum modo ter prestigiado o ordenamento (apenas na medida em que foi aplicado), mas ainda temos dúvidas sobre se é possível falar aqui em preservação da integridade do ordenamento, o que José Roberto dos Santos Bedaque sugere ser o escopo da jurisdição³⁴. Da mesma forma, a finalidade da jurisdição não pode ser entendida como a preservação ou aplicação das leis, que nada mais é do que o parâmetro utilizado pelo Estado para reconhecer e proteger os interesses dos particulares, porque tais interesses são tutelados na medida em que estejam agasalhados pelo ordenamento objetivo³⁵.

³⁴ A ideia aparece em várias passagens do seu *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, *passim*.

³⁵ “A definição de jurisdição como atuação da vontade da lei, embora aparentemente sedutora como fruto da supremacia do legislador representativo da vontade popular, é insatisfatória na medida em que conduz à errônea conclusão de que a sua finalidade precípua seja efetivar o cumprimento e a

Joan Picó i Junoy, declaradamente adepto de uma postura intermediária entre publicistas e revisionistas, compartilha da ideia de que o processo é instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados. Embora ressalve que o processo é função pública desempenhada pelo Estado (*“interesado no melhor cumprimento dessa função”*), é clara sua inclinação por uma concepção em que o centro de gravidade está no interesse das partes, razão de ser da função jurisdicional³⁶.

Adolfo Alvarado Veloso, por sua vez, parece entender que a tutela dos direitos dos cidadãos na verdade é meio para que se alcance a paz social, verdadeiro objetivo da jurisdição, ao sustentar que *“para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social, lo que sólo puede conseguirse garantizando la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas”*³⁷.

Com efeito, e na forma sustentada por Leonardo Greco³⁸, nos países de direito escrito, a jurisdição é entendida como instrumento da lei, porque o juiz busca no rol das normas de comportamento aquela que se amolda à situação concreta que lhe é submetida a exame, transformando assim a norma abstrata em norma concreta. No entanto, e não obstante se entender que a lei é fator determinante nesse processo, a finalidade da jurisdição não é efetivar o cumprimento da lei, muito menos preservar a autoridade do ordenamento³⁹. Se assim o fosse, seria lícito pensar em jurisdição como um poder que pode ser exercido de ofício. Seria também o caso de negar a jurisdição por equidade, admitida amplamente⁴⁰. Em razão disso, nos parece melhor a definição de

observância da lei. Sem dúvida, o exercício da jurisdição pressupõe a busca, no ordenamento jurídico do Estado, das regras de comportamento que esse estabeleceu para regular a vida em sociedade; mas a finalidade da jurisdição não é preservar ou aplicar essas normas, embora indiretamente ela o faça” (Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 71).

³⁶ “Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función” (Joan Picó i Junoy. “El derecho procesal entre el galantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 110).

³⁷ Adolfo Alvarado Velloso. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 220.

³⁸ Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*, p. 71.

³⁹ A ideia também foi expressa por Leonardo Greco, em *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, Op. cit., p. 54.

⁴⁰ O Código Civil Suíço contém previsão que autoriza o juiz a decidir segundo o costume e, na falta deste, conforme as normas que estabeleceria caso fosse legislador (*“Art. 1: (1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. (2) A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. (3) Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”*).

jurisdição como sendo a atividade exercida com vistas à tutela dos direitos e interesses subjetivos – ainda que o faça através do direito objetivo⁴¹.

Por fim, cabe uma advertência. O conceito que defendemos de jurisdição não pode ser confundido com uma inclinação pelo processo do século XIX, de que se tratou acima e que ainda hoje é exaltado por alguns processualistas⁴². Afinal, se o processo do século XIX podia ser definido como liberal, o era por indiferença dos juízes quanto ao drama humano e sua incapacidade de alcançar o impacto que suas decisões produziam sobre a vida dos cidadãos⁴³. Falamos aqui dos juízes burocratas, nomeados pelo soberano – e por isso mesmo *longa manus* do seu poder político –, ocupantes de cargos que se transmitiam aos seus herdeiros e podiam até mesmo ser vendidos. Como já visto, essas características fizeram com que os revolucionários franceses diminuíssem consideravelmente a importância do Judiciário, visto como “poder menor”, “poder nulo”, instrumento do Legislativo; este sim um poder genuinamente soberano e representativo da vontade popular.

Referências Bibliográficas:

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “A lide como elemento accidental da jurisdição”. In *Civil Procedure Review*, v. 2, n.º 1, janeiro-abril de 2011, pp. 57-64.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, tomo I. Tradução da terceira edição por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (tradução da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro). Editorial Labor: Madrid, 1936.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴¹ À conta dessas evidências, considera Leonardo Greco que duas são as características fundamentais desse conceito eclético de jurisdição, quais sejam, “a imparcialidade em sentido lato dos responsáveis pelo seu exercício e a finalidade de tutelar interesses particulares” (In *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*, p. 73).

⁴² Cf. Girolamo Monteleone, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In Juan Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 184/185.

⁴³ Leonardo Greco. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, outubro/2008, vol. 164, pp. 29/56, esp. p. 39.

- GRECO, Leonardo. “Princípios de uma teoria geral dos recursos”, In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, volume V, janeiro-junho de 2010.
- GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, outubro/2008, vol. 164.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUILLÉN FAIRÉN, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In Juan Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Vallardi, 1923.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el galantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1948.
- SALDANHA, Nelson. “Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção”. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n.º 107, jul.-set. de 1990, pp. 165-168.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, Tomo I, 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. In *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-29.