

## O ESTADO-DE-DIREITO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

*José Manoel de Arruda Alvim Netto*

Professor de Direito Civil e de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Baurú - Professor-Assistente da Faculdade Paulista de Direito - Membro do Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### 1. O Estado-de-Direito

Com a evolução da sociedade, cada vez mais acentuadamente se revela o direito imprescindível à vida social.<sup>1</sup> Modernamente é universal a tendência de se entender como direito unicamente aquele emanado do Estado. O direito seria, por assim dizê-lo, a própria expressão do Estado, que é a “fonte única do direito”. *Ihering*, já no século passado, definia o direito como o conjunto de normas em virtude das quais, num Estado, a coerção é exercida. Esta definição contém dois elementos: a norma, e sua realização, pela coerção”. Mas adiante, precisando o

---

<sup>1</sup> Cf. *Benvenuto Donati*, “Fondazione della Scienza del Diritto”, n.º 2 e segs.; *J. Haesaert*, “Théorie Générale du Droit” pág. 150; *Giorgio del Vecchio*, “Filosofia del Derecho”, trad. da 4.ª ed. italiana, por *Luis Recasens Siches*, com estudos deste, 3.ª edição mexicana, 1946, Uthea, págs. 531/540, especialmente pág. 539; *N. M. Kourkounov*, “Cours de Théorie Générale du Droit”, trad. francesa, Bibl. Intern. de Droit Public, Giard, Paris, 1903, § 18, págs. 153/157 e especialmente § 20, pág. 177, onde sustenta que “l’origine du droit dépend de l’observation consciente de certaines règles, reconnues obligatoires, mais la matière de ces normes juridiques primitives n’est pas créée consciemment; ...” Por isso o direito se confundia de início com a moral, a religião e as regras da conveniência (op. e loc. cit.). Sobre o aspecto evolutivo do direito e do Estado, cf. *G. del Vecchio*, op. cit., capítulo sob o título: “Formación Histórica del Derecho y del Estado”.

seu pensamento, afirma: "Em outros termos, o Estado é a única fonte do direito".<sup>2</sup>

De outra parte, aceitou-se, universalmente, a idéia de que o Estado é uma pessoa jurídica<sup>3e4</sup>.

Em virtude da evolução desses dois dados do problema - Estado-pessoa jurídica, e identificado com a ordem jurídica por ele criada -, atingiu sua pureza máxima o conceito de Estado-de-Direito.

O Estado-de-Direito foi, possivelmente, o mais útil elemento à compreensão do fenômeno jurídico positivo.

O que autoriza o Estado a estabelecer normas jurídicas é o fato de ele ser o detentor da soberania.<sup>4</sup>

Os problemas mais agudos do direito se referem precisamente à limitação da soberania, que se exerce sobre todos os indivíduos<sup>5</sup>.

Assim, quando o Estado estabelece a regra jurídica, traça os comportamentos possíveis dentre os particulares. E, dentro de uma sistemática do Estado-de-Direito, o Estado mesmo se submete à própria regra jurídica, dizendo-se, conseqüentemente, que o próprio Estado limita

---

<sup>2</sup> Cf. R. v. Ihering, "L'Évolution du Droit", trad. Meulenare, s/d., n.º 145, pág. 145. Deve-se, a respeito da tradução do título desta obra, *Zweck im Recht*, dizer que a tradução exata é "O Fim do Direito". Cf. também Maurice Hauriou, "Derecho Publico y Constitucional", trad. espanhola, Madrid, 2.ª ed., s/d, págs. 313 e segs. Jellinek, "Teoria General del Estado", trad. da 2.ª ed. alemã, Buenos Aires, s/d, pág. 338.

<sup>3e4</sup> Deixamos de discutir as teorias jurídicas respeitantes à soberania, no sentido de se saber se a soberania reside no Estado, ou se este a colhe de elementos estranhos a ele. Remetemos o leitor ao Prof. Pinto Ferreira, "Teoria Geral do Estado", Rio de Janeiro, 1957, 2.ª ed., tomo I.º, pág. 116 e segs. (sobre soberania) e, 257 (sobre poder); cf. também Carré de Malberg, "Teoria General del Estado" trad. mexicana, Fondo de Cultura, s/d, pág. 30/32, o qual faz coincidir o Estado e a Nação, sendo esta a detentora da soberania; v. também Esmein, "Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé", 7.ª ed., 1921, pág. 1, onde, outrossim, afirma que: "L'État est la personification juridique d'une nation: c'est le sujet et le support de l'autorité publique..."

<sup>5</sup> Cf. Jellinek, "System der Subjektiven Öffentlichen Rechte", Tübingen, 2. Aufl., 1905, pág. 41 e seguintes.

a sua esfera de ação. O Prof. *Loureiro Júnior*, a respeito, observa, agudamente, o seguinte: "O estudo da história dos povos nos mostra, na sucessão das épocas, desde as mais remotas até a idade contemporânea, a preocupação em se limitar a esfera do Poder Público, quer se encarne em uma pessoa, quer se represente através de grupos ou corporações".<sup>6</sup>

*Miguel Reale*, estudando a liberdade antiga e a liberdade moderna, observa o seguinte: "O Direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o "justo" não é senão a realização de um sistema social de vida que assegure civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas ético-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas coordenadas (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da "pessoa humana", sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos".<sup>7</sup>

Assim, rigorosamente exata é a afirmação de que o binômio - indivíduo-coletividade - é o centro de gravitação da sociedade.

*Jellinek* já observara: "Ao redor de dois pontos cadentes, gira tôda a vida do gênero humano: o indivíduo e a coletividade. Compreender a relação entre ambos, unir harmoniosamente essas duas grandes potências que determinam o curso da história, pertencem aos maiores e

---

<sup>6</sup> Cf. *Loureiro Júnior*, "O Contrôlo da Constitucionalidade das Leis", Introdução, S. Paulo, 1957, pág. 9

<sup>7</sup> Cf. *Miguel Reale*, "Horizontes do Direito e da História", estudo sobre a "Liberdade antiga e a liberdade moderna", S. Paulo, 1956, pág. 39; cf. também *Edgar de Godói da Mata-Machado*, "Contribuição ao Personalismo Jurídico", Rio de Janeiro, 1954, capítulo III, págs. 53 e seguintes, sob o título: "Irrupção da Pessoa no Mundo do Direito".

mais árduos problemas com que a ciência e a vida se de-  
frontam. Na ação como no pensamento, ora prepondera  
um, ora outro dentre êsses fatôres”.<sup>8</sup>

O problema central neste tema, como se constata, é o  
do estabelecimento das relações entre a soberania e a li-  
berdade daqueles sôbre os quais ela atua.

O Estado moderno - Estado-de-Direito - se caracte-  
riza pela circunstância de sua ordem jurídica, depois de  
admirável evolução, assegurar os direitos, mais do que  
em qualquer outro tipo de sociedade anterior.

Sôbre êste assunto, *Mirkine-Guetzevitch*, utilizando-  
se do têrmo “racionalização do poder”, teceu considera-  
ções que devem ser transcritas: “O princípio da raciona-  
lização do poder identifica-se com o princípio da demo-  
cracia, com o princípio do Estado-de-Direito. A democra-  
cia, como já se proclamava no século XVIII, é a expressão  
política da razão. O ideal do Estado-de-Direito é o ideal  
democrático e esses dois tipos de Estado se confundem  
em um único, definindo-se em um caso o direito como o  
poder do Estado, e no outro a origem dêsse poder. O ideal  
do Estado-de-Direito é o máximo de racionalização. À  
medida que a vida do Estado é envolvida pelo direito e se  
desprende de todos os elementos estranhos ao direito –  
questões de raça, de nacionalidade, de dinastias, etc., -  
êsse Estado se aproxima do ideal de Estado-de-Direito. A  
racionalização do poder, é de tôdas as tendências do nôvo  
direito constitucional, a mais importante: *é uma tendên-  
cia fundamental*”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cf. *Jellinek*, “Ausgewählte Schriften und Reden”, págs. 53 e 54,  
“apud” *Paulo Bonavides*, “Do Estado Liberal ao Estado Social”, São Paulo,  
1961.

<sup>9</sup> Cf. *Guetzevitch*, “Las Nuevas Constituciones del Mundo”, España,  
1931, págs. 54/55, grifo nosso; idem, do mesmo autor, um estudo sôbre as  
constituições posteriores à segunda Guerra Mundial, de onde extraímos o  
texto citado, “Les Constitutions Européennes”, Paris, 1951, capítulo II,  
págs. 14 e seguintes; e, em edição em língua portuguesa desta última obra,

Sobre o papel que a racionalização do poder vem desempenhando, observa, *Guetzevitch* que ela implica substituição do “fato metajurídico do poder pelas regras de direito escrito” o que é, acrescenta: “um fenômeno constante na moderna evolução constitucional”. E esta evolução implica na “substituição do histórico pelo jurídico”<sup>10</sup>.

O insigne *Miguel Reale* ponderou que a identificação entre o Estado e a ordem jurídica, teria mesmo acelerado “o processo histórico-cultural de “jurisfação” crescente da vida estatal”<sup>11</sup>.

De nossa parte permitimo-nos ponderar que *Guetzevitch*, concebendo o Estado-de-Direito ideal como o desvinculado das questões de raça, de nacionalidade, etc., não deixa de ter certa afinidade com o pensamento de *Hans Kelsen*. Êste, descrevendo o seu método de trabalho, o faz da seguinte forma: “Quer isto dizer que ela (refere-se à teoria *pura* do direito) pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. *Êsse o seu princípio metodológico fundamental*”<sup>12</sup>.

Êste problema da racionalização do poder, estudado do ponto de vista histórico-jurídico, afigura-se-nos encontrar seu termo inicial decisivo na conhecida teoria da tripartição dos poderes. A tripartição dos poderes foi o instrumento de que se serviu a burguesia para garantir-se contra os poderes, ou melhor, contra o poder do Estado, o que vale dizer, contra a sua soberania. Para muitos o próprio *Montesquieu* estava ciente de que a tripartição não correspondia a qualquer exigência científica, e não passava de mero instrumento destinado a embasar defi-

sob o título “Evolução Constitucional Européia”, Rio de Janeiro, 1957, págs. 26 e seguintes.

<sup>10</sup> Cf. *Guetzevitch*, “Evolução Constitucional Européia”, cit., pág. 30.

<sup>11</sup> Cf. *Miguel Reale*, *Horizontes do Direito e da História*, cit., pág. 38, nota 34.

<sup>12</sup> Cf. *Kelsen*, “Teoria Pura do Direito”, tradução portuguesa, Coimbra, 1962, 1.º vol., pág. 1, grifos nossos.

nitivamente a posição da burguesia como classe social. A passagem contida no capítulo 6.º, do livro XI, do Espírito das Leis, parece confirmar essa assertiva, porquanto aí se lê: “Ce n’est point à moi à examiner si les Anglois jouissent actuellement de cette liberté ou non. Il me suffit de dire qu’elle est établie par leurs lois, et je n’en cherche davantage”. A propósito são elucidativas as considerações de ordem histórica tecidas por *Paulo Bonavides*, corroborativas deste ponto de vista<sup>13</sup>.

Sem embargo desta controvérsia, o fato histórico indiscutível e, portanto, o dado básico do problema, é o de que a tripartição dos poderes consistiu, historicamente, no mais perfeito instrumento de construção do Estado-de-Direito. Serviu êste princípio aos juristas como o mais eficaz e lógico instrumento para a elaboração do Estado-de-Direito, tendo-se em vista as condicionantes históricas da época.

A separação de poderes, quer na doutrina e sobretudo na legislação, constituiu-se em dogma político-jurídico fundamental do Direito Público, principalmente no século XIX. Na França encontramos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (art. 16), o seguinte: “tôda sociedade, na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação de poderes, considera-se desprovida de Constituição”. Verifique-se, atentamente, o valor emprestado à tripartição dos poderes: de um lado estendia-se a “tôda sociedade”, querendo-se com isto significar validade universal; de outra parte, inexistente o princípio, inexistiria então a própria Constituição.

*Duguit*, analisando o problema da separação dos poderes, embora constate o fato de sua verdadeira incrustação como dogma no constitucionalismo do século pas-

---

<sup>13</sup> Cf. *Paulo Bonavides*, op. cit., pág. 41 e seguintes, sobretudo a nota 3.ª da pág. 43.

sado, especialmente até a Primeira Grande Guerra, tece-lhe críticas no sentido de que o princípio encerra contradição, sobretudo se entendia de forma rígida<sup>14</sup>.

Todavia, a volta ao conceito de unidade do poder começou a encontrar, ou mais precisamente, a reencontrar adeptos. Dentre os primeiros e dos de pensamento mais autorizado e universal, encontramos *Jellinek*. Ensina êle que a teoria da separação dos poderes quebra, basilarmente, os elementos essenciais do poder, quais sejam, a sua unidade e sua indivisibilidade. Por isso é uma teoria de cunho, e nós acrescentaríamos origem também, notoriamente político<sup>15</sup>.

Releva notar, e parece-nos que esta observação é sumamente importante, que, apesar da volta a uma concepção unitária do poder, não ficou comprometida a conceituação do Estado-de-Direito.

O Estado-de-Direito e o seu aprimoramento, sob a égide da Justiça, é um dos elementos, senão o mais importante, de que os ocidentais dispõem para salvaguarda de sua liberdade e de todos os valores que são caros e indispensáveis à nossa civilização.

Parece-nos que é impossível conseguir-se verdadeiramente liberdade e justiça fora do Estado-de-Direito, concebido e estruturado êste como o que reconheça uma filosofia em que o homem seja o valor substancial da sociedade<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. *Duguit*, "Leçons de Droit Public Général", Paris, 1926, págs. 19 e seguintes.

<sup>15</sup> Cf. *Georg Jellinek*, "Teoria General del Estado", cit., pág. 473.

<sup>16</sup> Cf. *Legas y Lacambra*, "Filosofia del Derecho", Bosch, Barcelona, 1953, pág 523.

O Estado-de-Direito é aquele em que, governantes e governados, desde que estabelecida a regra jurídica, com o consentimento destes, a ela estão obrigados<sup>17</sup>.

*San Thiago Dantas* especificou bem o que é distintivo no Estado-de-Direito, nas seguintes palavras: "...não é o simples fato da existência de um ordenamento jurídico que permite incluir um Estado entre os que observam o princípio da legalidade ou da supremacia do direito; é o fato de se pretender submeter ao ordenamento jurídico os próprios órgãos do Poder Público". E, em continuação ao seu pensamento, conclui que na União Soviética não se pode cogitar da existência de um Estado-de-Direito. Isto porque "o que caracteriza a legalidade socialista, e permite desde logo diferenciá-la da legalidade democrática, é que ela sujeita à supremacia do direito os indivíduos e os órgãos administrativos do Estado, mas não o govêrno, representado, no tocante à União Soviética, pelo Conselho dos Sovietes, pelo seu Presidium ou Comissão Permanente e pelo Conselho de Ministros<sup>18</sup>.

## 2. O Direito e a Constituição: Conceito de Constituição

É inegável que uma Constituição pode ser estudada sob o aspecto econômico, sociológico e até mesmo sob outras perspectivas, como a filosófica e a histórica, por exemplo.<sup>1</sup>

Saliente-se, entretanto, que uma Constituição é predominantemente um instrumento jurídico. Os aspectos

---

<sup>17</sup> Cf. *S. V. Liñares Quiatana*, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", vol. 1.º, pág. 87, § 20, n.º 101; *Hauroiu*, "Principios de Derecho Publico y Constitucional", cit., pág. 284.

<sup>18</sup> - Cf. *San Thiago Dantas*, "Revista Forense", vol. 175, págs. 14 e 15. Dentre os estrangeiros, no mesmo sentido, cf. *Mirkine Guetzevitch*, "La Théorie Générale de l'Etat Sovietique", Paris, 1928, pág. 115 e seguintes; a posição deste é muitíssimo mais extremada, todavia.

<sup>1</sup> - Cf. *Pinto Ferreira*, "Principios Gerais do Direito Constitucional Moderno", 4.ª edição, § 3.º, págs. 40/41.

econômico, social e outros, em nosso entender, são secundários, no sentido de terem validade na medida em que são considerados pelas regras do Direito Constitucional positivo. Êste é que dá a dimensão daqueles.

A idéia mais importante no estudo da Constituição, tendo em vista sua colocação no sistema jurídico, precisamente sua posição hegemônica face às demais normas vigentes, consideradas tôdas sob a perspectiva da hierarquia entre elas existente. Quanto à razão de ser desta hierarquia, decorre de se emprestar à Constituição um valor supremo no ordenamento jurídico e, para que êsse valor seja convenientemente defendido, necessário é que as demais normas se subordinem à Constituição. Por isso a Constituição "representa o mais alto grau de positividade".<sup>2</sup>

Acentuando êste aspecto, passamos a palavra ao jurista que mais perfeitamente o caracterizou, fazendo-nos seguintes têrmos: "Die Rechtsordnung ist somit nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen". Em vernáculo: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas em níveis de normas jurídicas".<sup>3</sup>

Esta colocação da Constituição no ápice do edifício jurídico decorre da circunstância de ela encerrar, ou pretender encerrar, tôdas as aspirações essenciais de um povo, num dado momento histórico. Ela se constitui no repositório dos bens havidos como fundamentais à coe-

---

<sup>2</sup> - Cf. *Loureiro Júnior*, op. cit., pág. 99, n.º 78.

<sup>3</sup> - Cf. *Kelsen*, "Reine Rechtslehre" "Einleitung in die rechtswissenschaftliche", Leipzig und Wien, 1934, pág. 74; em vernáculo: Cf. "Teoria Pura do Direito": "A estrutura escalonada da ordem jurídica", vol. II, págs. 64/65.

xistência social. Assim, essa "Grundregel", como a denomina *Kelsen*, é hierarquicamente superior às outras leis; vale dizer tem ela a missão jurídico-política de balizar a vida social, não permitindo que outras leis contrariem os seus postulados, que têm, na ordem jurídica, a mais incontrastável validade. *Carl Schmitt*, que distingue entre leis constitucionais e Constituição, concebe esta como uma decisão política fundamental, que atinge toda, unidade política em sua existência.<sup>4</sup>

Exatamente em virtude dessa posição fundamental nos sistemas jurídicos, a própria hermenêutica da Constituição tem aspectos particulares.<sup>5</sup> A idéia capital, possivelmente, na hermenêutica das constituições, é a de que "devem ser mais rigorosamente obrigatórias do que as ordinárias, visto pertencerem, em geral, à classe das imperativas e de ordem pública".<sup>6</sup>

Constata-se que se atribui um valor extraordinário à Constituição. Acentuamos êste aspecto - o primado do Direito Constitucional nos ordenamentos jurídicos - por entendê-lo indelével dos elementos que servem à formulação exata do conceito de função jurisdicional. E isto sob dois aspectos: 1.º) o de que a função jurisdicional encontra seu berço no próprio texto da Constituição, tal a importância dessa função na vida social; 2.º) a circunstância de, por essa função, ou através dessa função, é que se deve controlar a constitucionalidade das leis, isto é, assegurar, por seu intermédio, o primado da Constituição no ordenamento jurídico. A invalidação das leis que contrariem a Constituição deve ser o objeto da função jurisdicional como procuraremos demonstrar na parte final dêste trabalho.

---

<sup>4</sup> - Cf. *C. Schmitt*, "Teoria de la Constitución", trad. castelhana, Madrid, pág. 26.

<sup>5</sup> - Cf. *Carlos Maximiliano*, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 7.ª edição, págs. 317 e seguintes; *Black*, "Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws", 2.ª edição, pág. 15.

<sup>6</sup> - *Carlos Maximiliano*, op. cit., pág. 379, n.º 360.

### 3. Observações sobre o Conceito de "Processo"

Entrosa-se o problema da função jurisdicional com outros dois: o da ação e o do processo. A jurisdição, a ação e o processo, denominou-os *Ramiro Podetti de trilogia estrutural* de conceitos básicos.<sup>1</sup>

Desta forma, no tratamento do tema, tem cabimento determinar-se a natureza jurídica do processo.

Aceita-se, nos dias de hoje, generalizadamente, o conceito de que o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma, de caráter instrumental, no sentido de que é através do processo que se atua a jurisdição objetivando-se a aplicação do direito material a um caso concreto controvertido.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - Cf. *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", 1.ª edição, vol. I, pág. 12.

<sup>2</sup> - *Sobre o conceito de processo: Adolfo Schönke*, "Derecho Procesal Civil", trad. espanhola da 5.ª edição alemã, 1950, págs. 14, 32 e 37; *Carnelutti*, "Estudios de Derecho Procesal", coleção Ciencia del Proceso, n.º 19, Buenos Aires, 1952, capítulo I: Del Fim del Proceso, págs. 204 e seguintes, e capítulo II: Del Resultado del Proceso, págs. 222 e seguintes; idem mesma obra, vol. II, capítulo I, sobre "Litis Proceso": págs. 5 e segs.; *Carnelutti*, "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano", tradução espanhola de Jaime Guasp, 1942, págs. 29, 30, 31 e seguintes, 51 e seguintes; *Carnelutti*, "Teoría General del Derecho", tradução espanhola, 1955, págs. 124, 199; *Chiovenda*, "Instituzioni di Diritto Processuale Civile", 2.ª edição, 1935, § 2.º; "Il Processo Civile e il Rapporto Giuridico Processuale"; *Redenti*, "Diritto Processual e Civile", vol. I, Giuffrè, 1957, págs. 91 e seguintes; *Marco Tullio Zanucchi*, "Diritto Procesuale Civile", 6.ª edição póstuma, vol. I, Sección III: Il Processo. Concetto e Caratteri. Il rapporto giuridico processuale, págs. 68 e seguintes; *Mário Bellavitis*, "Diritto Processuale Civile", Padova, 1935, Parte Generale, págs. 2, 5 e especialmente págs. 113 e seguintes; *Salvatore Satta*, "Diritto Processuale Civile", Padova, 1948, págs. 113 e seguintes; *Eduardo Couture*, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3.ª edição póstuma, Buenos Aires, 1958, págs. 121 e seguintes; *Mortara*, "Comentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile" 5.ª edição, 1923, pág. 20; *Luigi Mattirollo*, "Instituzioni di Diritto Giudiziaro Civile Italiano", Fratelli Bocca Editori, 1888, págs. 8 e seguintes, onde estuda o "giudizio", equivalente ao proceso de hoje; *Pisanelli, Scialoja e Mancini*, "Comentario del Codice di Procedura Civile", Napoli, 1875, vol. I, especialmente: Introduzione e Nozioni Storiche Preliminari in torno al Sistema Generale del Processo Civile, trabalho de *Mancini*, extraído do vol. II dos Comentários do Código de Processo Civil Sardo, págs. I a LV; *Pontes de Miranda*, "Comentários ao Código de Processo Civil", 2.ª edição, tomo I, Forense, especialmente: Prólogo à edição de 1947, págs.

Desde que surja um conflito de interesses cuja solução entre as partes não tenha sido possível, impõe-se a intervenção de uma ou mais pessoas desinteressadas no conflito, para que se consiga a solução do mesmo.<sup>3</sup>

A solução do conflito de interesses somente se colima, deixando-se de lado as hipóteses de solução violenta ou altruística, ambas de índole manifestamente privada, por meio do processo, onde, aquêle terceiro chamado a intervir, se imporá às partes. Vale dizer, terminado o processo, pela prestação jurisdicional, não mais será a vontade das partes que predominará, mas sim, a autoridade dêste último, ou melhor dizendo, a vontade da lei que será por êste aplicada ao caso concreto. Donde se dizer, com justeza, que a atividade jurisdicional é de índole eminentemente *substitutiva*, eis que, afinal, a vontade que terá validade será a da lei e não a das partes. O juiz atua no processo *super-partes*, na qualidade de represen-

---

XV a XXXIV; págs. 3 e seguintes; Processo de cognição, pág. 44; *Luis Eulálio de Bueno Vidigal*, "Direito Processual Civil", Saraiva, 1965, estudo relativo ao tema "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", capítulo III, sob o título: Escopo do Processo, págs. 137 e seguintes; dêste mesmo autor, estudo sobre o "Escopo do Processo Civil", in "Revista de Direito Processual Civil", vol. 1.º, Saraiva, 1960, págs. 10 e seguintes; *Alfredo Buzaid* "Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil", 2.ª edição, Saraiva, 1956, capítulo VI, pág. 81 e seguintes, sob o título; Processo, Ação e Lide; *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", 1.ª edição, vol. I, págs. 9 a 12; *Moacyr Amaral Santos*, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 2.ª edição, págs. 25 e seguintes; *Galeno de Lacerda*, conferência na Faculdade de Direito de Pelotas, in "Revista de Direito Processual Civil", vol. III, sob o título: Processo e Cultura; *Eduardo Couture*, "Introdução ao Estudo do Processo Civil", Konfino, Rio de Janeiro, s/d., tradução brasileira, págs. 59 e seguintes; *Gusmão*, "Processo Civil e Comercial", 3.ª edição, Saraiva, 1934, vol. I, capítulo I, págs. 1 e seguintes; *João Monteiro*, "Teoria do Processo Civil e Comercial", 3.ª edição, 1912, vol. I, § 29, págs. 130 e seguintes; *João Mendes Júnior*, "Direito Judiciário Brasileiro", 2.ª edição, 1918, págs. 255/264; *Lopes da Costa*, "Direito Processual Civil Brasileiro", 2.ª edição, vol. I, págs. 190 e seguintes; *Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz*, "Apontamentos sobre a Noção Ontológica do Processo", Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1936, capítulo VII, pág. 137 e seguintes.

<sup>3</sup> - Vê-se que o nosso pensamento, neste particular, se arrima em parte no conceito de *Carnelutti*, no sentido de o juiz ser um terceiro desinteressado. Cf. *Carnelutti*, *Instituciones*, citada, pág. 29.

tante do Estado e desinteressado do litígio; agindo imparcialmente, transfundirá no caso submetido à sua apreciação a vontade concreta da lei.<sup>4</sup>

Forma-se o processo<sup>5</sup> em decorrência de uma das partes - o réu - resistir à pretensão da outra e esta recorrer à ação judicial.<sup>6</sup> Esta resistência à pretensão do autor,<sup>7</sup> no sentido de o réu obstar que se submeta um interesse seu ao interesse do autor, gera o conflito de interesses.<sup>8</sup>

Dirigindo-se o autor ao juiz, aquêle conflito é por êle *qualificado* através do pedido formulado. Quer dizer, a lide<sup>9</sup> é suscitada e definida à vista da exposição feita pelo

<sup>4</sup> - Cf. *Chiovenda*, "Istituzioni", citada, § 2.º; trad. brasileira, vol. I, pág. 37.

<sup>5</sup> - Em virtude dessa resistência do réu à pretensão do autor, ou êste recorrerá ao processo, ou sua pretensão permanecerá insatisfeita. A ação é um antecedente do processo. Aquela, por meio dêste, atua a jurisdição. Cf. *Carnelutti*, "Instituciones", citada, n.º 8, págs. 34 e seguintes; sôbre o conceito de pretensão e resistência à pretensão: *Carnelutti*, "Sistema del Diritto Processuale Civile", Padova, 1936, vol. I, págs. 40 e seguintes; *Alfredo Buzaid*, "Do Agravo de Petição" citado, pág. 90, n.º 40; *Liebman*, "Estudos sôbre o Processo Civil Brasileiro"; *Carnelutti*, "Estudios de Derecho Procesal", citado, vol. II, págs. 5/31.

<sup>6</sup> - *Lide* é "o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro". Cf. *Buzaid*, op. citada, pág. 92, n.º 41. Distinto é o conceito de lide do de ação. Esta implica no recurso ao Poder Judiciário, colimando-se a atuação da lei, para a solução da lide, deduzida no processo. Cf. *Buzaid*, op. citada, pág. 93, n.º 41; *Carnelutti*, "Sistema" citado, vol. I, pág. 902; *Carnelutti*, "Estudios de Derecho Procesal", citado em n.º anterior, loc. cit.

<sup>7</sup> - No conceito de resistência à pretensão se compreendem tanto a lesão ao interesse, como a contestação da pretensão. Cf. *Carnelutti*, "Instituciones", citada, pág. 34, n.º 9.

<sup>8</sup> - Cf. *Liebman*, "Estudos sôbre o Processo Civil Brasileiro", citado, pág. 131, onde conclui que o conceito de lide, tal como entendido por *Carnelutti*, "é conceito sociológico e não jurídico". Em seguida, conclui mais o Prof. *Liebman* que "o pedido do autor é o objeto do processo", Cf. op. citada pág. 132. A contestação para o fim de delimitação do objeto do processo é irrelevante. Por êsse motivo, parece-nos passível de crítica a afirmação do grande processualista, *Eduardo Couture*, quando assevera que o "processo nasce com a iniciativa do autor, delimita-se com a contestação do réu e culmina com a sentença do juiz. Cf. "Introdução ao Estudo do Processo Civil", citado, pág. 59.

<sup>9</sup> - Ensina *Liebman*, que a iniciativa de instauração do processo cabe ao autor, sendo êle que "propõe o pedido e com isso suscita a lide e fixa o mérito

autor; êste é que dá qualidade àquela. Poderá, assim, é óbvio, distorcer os fatos, total ou parcialmente. Dêste fato já se infere impor-se a audiência do réu para que, contestado o pedido, se possa concluir se o autor definira correta ou incorretamente aquêle conflito de interesses.<sup>10</sup> O réu pode, total ou parcialmente, desqualificar a tonalidade primitiva, atribuída pelo autor, ao conflito de interesses.<sup>11</sup>

Aquêle conflito de interesses ocorrido na vida social é, através do pedido feito ao Estado, trasladado da vida social e enquadrado num esquema jurídico e colocado diante de um terceiro - juiz, que até êsse momento o ignora. É a lide, que é objeto do processo.

Desta forma, para que o juiz possa decidir a lide, deflui da própria natureza empírica das coisas, que tenha imperativamente de ouvir o réu. Sòmente comunicando-se ao réu o pedido contra êle formulado e, em virtude desta comunicação, sendo-lhe ensejada oportunidade de defesa, consistente em contraditar as alegações do autor, é que poderá o juiz, sopesando as alegações de lado a lado, verificar em que medida as alegações correspondem aos fatos ocorridos. Estes fatos deverão ser devidamente provados e, ao têrmo disto tudo, é que estará o juiz habilitado, mediante a prolação da sentença, a aplicar a vontade concreta da lei, ou, na terminologia de *Carnelutti*, compor a lide.

---

da causa. A atitude do réu é para êsse efeito sem consequências. Cf. *Libman*, op. cit., pág. 136.

<sup>10</sup> - O conflito de interesses existente entre as partes é a causa remota do processo, mas não o seu objeto. Cf. *Buzaid*, op. cit. n.º 43-D, pág. 97; *Libman*, op. cit., págs. 128 e seguintes. Se se entende que o pedido do autor é o objeto do processo e, ainda, que o conflito de interesses é causa remota, mas não objeto do processo, sendo o objeto, desde a lide, qualificada pelo autor, deve-se concluir que processo e lide "têm sempre medidas que se correspondem e se sobrepõem". Realmente, o juiz sòmente conhece a lide na exata medida em que ela se retrate no processo.

<sup>11</sup> - Ensina *Carnelutti* que o fundamento da contestação "é a inexistência de uma situação jurídica que sirva de fundamento à pretensão". Cf. *Carnelutti*, "Instituciones", cit., pág. 36, n.º 11.

#### 4. *Natureza da Função Jurisdicional*

Afigura-se-nos que a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, para isto é necessário que o juiz, compondo o litígio, afirme a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquele merecedor da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional - que soluciona a controvérsia -, para que seja feita com eficácia, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda perduraria o conflito. Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública<sup>1</sup>. Todavia, para que efetivamente tal substituição ocorra, necessário se faz um requisito, ou uma qualidade, a essa atividade substitutiva, que é, precisamente, a qualidade de imutabilidade da sentença. O que caracteriza verdadeiramente a sentença definitiva - síntese da atividade jurisdicional - é a autoridade da coisa julgada.<sup>2</sup> Pode-se dizer que a substituição da atividade privada pela pública que se opera com a atividade jurisdicional seria inócua, se essa substituição não fôsse definitiva; daí vincularmos indissolúvelmente a imutabilidade da coisa julgada à atividade jurisdicional.

O conceituar-se a função jurisdicional como função de prevenção ou composição da lide, como o faz *Carnelutti*, não nos parece aceitável. Nesse particular, parecem-nos procedentes as críticas que lhe foram endereçadas pelo Prof. *Mauro Capelletti*, em admirável artigo publicado na

---

<sup>1</sup> - Cf. *Chiovenda*, "Istituzioni", citada, § 19, n.º 140; trad. brasileira, G. Menegale, Saraiva, 2.ª edição, vol.II, pág. 11.

<sup>2</sup> - Cf. *José Frederico Marques*, "Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária", 2.ª edição, 1959, pág. 61; *Liebman*, "Eficácia e Autoridade da Sentença", trad. brasileira, 1945, n.º 36, pág. 114; *Roger Bonnard*, "Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration", 1934, pág. 85; *Fezas Vital*, "Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública", 1938, pág. 9.

“Revista de Direito Processual Civil”<sup>3</sup>. As críticas são tanto mais aproveitáveis porquanto se fazem tendo em vista o pensamento de *Carnelutti* sob o seu aspecto evolutivo.

Outra opinião examinada em realce no artigo citado, é a de *Chiovenda*, que nos parece exata. Ela é objeto de crítica, outrossim, do Prof. *Mauro Capelletti*, sob o argumento de que enxergar-se na jurisdição “a atuação da vontade concreta da lei”, não é suficiente para distinguir a função jurisdicional, eis que “mesmo os atos legislativos e administrativos podem constituir atuação de uma ordem superior”.<sup>4</sup> Com a devida vênia, afigura-se-nos que a crítica não fere o ponto central do conceito de *Chiovenda*. *Chiovenda* considera a atividade legislativa e administrativa, ao distingui-las da atividade jurisdicional. Aceita que elas consistem, também, sobretudo a administrativa, em uma atuação “em conformidade com a lei”. Todavia, o que distingue a atividade administrativa da atividade jurisdicional, é que a atividade administrativa é uma atividade originária, ou primária, ao passo que a jurisdicional é atividade secundária.<sup>5</sup>

*Chiovenda* realmente invoca, em sua conceituação, o aspecto subjetivo, uma vez que fala em atuação da lei “por parte dos órgãos da jurisdição”. Mas isto não invalida o seu conceito, eis que alia ao elemento subjetivo um objetivo, qual seja, a da natureza da atividade ou função jurisdicional que é atividade secundária ou substitutiva. E, quem diz substitutiva, dota a sentença, síntese da atividade jurisdicional, de imutabilidade, conforme já observamos, uma vez que, se não houvesse imutabilidade,

---

<sup>3</sup> - Cf. *Mauro Cappelletti*, “O Contrôlo de Constitucionalidade das Leis no Sistema das Funções Estatais”, in *Revista de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 45, nota 13.<sup>a</sup>.

<sup>4</sup> - Cf. *Mauro Cappelletti*, op. cit., in *Revista de Direito Processual Civil*, pág. 48.

<sup>5</sup> - Cf. *Chiovenda*, “Istituzioni”, cit., § 19, n.º 140; trad. brasileira, 2.<sup>a</sup> edição, vol. II, pág. 12.

não haveria, realmente, substituição. A mesma crítica é dirigida a *Chiovenda* por *Zanzucchi*, entendendo ser inexato configurar-se à atividade jurisdicional como a “*applicazione di questa (refere-se à lei) al caso concreto*”. E isto porque, esta doutrina de *Chiovenda*, entre outros, enuncia “*un carattere che non à punto specifico della giurisdizione in quanto chiunque, e anche il privato cittadino, se uniforma la propria condotta alle norme di diritto, applica, cioè attua il diritto*”.<sup>6</sup> Parece-nos que, em linhas gerais, a crítica não é exata, porquanto não considera o aspecto da substitutividade, que se nos afigura capital. *Zanzucchi* é, aliás, citado pelo Prof. *Cappelletti*,<sup>7</sup> em abono do ponto de vista do articulista.

Parece-nos que ambos, ao tratarem do tema, não feriram o ponto capital do conceito chiovendiano, que é o da *substitutividade*, embora o Prof. *Cappelletti*, brevemente, faça referência a ela.<sup>8</sup>

Outro não é o entendimento do meu mestre de sempre, *José Frederico Marques*. Em seu “Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária”<sup>9</sup> conclui que a função jurisdicional tem caráter substitutivo.

Igualmente *Antônio Segni*<sup>10</sup> também considera a atividade jurisdicional como uma atuação “que opera em substituição ou sub-rogação da atividade de outros sujeitos”.

*Bindo Galli*<sup>11</sup> observa ser característica do julgado a sua imperatividade.

<sup>6</sup> - Cf. *Zanzucchi*, “*Diritto Processuale Civile*”, Giuffrè, 1964, vol. I, pág.

7.

<sup>7</sup> - Cf. *Mauro Cappelletti*, artigo cit., pág. 48, nota 24.<sup>a</sup>.

<sup>8</sup> - Cf. *Mauro Cappelletti*, artigo citado, pág. 48, n.º 3, letra b.

<sup>9</sup> - Cf. *José Frederico Marques*, “*Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária*”, 2.<sup>a</sup> edição, pág. 55.

<sup>10</sup> - Cf. *Antonio Segni*, in “*Nuovo Digesto Italiano*”, vol. VI, verbete “*Giurisdizione*”.

<sup>11</sup> - Cf. *Bindo Galli*, “*Il Concetto di Giurisdizione*”, pág. 117.

*Segni*<sup>12</sup> especifica mais que “il giudice” se encontra “al di fuori del rapporto, sul quale opera coll’atto giurisdizionale”.

Esta conceituação é também válida para explicar-se a atividade jurisdicional quando o litígio é entre um particular e o Estado, uma vez que, nesta hipótese, o Estado, através da função jurisdicional, ou do Poder Judiciário, substitui-se a si mesmo, podendo, inclusive, é óbvio, a decisão ser contra o próprio Estado. Esta substituição se faz, por força da estrutura, preponderante nos países ocidentais que consagram a tripartição dos poderes.

A êste respeito é expressiva a conceituação de atividade jurisdicional de um jurista norte-americano, ao referir-se à maneira como deveria esta função ser organizada pelo Estado: “It ought to make its judicature, as it were something exterior to the state”.<sup>13</sup> O judiciário, como se vê, deve ser um poder intangível, sendo apenas submetido à lei.

Os característicos essenciais, parece-nos, da atividade jurisdicional, são os seguintes:

1.º) a *terzietà* do juiz que tem de ser desinteressado do litígio, conceito êste universalmente aceito e tradicional;

2.º) o poder de que está investido êste terceiro, é o de aplicar a norma ao caso concreto, valendo a sua decisão irrefragavelmente. É a coisa julgada, característica e qualidade capitais da sentença.

O argumento de que o legislador também atua com poder irrefragável, isto é, *super partes*, não é suficiente para invalidar a característica de que o juiz também tem poder.

O legislador, ao legislar, inova na ordem jurídica; ao passo que o juiz, aplica a norma jurídica já existente; não

---

<sup>12</sup> - Cf. *Antonio Segni*, op. cit., págs. 388/389.

<sup>13</sup> - Cf. *Ministro Mário Guimarães*, “O Juiz e a Função Jurisdicional”, Rio de Janeiro, 1958, pág. 48.

inova na ordem jurídica. Êle apenas faz valer a norma anterior, aplicando-a ao caso concreto.

3.º) Além daqueles dois elementos, órgão adequado (juiz), e atuação dêste *super partes*, decorrendo desta atuação a validade incontrastável de sua decisão, é característica, ainda, da atividade jurisdicional um contraditório regular, o que implica na obediência de um procedimento regular e preestabelecido.

##### 5. *A Função Jurisdicional*

“Os constitucionalistas e os cultores da ciência processual ainda não deram ao art. 141, § 4.º, da Constituição Federal, a projeção doutrinária que êle merece, pois os estudos e trabalhos sôbre êsse texto da Lei Maior são, por enquanto, muito parcos e reduzidos, incompletos ou deficientes. Todavia, nêle se cristalizava um dos preceitos fundamentais das garantias aos Direitos do Homem, e ali vem expresso postulado fundamental e básico de todo o nosso Direito Processual” (artigo de *José Frederico Marques*, Revista de Direito Processual Civil, vol. 2.º, pág. 13 e seguintes).

Possivelmente o eixo do nosso sistema constitucional, que adotou a separação de poderes, consagrado em nossa Constituição federal (art. 36), é o art. 141, § 4.º, que preceitua: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Como diz ainda *José Frederico Marques*, encontra-se condensada nesse preceito “tôda uma série de postulados fundamentais sôbre a função jurisdicional - desde o direito da ação - até o monopólio da função de julgar, pelo Poder

Judiciário. Ao demais, a precisão é insuperável e sem jaça".<sup>1</sup>

O preceito - art. 141, § 4.º - foi inserto, na Constituição federal, pelo eminente jurista e então constituinte, Prof. *Mário Masagão*.<sup>2</sup>

Verifica-se a interligação entre os conceitos de *ação, processo e função jurisdicional*. A ação aciona a jurisdição, fazendo-o por intermédio do processo.

Observa com grande exatidão *Castro Nunes* que: "O direito à jurisdição é um corolário do *primado da lei*, isto é, do princípio da legalidade".<sup>3</sup>

Tôda a problemática do direito e da liberdade está intimamente ligada à natureza da função jurisdicional.

Parece-nos que, nos dias que correm, não mais poderemos falar, com exatidão conceitual, em poder jurisdicional. Na realidade, afigura-se-nos mais apropriado falarmos em *função jurisdicional*, uma vez que esta é, efetivamente, uma das facetas da soberania.<sup>4</sup> Em sentido contrário, sustentando a subsistência dos três poderes, estão o Prof. *Sampaio Dória* e *Biscaretti di Ruffia*.<sup>5</sup>

*Vicente Ráo*, analisando o pensamento de *Montesquieu*, assevera-nos que *nem mesmo êle* "atribuiu a cada um dos Poderes qualquer parcela *quantitativa* da soberania e muito menos qualquer parcela a ser, porventura, exer-

---

<sup>1</sup> - Cf. *José Frederico Marques*, "Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária", 2.ª edição, pág. 62 e seguintes; artigo do mesmo autor no jornal "O Estado de São Paulo", em 15 de outubro de 1961.

<sup>2</sup> - Cf. *Mário Mazagão* "Curso de Direito Administrativo", S. Paulo, 1960, vol. II, pág. 334, n.º 511.

<sup>3</sup> - Cf. *Castro Nunes*, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", Rio de Janeiro, 1943, pág. 568.

<sup>4</sup> - Cf. *Massimo Severo Giannini*, *apud* Prof. *Mauro Cappelletti*, in "Revista de Direito Processual Civil", vol. 3.º, pág. 43, o qual, aliás, não endossa integralmente este ponto de vista (pág. 43, n.º 2). Em sentido contrário, sustentando a subsistência dos três poderes, ver nota seguinte, n.º 5.

<sup>5</sup> - Cf. *Sampaio Dória*, "Direito Constitucional", 3.ª ed., S. Paulo, 1946, IIº tomo, pág. 146; *Biscaretti di Ruffia*, "Lo Stato Democrático Moderno", pág. 475.

cida isoladamente, como em compartimentos estanques, sem articulação com os demais Poderes. *Locke* e *Montesquieu* distinguiram e separaram sim, as funções de julgar, das atribuições do Legislativo e Executivo, mas não exigiram a Judicatura em Poder Político da nação".<sup>6</sup>

Sabe-se que, nos primórdios das sociedades, a função jurisdicional - que compreende a declaração do direito e, normalmente, sua aplicação - não estava afeta integralmente ao Estado, através do chamado Poder Judiciário. Hodiernamente, todavia, ela se encontra integralmente contida nas atribuições do Poder Judiciário.

Na sistemática das legislações ocidentais dos povos civilizados, uma única exceção se coloca no sentido de serem restringidas as atribuições do Poder Judiciário como monopolizador de toda função jurisdicional. Trata-se do instituto do *contencioso administrativo*, mercê do qual, determinados conflitos de interesses entre o Estado e o particular, ou melhor dizendo, entre o Poder Executivo e o particular, não ficam afetos, em sua solução, ao Poder Judiciário, mas ao próprio Poder Executivo.

Parece-nos, no entanto, que a melhor doutrina condena a existência do contencioso administrativo, porquanto é inegável que a Administração deve respeito absoluto ao direito e o juiz é também representante do Estado. Assim sendo, a Administração, submetendo-se à decisão judiciária emanada do Poder Judiciário, estará submetendo-se ao primado do direito, criado pelo próprio Estado. Ademais, a tarefa de dizer o direito deve ser considerada como privativa do Poder Judiciário, em respeito a uma tradição que se mostrou de singular utilidade na estruturação do Estado-de-Direito, não existindo motivos plausíveis para abandoná-la, mas, pelo contrário, para segui-la. As normas jurídicas existem como consubstan-

---

<sup>6</sup> Cf. *Vicente Ráo*, "As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo", S. Paulo, 1965, 1º vol., págs. 25-27.

ciadoras do teor da Justiça nelas contido e são elaboradas pelo próprio Estado. *Castro Nunes* observou que "O Estado liberal tendia naturalmente para a *unidade orgânica* do poder jurisdicional. Tôda jurisdição nas vias ordinárias. Era um reflexo da rigidez dos princípios separados" (7 - grifo do autor). Como ensina *Theófilo Cavalcanti Filho*, "O Estado encarna as aspirações mais essenciais e gerais dominantes numa coletividade"<sup>8</sup>. Desta forma, continua o Prof. *Cavalcanti Filho*, "é compreensível que o ordenamento jurídico estatal, que se inspira nesses valores socialmente supremos, se sobreponha aos demais, de modo a poder preservar a coletividade total, em si mesma, e permitir a consecução dos fins a cujo serviço se coloca". Se esta preponderância é justificável, ou até mesmo inevitável, não é possível, todavia, transformá-la dentro de uma rigorosa sistemática do Estado-de-Direito em preponderância total dos interesses estatais ao ponto de serem feridos *direitos* dos particulares. Como ainda pondera o Prof. *Cavalcanti Filho*, "objetivo primeiro, a razão que, antes de qualquer outra, leva o homem a realizar o direito está na exigência de *ordem e segurança*"<sup>9</sup>.

O Ministro *Castro Nunes*, escrevendo em 1943, com base na evolução das diversas legislações, concluía: "Modernamente todavia, a tendência é a de se hipertrofiar a jurisdição administrativa". E, logo adiante, ponderava que essa observação se assentava nas formas imprecisas desta fase de transição. Mas, em sua opinião, isto não significava uma amputação da função jurisdicional. E concluía: "O que ela exprime, sem dúvida, é o fato *jurisdicional*, dominando a atividade do Estado. Não é nem

---

<sup>7</sup> - Cf. *Castro Nunes*, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", citado, pág. 5.

<sup>8</sup> - Cf. *Theófilo Cavalcanti Filho*, "O Problema da Segurança no Direito", S. Paulo, 1964, pág. 51.

<sup>9</sup> - Cf. *Theófilo Cavalcanti Filho*, op cit., pág. 53.

decadência do Judiciário, que é por definição, a jurisdição específica do Estado". Seriam outras formas de realização do direito.<sup>10</sup>

Assegura-se perfeitamente a preponderância do interesse do Estado sobre o do particular, através de uma, legislação que compreenda e consagre os fins superiores e sociais do Estado. Mas, indubitavelmente, através do sistema judiciário, ou de jurisdição única, assegura-se a observância dos direitos dos particulares de forma melhor, mais imparcial e justa. Tais são, em linhas gerais, os argumentos incontestavelmente válidos contra o contencioso administrativo.<sup>11</sup>

O sistema judiciário, também chamado de jurisdição única, é aquele que encontrou sua origem na separação de poderes, no sentido de que, separados, os poderes do Estado nas atribuições de cada poder, tinha de lhe ficar afeto aquilo que, ontologicamente, segundo as condicionantes históricas, lhe pertencia. Assim, coube ao Poder Judiciário a função de dizer o direito e, normalmente, de aplicá-lo.<sup>12</sup>

A evolução deste sistema está intimamente ligada à própria evolução político-jurídica da Inglaterra e, por isso, também se denomina *sistema inglês*.<sup>13</sup>

Esse sistema também vigorou nos Estados Unidos, desde os primórdios de sua história.<sup>14</sup> Nos Estados Uni-

<sup>10</sup> - Cf. *Castro Nunes*, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", citado, n.º 3, pág. 6 e seguintes.

<sup>11</sup> - Cf. *Lorenzo Meucci*, "Instituzioni di Diritto Administrativo", 1905, pág. 59 e seguintes; *Mário Masagão*, "Curso de Direito Administrativo", citado vol. II, n.º 499, pág. 327; *Hely Lopes Meirelles*, "Direito Administrativo Brasileiro", 1.ª edição, pág. 35; *Raneletti*, "Le Garantie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione", 1934, pág. 303 e seguintes.

<sup>12</sup> - Sobre o contencioso administrativo, em sua mais moderna conceituação, leiam-se: *Georges Vedel*, "Droit Administratif", 1961, pág. 323 e seguintes; *Louis Trotabas*, "Manuel de Droit Public et Administratif", 1957, pág. 157 e seguintes.

<sup>13</sup> - Cf. *Gneist*, "English Constitutional History", 1884, vol. 1.º, pág. 391.

dos, antes mesmo do famoso caso *Marbury versus Madison*, do ano de 1803, os colonos tiveram experiência relativamente ao controle até mesmo da constitucionalidade das leis, o que revela admirável compreensão da atividade jurisdicional em sua plenitude.<sup>15</sup> A doutrina norteamericana cristalizou-se no sentido de deferir a integridade da apreciação de questões controvertidas ao Poder Judiciário.<sup>16</sup>

Falta à composição de qualquer conflito de interesses ou controvérsia, entre o particular e a Administração, diminuída por esta última, na sistemática da jurisdição única, aquilo a que se denomina o "final enforcing power", que equivale à coisa julgada.<sup>17</sup>

No Brasil o sistema de jurisdição única foi, desde a nossa primeira Constituição republicana, invariavelmente adotado.<sup>18</sup>

Desde o Império já se rebelaram os juristas contra o contencioso administrativo.<sup>19</sup>

Deve-se consultar a respeito os ensinamentos do Prof. *Mário Masagão*, que observa sempre presente a tendência, entre nós, e logo depois de nossa emancipação política, no sentido da eliminação do contencioso administrativo. Lembra o mestre, inclusive, o artigo 225, do projeto

---

<sup>14</sup> - Cf. *Howard Mac Bain*, "The Living Constitution", New York, 1948, capítulo VII, pág. 237 e segs.

<sup>15</sup> - Cf. *Loureiro Júnior*, "O Controle da Constitucionalidade das Leis", citado, n.º 10 e segs., pág. 25 e segs.

<sup>16</sup> - Cf. *Dicey*, "Introduction to the Study of Law of the Constitution", 1885, pág. 178 e segs.; *Ernest Freund*, "Historical Survey", "The Growth of American Administrative Law", 1924, pág. 9 e segs.; *Ernest Freund*, "Administrative Power", 1928, pág. 170; *James Kent*, "Commentaries on American Law", Boston, 1867, vol. 1.º, n.º 325, pág. 349.

<sup>17</sup> - Cf. *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", 1.ª edição, 1.º vol., n.º 121, pág. 263; *Francisco Campos*, "Pareceres", 1934, vol. 1.º, pág. 296.

<sup>18</sup> - Cf. *Rui Barbosa*, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", S. Paulo, 1933, vol. IV, pág. 429; *Pedro Lessa*, "Do Poder Judiciário", 1915, págs. 143 e 151.

<sup>19</sup> - Cf. *Visconde de Ouro Preto*, "Reforma Administrativa e Municipal", 1928, capítulo IV.

levado à Constituinte de 1823, onde o contencioso era abolido expressamente.<sup>20</sup>

6. *O Direito de Ação e a Amplitude da Função Jurisdicional em nosso Direito*

Já salientamos que o art. 141, § 4.º, da Constituição Federal é um dos preceitos mais importantes do nosso ordenamento jurídico.

O preceito inscrito em a nossa Lei Magna – “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” - dá o âmbito do direito de ação em nosso ordenamento jurídico. É, assim, medida amplíssima de salvaguarda dos direitos definidos pelas leis materiais. Lei alguma será legítima dentro do sistema da Constituição de 1946 se limitar o acesso de qualquer cidadão ao Poder Judiciário. Isto significa que todo e qualquer cidadão terá o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla, para que o Poder Judiciário - e somente este - através de uma decisão intangível diga o direito e, eventualmente, o aplique. A decisão judiciária, tendo a lhe embasar o “final enforcing power” do direito americano, ou a imutabilidade da coisa julgada do sistema latino, tem validade indestrutível. E esta validade é tanto mais acentuada que a própria Constituição federal, ainda no capítulo das garantias dos direitos individuais, consagra, expressamente, no artigo 141, § 3.º, a impossibilidade de qualquer lei prejudicar “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O preceito do art.

---

<sup>20</sup> - Cf. *Mário Masagão*, “Curso de Direito Administrativo”, citado, tomo II, n.º 506, págs. 331/333.

141, § 3.º, encontra símiles nas demais Constituições brasileiras; a de 1937, Carta Constitucional, era omissa.<sup>1</sup>

Quanto à tradição do art. 141, § 4.º, deve-se dizer o seguinte: a Constituição de 1891 era omissa, a respeito, mas o princípio valia como, decorrência da própria sistemática da Lei Magna de 91; o mesmo se deve dizer quanto à Constituição da 1934; outrotanto, todavia, não pode ser dito referentemente à Carta de 1937, eis que “ela-mesma deixava sem amparo judicial direitos individuais e permitia que a lei os deixasse sem remédios processuais”.<sup>2</sup>

De outra parte, a própria Constituição, que aglutina para o Poder Judiciário o conhecimento de tôdas as questões, objetivando obturar tôda e qualquer limitação ao sistema de garantia de jurisdição única, prescreve ainda, no art. 141, § 26, no capítulo das garantias individuais: “não haverá fôro privilegiado, nem juízes e tribunais de exceção”.<sup>3</sup>

Como observa *Pontes de Miranda*, consiste a proibição dos tribunais de exceção, no direito constitucional contemporâneo, verdadeira *garantia institucional*.<sup>4</sup>

Finalmente faça-se referência ao artigo 144, da Constituição federal, que trata dos “direitos e garantias implícitos”, o que também constitui matéria da tradição do nosso direito, ressaltando-se, sob êste aspecto, as restrições da Carta de 1937, que se desviou da tradição histórica (art. 123).

O art. 144, explicitando que a especificação dos direitos e garantias da Lei Magna “não exclui” quaisquer ou-

---

<sup>1</sup> - Cf. *Pontes de Miranda*, “Comentários à Constituição de 1946”, Rio de Janeiro, s/d, vol. III, pág. 172.

<sup>2</sup> - Cf. *Pontes de Miranda*, op. cit., vol. III, pág. 229; ainda cf. *Carlos Maximiliano*, no mesmo sentido, “Comentários à Constituição Brasileira”, 5.ª ed., 1954, *Freitas Bastos*, vol III, n.º 515, pág. 61.

<sup>3</sup> - Cf. *Pontes de Miranda*, op. cit., vol. III, pág. 343.

<sup>4</sup> - *Pontes de Miranda*, op. e loc. cit.

tros, que decorram do regime, e dos princípios adotados, dá bem a medida do empenho do legislador constituinte na observância do art. 141 da Constituição federal. Pode-se, indiscutivelmente, afirmar que o art. 141 constitui o cerne, a alma e o corpo do nosso sistema jurídico. Ainda, lícito é afirmar-se que êsse rol das garantias não comporta hermenêutica restritiva, mas sim, hermenêutica que extraia do conjunto dessas mesmas garantias e princípios tôdas as conseqüências asseguradoras de um verdadeiro regime democrático. É o que, categòricamente, estatuiu o legislador no art. 144 da mesma Carta Magna.

Devem, portanto, ser subscritas as palavras do eminente *José Frederico Marques*, no seu insuperado e insuperável estudo sôbre a Jurisdição Voluntária: “O “jus actionis” é um direito individual, um direito público subjetivo, emanado do “status civitatis”, que se filia ao direito de petição, conforme ensinava *Eduardo Couture*, e também o grande *João Mendes Júnior*. No plano jurídico-constitucional, onde de início se situa, a ação é um direito autônomo e abstrato consistente na faculdade que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional do Estado relativamente a uma pretensão”.<sup>1</sup>

Em nossos dias o direito de ação encontra firme arcabouço no Direito Constitucional, dizendo-se, com exatidão, que o Código de Processo e leis complementares “son el texto que reglamenta la garantia de justicia contenida en la Constitución”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *José Frederico Marques*, “Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária”, citada, pág. 63.

<sup>2</sup> *Eduardo Couture*, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1948, 1º vol., pág. 19.

### 7. O Poder Judiciário no Estado-de-Direito

*Couture* ensina, com apoio nas sistemáticas contemporâneas dos Estados-de-Direito, que através da ação “se cumple la jurisdicción”. Por outras palavras, “se realiza efetivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex, sine actore*”. Desta forma, para o indivíduo, erige-se a ação em “una tutela de su propia personalidad”; a comunidade “ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efetiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución”.<sup>3</sup>

Por tais motivos vinculando-se a ação à indeclinável prestação jurisdicional, conseqüentemente, constituem-se uma e outra - ação e jurisdição - em verdadeiras condições de funcionamento e validade de um ordenamento jurídico. Decorre disto que a impossibilidade de acesso à Justiça equivale à ausência de ordem jurídica válida e atuante, na medida em que se vede acesso à Justiça.

Prelecionou o insigne *Chiovenda* que o processo deve possibilitar, nos limites do possível, a quem tenha direito a defender “tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”.<sup>4</sup>

Efetivamente, no Estado-de-Direito, desde que seja tutelado o direito material através do processo, ter-se-á uma ordem jurídica plenamente asseguradora dos direitos. Assume, desta forma singular importância no Estado-de-Direito a função jurisdicional, pois através do seu funcionamento é que se terá uma ordem jurídica plena-

---

<sup>3</sup> *Eduardo Couture*, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3.º ed., póstuma, Buenos Aires, 1958, págs. 58/59, n.º 34.

<sup>4</sup> *Giuseppe Chiovenda*, “Dell’azione nascente del contratto preliminare”, s/d., pág. 110.

mente garantidora dos direitos instituídos pela lei material; ela é, pois, o amparo de ordem jurídica positiva.

### 8. A Independência do Magistrado

A *Justiça* a que nos referimos, como já se verificou, é aquela em que se assegure uma efetiva e real independência do magistrado e, conseqüentemente, possibilite uma imparcial aplicação da lei.

Se se acentuou que a impossibilidade de acesso à Justiça significa em certa medida ausência de ordem jurídica eficaz, de outra parte, necessário se faz, como se disse, que o órgãos judiciários, a que se recorra, sejam independentes, no sentido em que hodiernamente se aceita como dogma, ínsito na própria essência da função jurisdicional.<sup>5</sup>

A independência do Poder Judiciário é tanto de ordem jurídica, quanto política, *Stammler* acentua que o juiz, para ser juiz na acepção real do termo, necessariamente terá de se submeter à sua convicção, o que implica na abolição do *jus respondendi*, tão comum no *Ancien Régime*.<sup>6</sup>

Assim a quase unanimidade das Constituições dos povos ocidentais, tanto as posteriores à Primeira Grande

---

<sup>5</sup> Cf. *Bartolome Fiorini*, "Teoria de la Justicia Administrativa", 1944, pág. 44; *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", citadas, vol. 1.º, § 15, n.º 71, pág. 44; *Gustav Radbruch*, "Filosofia do Direito", trad. portuguesa, Coimbra, 1953, § 25, pág. 123 e segs.; *Pedro Lessa*, "Do Poder Judiciário", 1915, pág. 4: "A Independência do juiz tem o fim, como se disse, de possibilitar a imparcial aplicação da lei". *Franz Lieber*, na sua obra "On civil liberty and self-government" (1859, pág. 207), assim expressou; "this independence of the judiciary forms but a part of what I have been obliged to call the far more comprehensive independence of the law" (*apud Radbruch*, op. cit., pág. 124, nota 1).

<sup>6</sup> Cf. *José Frederico Marques*, op. cit., pág. 165, 1.º vol.

Guerra,<sup>7</sup> quanto à Segunda Grande Guerra,<sup>8</sup> consagra a independência do juiz.

Em nosso Direito Constitucional vigente, gozam também os juízes de garantias asseguradoras de sua Independência, eis que a consagração da mesma, sem garantias, de nada adiantaria. *Castro Nunes*, considerando o assunto, aponta as três seguintes garantias da magistratura: 1.<sup>a</sup>) a vitaliciedade; 2.<sup>a</sup>) a inamovibilidade, que "inclui direito ao cargo, garantia que conhecemos pela palavra vitaliciedade, como também a irremovibilidade, com o sentido, porém, de inamovibilidade na função,<sup>9</sup> e 3.<sup>a</sup>) a irredutibilidade de vencimentos, juntamente com a necessidade de, além de não serem reduzidos os vencimentos, serem fixados "em base mínima".<sup>10</sup> A esta base mínima, outros denominam "garantia econômica da magistratura".<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Constituições posteriores a 1918: a Constituição de Weimar, no seu artigo 102, prescrevia que "os juízes são independentes e só estão subordinados à lei"; a Constituição austríaca, de 1920, estatuiu no seu artigo 87, que "Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciais"; a da Cidade Livre de Dantzig, de 1922, no seu artigo 61, dizia que "Os juízes são independentes no exercício das suas funções e não estão submetidos senão à lei"; a da Checoslováquia, de 1918, determinava que "1. Os juízes são independentes no exercício de suas funções; não estão ligados senão à lei; 2. Os juízes prestam juramento profissional de observar as leis"; a da Estônia, no art. 68, se referia a "juízes independentes"; a grega, de 1927, no art. 5º, acentua a independência dos juízes, e sua submissão à lei; a da Irlanda, de 1922, no art. 69, prescrevia a submissão dos juízes "à lei e à Constituição"; a da Letônia, de 1922, também, no seu art. 82, tratava da matéria de forma idêntica à Constituição de Weimar (art. 102, desta); e, ainda, a Constituição, do México (art. 94 e segs.), a da Polônia (art. 2.º e 77) e a da Prússia (art. 8.º).

<sup>8</sup> Quanto às modernas Constituições, posteriores à Segunda Grande Guerra, confirmam-se: da Alemanha Ocidental, denominada "Lei Fundamental", art. 97; da Áustria, art. 87; da Dinamarca, art. 26; da Finlândia, § 29; da França, art. 84.

<sup>9</sup> Cf. *Castro Nunes*, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", citado, págs. 93 e segs., sobre "As garantias fundamentais da magistratura".

<sup>10</sup> Cf. *Castro Nunes*, op. cit., pág. 145, sobre a garantia econômica da magistratura, denominada pelo autor de fixação em base mínima da remuneração devida aos magistrados.

<sup>11</sup> V. Constituição de 1891, art. 57; Constituição de 1934, art. 64; Carta de 1937, art. 91. Cf. mais amplamente *Pontes de Miranda*, op. cit., pág. 157

Tais garantias estão presentes em nosso direito, como se verifica do exame do artigo 95 de Constituição federal e artigo 124, n.º VI, êste relativo à chamada garantia econômica da magistratura. Essas garantias sempre estiveram presentes entre nós.

*Balladore Pallieri* observa que com a criação, na Itália, do Conselho Superior da Magistratura, "il potere giurisdizionale diverrà realmente autonomo e indipendente dagli altri e posto sopra un piede di parità con gli altri, essendovi tragli organi costituzionale il suo organo supremo, il consiglio superiore della magistratura. Si accenturà in pari tempo il distacco con la cosiddetta "giustizia amministrativa", la quale non partecipa della somma garantia della giurisdizione, la sua autonomia totale nei confronti del potere esecutivo".<sup>12</sup>

No Ocidente, o juiz independente é aquêle integrado efetivamente no Poder Judiciário, querendo-se com isto proscrever, de forma absoluta, os juízos de exceção, precisamente pela circunstância de se ter sempre entendido que tais juízes não são, nem podem ser independentes. A independência é "conditio sine qua non" da imparcialidade, indispensável à justa solução do litígio.

É da tradição do direito ocidental o chamado *princípio do juiz natural*, a respeito do qual *Bluntschli* disse estar sempre presente entre "os princípios comuns a tôdas as jurisdições".<sup>13</sup>

e segs. do III.º vol.; *Carlos Maximiliano*, op. cit., vol. II.º, pág. 295 e seguintes; ainda, consultar o trabalho "Separação de Poderes e Autonomia Administrativa do Judiciário", do jurista e advogado *Eduardo Pellegrini*, onde o assunto é debatido, sobretudo, com os reflexos na própria administração do Poder Judiciário, no que diz respeito à exclusiva iniciativa do Judiciário, na organização dos seus serviços. O trabalho, que é de advocacia, baseado na melhor doutrina, encontra-se publicado pela Ed. Saraiva, S. Paulo, 1953.

<sup>12</sup> Cf. *Balladore Pallieri*, "Diritto Costituzionale", Giuffrè, 1953, 3.ª ed., págs 267/268, n.º 93.

<sup>13</sup> Cf. *José Frederico Marques*, "Instituições, citada, 1.º vol., pág. 172.

No Direito francês encontramos textos constitucionais fazendo expressa referência ao juiz natural. Implica isto em que toda e qualquer questão controvertida, teria de ser submetida aos juízes anteriormente nomeados, na forma de lei anterior.<sup>14</sup>

A Constituição de *Weimar*, no art. 15, também fazia menção expressa ao princípio, sob o nome de *juiz legal*. A atual Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 1949, também proscreve a “jurisdição de exceção”, acentuando, especificamente, que “Ninguém deve ser subtraído do seu juiz legal” (art. 97).

Em nosso direito, a atual Constituição, no seu artigo 141, parágrafos 26 e 27, se refere à *autoridade competente*, por onde se preceitua a imperatividade, com vigor de lei constitucional, de submissão, de toda e qualquer controvérsia a essa autoridade competente, que são os membros integrantes do Poder Judiciário. Complementando as garantias consubstanciadas nos parágrafos 26 e 27, o legislador brasileiro, no parágrafo 4.º do art. 141, deu a extensão da jurisdição dessa autoridade competente, o que já foi tratado neste trabalho. Tais preceitos são, outrossim da tradição do nosso direito.<sup>15</sup>

Na Constituição de 1937 o preceito estava implícito na Constituição, segundo Castro Nunes.<sup>16</sup>

### 9. A Atribuição Constitucional das Funções Jurisdicionais

Como pudemos verificar, a importância que as diversas legislações atribuem ao princípio do *juiz natural* é de tal ordem, que se pode considerá-lo como condição essencial da jurisdição nos regimes democráticos.

---

<sup>14</sup> Cf. *M. Bluntshli*, “Le Droit Public Général”, 1881, pág. 205.

<sup>15</sup> Cf. *José Frederico Marques*, “Instituições”, citadas, 1.º vol., pág. 173; *Castro Nunes*, “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, citado, pág. 81; *Pontes de Miranda*, “Comentários à Constituição de 1946”, IIIº vol., págs. 343/345.

<sup>16</sup> Cf. *Castro Nunes*, op. cit., pág. 569.

Se assim é, curialmente tais funções têm de ser objeto de atribuição constitucional, mesmo porque o seu berço é a própria soberania do Estado.<sup>17</sup>

E a importância do princípio do juiz natural chegou mesmo a transcender os limites das nacionalidades, projetando-se, universalmente, uma vez que está inserto, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o seguinte: "Todo homem tem direito em plena igualdade a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra êle".<sup>18</sup>

#### *10. Hegemonia da Constituição e Constitucionalidade das Leis*

Como pensamos ter posto em evidência, as Constituições procuram encerrar tôdas as aspirações de um povo, num dado momento histórico. Por isso, a lei constitucional é hierarquicamente superior às outras leis; vale dizer, essa lei tem a missão de balizar a vida social, não permitindo que outras leis contrariem os seus rumos, que têm, na ordem jurídica, incontestável validade (n.º 2 dêste trabalho).

Apesar das modificações inerentes à evolução humana, o Direito Constitucional tem a missão de estratificar, num dado momento histórico, a síntese, ou se se quiser, a cosmovisão de um determinado povo, que se impõe, inclusive as diretrizes para o futuro.

---

<sup>17</sup> Cf. *Seabra Fagundes*, "O Contrôlo dos Atos Administrativos", 1941, pág. 114; *Francisco Campos*, "Pareceres", 1934, vol. 1.º, pág. 274; *Mário Masagão*, "Direito Administrativo", 1939, pág. 46; *José Frederico Marques*, "Instituições", citada, vol. 1.º, pág. 177.

<sup>18</sup> Texto extraído do livro "Nova Tendência do Direito Internacional: Garantia Supra-estatal para os Direitos Humanos", de *Ilmar Penna Marinho*, Livr. Freitas Bastos, 1958, pág. 195.

Efetivamente, a Constituição é uma síntese dos valores capitais do presente, que se deseja sejam projetados para o futuro. Esta a posição dos mais autorizados constitucionais e pensadores sociais, dentre estes *Harold Laski*.<sup>19</sup>

Observa o Prof. *Pinto Ferreira*, escudado na opinião de *Esmein*, ao discorrer sobre os princípios gerais informadores dos diversos sistemas constitucionais do ocidente, que aquêles, originários das revoluções francesa e americana conquistaram os espíritos e moldaram todos os sistemas constitucionais. Êsses princípios e ideais constituíram-se num fundo comum de instituições "que representam a liberdade moderna".<sup>20</sup>

Se a Constituição é assim considerada como lei fundamental, a sua, eficácia tem de ser absoluta *Biscaretti Di Ruffia*, em conhecida linha de pensamento, conceitua uma constiuição como "un complesso di norme legislative daquelle ordinarie por il loro più arduo e solenne processo formativo".<sup>21</sup>

Na terminologia de *Hans Kelsen* constitui a Constituição, a regra básica ou fundamental ("*Grundregel*") do Estado, colocada na posição mais alta da hierarquia normativa. Há um edifício de normas, denominado por *Merkel* e *Kelsen* de "*Stufenbau des Rechtsordnung*", e nessa estrutura tudo tem que se submeter à regra fundamental, que é a Constituição.

À vista dêsse valor intrinseco da Constituição, o seu processo de modificação, via de regra, é bastante dificul-

---

<sup>19</sup> (Cf. *Harold Laski* "Parliamentary Government in England", New York, 1938, pág. 14 e seguintes; "El Estado Moderno, sus Instituciones Políticas y Económicas", Barcelona, 1932, *passim*.)

<sup>20</sup> Cf. *Pinto Ferreira*, "Princípios de Direito Constitucional Moderno", citado, 2º vol., pág.12.

<sup>21</sup> Cf. *Biscaretti Di Ruffia*, "Lo Stato Democratico Moderno nella Dottrina e nella Legislazione Costituzionale", Milano, 1946, pág. 13.

tado pelo próprio legislador constitucional, ou constituinte.

É evidente que sendo a Constituição a síntese da vida jurídica, econômica e social de um povo, que, por seu intermédio, se impõe normas a si mesmo, através de limites impostos ao legislador ordinário, decorre dessa supremacia a possibilidade de normas ordinárias, inferiores, virem a colidir com as da Lei Fundamental.

Surge, assim, um dos problemas de capital importância no direito, que é aquêle relativo ao contrôlo da constitucionalidade das leis.

A vontade da assembléia ao elaborar a Constituição é superior à vontade declarada na lei ordinária. Por êsse motivo, prevalece aquela sôbre esta.<sup>22</sup>

Como, desta forma, desde que elaborada uma lei ordinária contrária à Constituição, corrigir esta anomalia?

Um primeiro sistema é o do contrôlo da constitucionalidade das leis por um *órgão político*, sistema que fôra preconizado em França por *Siéyès*. Duas constituições francêsas, de 1799 e 1852, criaram o "sénat conservateur", com a finalidade específica de controlarem a conformidade das leis ordinárias com a lei constitucional.

O sistema fracassou totalmente.<sup>23</sup>

O sistema mais adequado se nos afigura ser o do contrôlo da constitucionalidade das leis por um *órgão jurisdiccional*.

---

<sup>22</sup> Cf. *Andrew D. Weinberger*, "Liberdade e Garantias - A Declaração de Direitos", trad. Brasileira, Rio de Janeiro, 1953, pág. 27, onde o assunto é focalizado à vista dos argumentos deduzidos por *Hamilton*, no "The Federalist", n.º 78.

<sup>23</sup> Cf. *Pinto Ferreira*, "Da Constituição", pág. 66; ver ainda, o mesmo autor, em "Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno", citado, vol. 1.º, pág. 91.

A origem desse sistema como já observamos, é encontrada na Inglaterra.<sup>24</sup>

Apesar de querer se filiar a doutrina e construção do instituto à Inglaterra - o que não se contesta - o fato de importância é que as bases históricas da doutrina da revisão judicial vieram a "definir-se com precisão técnica nos Estados Unidos da América, a partir do século XIX".<sup>25</sup>

A argumentação dos juristas americanos, no sentido da *inevitável ineficácia* das leis contrárias à Constituição é digna de referência.<sup>26</sup>

Outra não é a posição dos nossos juristas, *Alfredo Buzaid* e *Loureiro Júnior* já citados. *Rui Barbosa* prelecionou que em divergindo a lei da Constituição, o juiz deverá obedecer a esta. E, isto, como observa *José Frederico Marques*, secundando as palavras de *Rui Barbosa*, pela razão de que "em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei".<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. *Corwin*, "Judicial Review", New York, VIII, págs. 457/464, "apud" *Pinto Ferreira*, op. cit., vol. 1.º, pág. 91; *Oswaldo Aranha Bandeira de Melo*, "A Teoria das Constituições Rígidas", S. Paulo, 1934, pág. 99; *Loureiro Júnior*, "O Contrôlo da Constitucionalidade das Leis", citado, pág. 19; *Alfredo Buzaid*, "Da Ação Direta da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", São Paulo, 1958, págs. 17/18, n.º 1, fazendo-se, às págs. 19/20, n.º 2, referência histórica ao direito português, com a aguda observação de que os juristas portugueses "também tiveram uma clara compreensão desse problema".

<sup>25</sup> Cf. *Pinto Ferreira*, "Princípios", citado, vol. 1.º, pág. 93; *Alfredo Buzaid*, op. cit., pág. 21 e segs.; *Loureiro Júnior*, op. cit., que estuda inclusive a evolução do instituto na época colonial, nos Estados Unidos, em os ns. 10 a 18 de sua obra e, em os ns. 19 a 32, a experiência dos Estados; finalmente, em os ns. 33 a 46, enfoca o assunto para concluir que na Constituição dos Estados Unidos há, inclusive, o que nos parece exato, "prescrição explícita do contróle".

<sup>26</sup> Cf. *Howard Mac Bain*, "The Constitution", citada, pág. 237 e seguintes.

<sup>27</sup> Cf. *Rui Barbosa*, Comentários à Constituição Federal", coligidos por *Homero Pires*, São Paulo, 1933, vol. IV, págs. 439/440; *José Frederico Marques*, "Instituições" citada, vol. I.º, n.º 72, pág. 165.

Entretanto, os primeiros argumentos de irradiação universal foram os deduzidos pelo Juiz *Marshall*, no ano de 1803, no caso *Marbury versus Madison*.<sup>28</sup>

*Alfredo Buzaid* no seu magistral trabalho, já referido, comentando essa corajosa decisão, salienta que com ela se estabeleceram, de imediato, alguns princípios evidenciadores de que a jurisprudência se encontrava “preocupada não tanto em exercer o contrôle dos outros poderes, quanto em preservar os direitos individuais reconhecidos pela Constituição Federal, mas violados pela legislação ordinária ou por ato do executivo”.<sup>29</sup>

Verifica-se, por isto, que o contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis funciona como complemento, ou melhor, verdadeiro coroamento, dos direitos individuais, muitos dos quais, como já referidos, constituem elementos essenciais da configuração da atividade jurisdicional.

Dessa forma, deve-se ressaltar que o contrôle da constitucionalidade das leis e, portanto, também dos direitos individuais assegurados na Constituição, são dados de uma mesma questão. Efetivamente, controla-se a constitucionalidade das leis ordinárias, face à Constituição, para que tenham validade plena os direitos fundamentais nela mesma consagrados. O “punctus dolens”, como se vê o da garantia dos valores contidos na Constituição, menos do que o contrôle dos demais poderes; por outras palavras, controlam-se os outros poderes na medida em que os seus atos interfiram com a Constituição.

---

<sup>28</sup> Cf. inteiro teor do julgado de *Marshall*, na obra “Decisões Constitucionais de Marshall”, trad. De *Américo Lobo*, Imprensa Nacional, 1903, págs. 1/29; sobre a influência do Direito norte-americano e persistência dos pontos de vista de *Marshall*, ver *Howard Mac Bain*, “The Living Constitution”, citada, capítulo VII, pág. 240 e seguintes.

<sup>29</sup> Cf. *Alfredo Buzaid*, “Da Ação Direta”, citada, pág. 22 n.º3.

Na Europa não é menor a preocupação com o problema, que é um dos maiores do hodierno Direito constitucional.

Na Alemanha, com a Constituição de *Weimar*, estabeleceu-se o “Staatsgerichtshof”, Tribunal de Justiça Constitucional (Const. de Weimar, artigos 19 e 108).

Grande número de constitucionalistas, estudando o direito alemão posterior à Primeira Grande Guerra, concluiu que êle evoluía numa “marcha gradativa para a técnica americana da revisão judicial”.<sup>30</sup> *Pontes de Miranda*, de quem é assertiva referida, a documenta bem, mencionando as propostas feitas nos 33.º e 34.º Congressos de Juristas alemães, em Edelberga, onde objetivou-se a ampliação do artigo 19 da Constituição de *Weimar*. Êste artigo era tido como excessivamente restrito e essa ampliação se faria mediante o pronunciamento prévio do Tribunal de Justiça Constitucional e, ainda, através do aumento da competência do próprio Tribunal de Justiça Constitucional.

A Alemanha Ocidental tem hoje o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), ao qual incumbe, dentre outras funções, a de controlar a constitucionalidade das leis (arts. 93 e 94 da Lei Fundamental da Alemanha)<sup>31</sup>.

A Áustria adotou, na sua Constituição, sistema em que houve um tribunal com a função específica de verificação das inconstitucionalidades ocorrentes, e distinto das côrtes ordinárias. Muitos, como *Nipperdey e Stoll*, entenderam que esta ideação, atribuída a *Kelsen*, eis que a carta política de 1920, revisada em 1929, é preponde-

---

<sup>30</sup> Cf. *Pinto Ferreira*, “Princípios”, citado, vol. 1º, págs. 97/98; no mesmo sentido, *Pontes de Miranda*, “Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” (de 1934), Rio de Janeiro, 1934, tomo 1º pág. 622.

<sup>31</sup> Cf. *Vicente Ráo*, “As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo”, S. Paulo, 1966, § 43, pág. 249 e seguintes, onde o assunto é exposto de forma primorosa.

randemente obra sua, constituiu-se em verdadeiro coramento do Estado-de-Direito. Outros, como *Adler e Preuss*, entenderam que essa ideação veio retirar uma das “funções mais importantes dos juízes ordinários”<sup>32</sup>.

*Vicente Ráo*, estudando a Constituição italiana de 1948, aponta, dentre suas principais inovações, as sólidas garantias de independência do Poder Judiciário, bem como a criação de uma Côrte Constitucional, com função precípua (a par de outras) de fazer respeitar a Constituição como lei suprema do Estado.<sup>33</sup> Sôbre a gênese da Côrte Constitucional italiana, nos trabalhos de sua elaboração, veio a ser vencedora a opinião de *Meuccio Ruini*, que entendia ser elementar, num sistema de constituição rígida, se estabelecer quem julgue sôbre a constitucionalidade das leis. E, em lugar de confiar o contrôle à magistratura ordinária, lhe parecia mais conforme “aos princípios democráticos” constituir um órgão especial.<sup>34</sup>

Em nosso direito o problema atinente ao contrôle da constitucionalidade das leis tem igual importância.

A nossa primeira Constituição republicana era omisssa a respeito. A de 1934 continuou a manter o “judicial control”, uma vez que êste, apesar de preceito não expresso na Constituição de 1891, era havido como decorrente do sistema, mas o fêz com cautela, como se infere da exigência do artigo 179.

Indaga-se, a esta altura, qual a extensão ou amplitude dêsse poder? Segundo prelecionam os mais insignes mestres de direito, é a maior possível. *Pontes de Miran-*

<sup>32</sup> Cf. *Pinto Ferreira*, op. cit., vol. 1º pág. 99.

<sup>33</sup> Cf. *Prof. Vicente Ráo*, op. cit., § 33, pág. 199; *Dionisio Petriella*, “La Constitución de la República Italiana”, Buenos Aires, s/d, “Colección Italia Contemporanea”, nº 1, pág. 243 e seguintes, nº 202, de onde extraímos a opinião de *Meuccio Ruini*.

<sup>34</sup> Consultar o trabalho do Prof. *Mauro Cappelletti*, “O Contrôle da Constitucionalidade das Leis no Sistema das Funções Estatais”, in *Revista de Direito Processual Civil*, 3.º vol., pág. 37 e seguintes.

da, comentando a Constituição de 1934, refere-se ao assunto e ensina que “a apreciação da constitucionalidade deve recair em todos e quaisquer atos”.<sup>35</sup>

*Alfredo Buzaid*, cogitando do problema, formula a questão, ressaltando que o problema envolve “o exame da chamada questão política”. Responde, inicialmente, com apoio na doutrina norte-americana, que as questões “de sua natureza meramente políticas, estão excluídas do campo de apreciação do Poder Judiciário”. Mas é necessário cuidado com o definir o que sejam questões políticas, adverte o mestre.

Em seguida obseva que, tanto na doutrina como na tradição norte-americana e brasileira, “não se exclui da competência do Judiciário o exame das questões políticas, quando há ofensa ao direito do indivíduo”<sup>36</sup>.

Permitimo-nos, mais uma vez lembrar, como se vê, que tôdas as concessões se fazem, no problema do controle da constitucionalidade das leis, quando se trata de direitos individuais, o que significa, repita-se, que estes, são a razão fundamental de ser dêsse controle.

### 11. A Constituição de 1946

O jurista *Seabra Fagundes*, estudando a Constituição de 1946, comparando-a com as anteriores, salienta os seguintes aspectos:

a) que a Constituição de 1891 fôra mutilada “em detrimento dos direitos individuais”, sendo que a tendência de se abusar dos mesmos “é uma constante da história brasisileira”;

b) como a Constituição de 1891 permitia ampla defesa aos direitos individuais, engendrou-se a reforma de

---

<sup>35</sup> Cf. *Pontes de Miranda*, “Comentários à Constituição de 1934”, citado, pág. 621, do 1.º tomo.

<sup>36</sup> Cf. *Alfredo Buzaid*, “Da Ação Direta”, citada, pág. n.º 18.

1926, que mutilou a Lei Magna “naquilo em que, precisamente, deixava margem à eficiente ação revisora do Poder Judiciário”, restringindo-se o alcance que tinha o “habeas-corpus”, conforme lhe emprestara a jurisprudência;

c) em 1934 restaurou-se o prestígio do Judiciário, criando-se, inclusive, o mandado de segurança, como sucedâneo do “habeas-corpus”, em matéria civil;

d) em 1937 mantiveram-se as garantias da anterior, suprimindo-se, todavia, o mandado de segurança que, criado por lei ordinária, o foi, com restrições, e sem o prestígio da lei constitucional,<sup>37</sup>

Como méritos da Constituição de 1946, aponta:

1.º) erige-se do Supremo Tribunal Federal em árbitro da intervenção nos Estados;

2.º) devolve-se ao Poder Judiciário, “segundo a tradição brasileira, a exclusividade do contrôle da constitucionalidade das leis”;

3.º) “veda-se à lei ordinária subtrair à apreciação da justiça qualquer lesão de direito”;

4.º) “erige-se o mandado de segurança, novamente, em garantia constitucional, atribuindo-se amplitude idêntica àquele que originariamente se lhe reconheceu”.<sup>38</sup>

Vê-se, assim, que, como méritos, ressalta o mandado de segurança, meio eficaz e rápido de defesa de direito violado pela autoridade.

Ainda grande mérito teve a Constituição de 1946, no sentido de ter sido conferido ao Poder Judiciário o poder

---

<sup>37</sup> Cf. *Seabra Fagundes*, “A Organização do Funcionamento do Poder Judiciário”, in “Estudos sobre a Constituição Brasileira”, Rio de Janeiro, 1954, publicação do Instituto de Direito Público e Ciência Política, pág. 154, págs. 152/153.

<sup>38</sup> Cf. *Seabra Fagundes*, op. cit., pág. 154.

exclusivo de controlar a constitucionalidade das leis e na amplitude do acesso a êle por parte de qualquer cidadão.

A razão de ser do contrôle da constitucionalidade das leis deriva da cautela de “o Poder Constituinte, a fim de preservar os indivíduos da volubilidade das maiorias eventuais da legislatura ordinária, elevou certas situações jurídicas à eminência de direito constitucional e armou o cidadão com meios aptos a protegê-lo contra as violações ou usurpações de qualquer outro poder”<sup>39</sup>. A lei constitucional, elaborada num momento supremo da vida institucional de um povo, obriga a todos os cidadãos, bem como o próprio Poder Legislativo ordinário. Daí a necessidade de conformarem-se tôdas as demais normas do Estado com a norma fundamental. Em qualquer desconformidade entre a norma ordinária e a constitucional, ter-se-á que dar prevalência a esta.

Finalmente, volvamos, mais uma vez, ao art. 141, § 4.º da Constituição de 1946.

O escopo do legislador foi precisamente o de querer “evitar que o Poder Legislativo declare determinada matéria excluída da apreciação do Poder Judiciário”.<sup>40</sup>

*Agamenon Magalhães*<sup>41</sup> pensara a princípio que o objetivo era o de “anular a jurisdição administrativa”. Esclareceu-lhe *Mário Masagão* não ser êste o escopo.<sup>42</sup> Acentuou, ademais, *Clodomir Cardoso* “que o inciso 4º distingue entre o *conhecimento* e o *julgamento* das questões submetidas ao Poder Judiciário. Não diz, nem poderia dizer, que é da competência do Poder Judiciário o jul-

---

<sup>39</sup> Cf. *Alfredo Buzaid*, “Da Ação Direta”, pág. 52, nº 16.

<sup>40</sup> Cf. Explicação do Prof. *Mário Masagão* ao constituinte *Agamenon de Magalhães*, in “A Constituição Brasileira de 1946”- “Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”. *A. J. Duarte*, Rio de Janeiro, pág. 20.

<sup>41</sup> Cf. “A Constituição Brasileira de 1946” – “Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”, cit.

<sup>42</sup> Cf. “A Constituição Brasileira de 1946” – “Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”, cit., pág. 21.

gamento de tôda e qualquer questão”. Ainda, em outro passo da discussão dos constituintes, colhe-se o seguinte trecho esclarecedor: “É o *assunto*, pois, e não a *violação* do direito, que a lei pode querer subtrair à salutar interferência do Poder Judiciário”.<sup>43</sup>

12. *Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de Setembro de 1961*

Quanto a esta emenda, que instituiu o regime parlamentar de governo entre nós, devemos, referentemente à função jurisdicional, consignar o seguinte:

Sòmente nos países que adotam o regime parlamentarista, deve-se tender a um abrandamento no princípio da divisão dos poderes.<sup>44</sup>

Mas, apesar dessa proponderância do Parlamento no regime parlamentarista, necessário é que não se faça confusão a respeito do assunto.

*Miguel Reale*, discorrendo a respeito, lembrou que um dos muitos equívocos, que lograram entre nós fôro de verdade, foi o de “que o regime parlamentar não se compece com a outorga ao Judiciário de poderes para o isento predomínio da Constituição. Em apôio dessa tese, invoca-se a supremacia do Parlamento, para cujo seio seria paulatinamente transferido o exame de tôda a matéria de inconstitucionalidade”<sup>45</sup>

Êsse falso argumento, adverte o prof. *Reale*, deriva da confusão entre *conveniência política e legitimidade jurídica*.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Cf. “A Constituição Brasileira de 1946” – “Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”, cit., pág. 20.

<sup>44</sup> Cf. *Jean Dabin*, “Doctrine Générale de l’État”, págs. 284 e seguintes.

<sup>45</sup> Cf. *Miguel Reale*, “Parlamentarismo Brasileiro”, Saraiva, 1962, pág. 19.

<sup>46</sup> Cf. *Miguel Reale*, op. cit., pág. 19.

Ao Poder Judiciário - elucida o mestre – “culminando no Supremo Tribunal Federal, não cabe o contrôlo do *mérito* das leis, penetrando nas razões de oportunidade e conveniência determinantes dos atos legislativos, mas sim, o *exame objetivo da compatibilidade das leis com os ditames constitucionais*, a contrasteação das atividades administrativas parlamentares à luz das órbitas de competência firmadas nas matrizes da Carta Magna: o mérito de um ato legislativo ou executivo só pode ser apreciado pelo Poder Judiciário quando implique, necessariamente, o problema da legitimidade em face da Constituição, porque, em tese, os problemas políticos, como tais, cabem aos outros dois poderes resolver, cada qual na sua esfera e segundo a natureza das respectivas atribuições. Ora, essa função exercida pelo Judiciário, como guarda supremo da Constituição, independe das formas de governo, pode existir ou não, assim no regime presidencialista como no parlamentar, pois nada tem que ver com os processos técnicos segundo os quais se distribuem se coordenam no Estado as tarefas de legislar e as administrativas. Assim sendo, é o Brasil hoje o país de regime parlamentar onde se consagra em sua maior latitude o contrôlo da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, visto continuar afeta a êste a defesa dos direitos constitucionalmente amparados contra todos os abusos, quer oriundos do Governo, quer do Congresso.<sup>47</sup>

Fizemos referência às palavras do eminente jurista prof. *Miguel Reale*, objetivando demonstrar que, na tradição do nosso direito, mesmo na vigência do *Ato adicional*, através do qual se instituiu o sistema parlamentar de governo,<sup>48</sup> não se subtraiu ao Poder Judiciário sua posição de guarda absoluto dos preceitos constitucionais,

---

<sup>47</sup> Cf. Miguel Reale, op. cit., págs. 19/20.

<sup>48</sup> Cf. Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961.

circunstância esta indicativa do grande realce em que sempre se teve, no Brasil, a função jurisdicional.

Referentemente às implicações decorrentes da Revolução de 31 de março de 1964, no assunto em pauta, deixamos de considerá-las neste número da Revista, pretendendo fazê-lo pròximamente. E isto, por dois motivos: o primeiro, em virtude das limitações normais de um artigo e o segundo, pela alta relevância do assunto, que merece ser tratado separadamente, e em oportunidade de maior cristalização do nosso ordenamento constitucional.