

# A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento

Sérvio Túlio Santos Vieira

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente texto apresenta uma análise sobre a evolução do acesso à jurisdição nas Constituições Federais, desde a instalação do Império até os dias coevos, enfatizando como o direito de ingressar em juízo e ver efetivada a decisão se convolou em garantia fundamental no contexto constitucional. Prossegue com breve estudo sobre o conceito, a natureza e a relevância da função jurisdicional, inclusive como instrumento de inclusão social. Saliencia as características, princípios, espécies e eficácia da jurisdição. Ressalta a importância do processo como instrumento da jurisdição, além de focar sua utilidade no âmbito civil. Aborda o acesso à jurisdição administrativa, limitado pelos privilégios concedidos à Fazenda Pública pela legislação. Finaliza com exame dos limites da atividade jurisdicional no que diz respeito ao implemento de direitos fundamentais, na ocorrência de postergação do que foi delineado pela Carta Federal.

## 2. O ACESSO À JURISDIÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

O acesso à jurisdição ou à justiça, como prefere a maioria dos autores - o direito de ingressar em juízo para deflagração e

defesa de pretensões - está a merecer perpassar perante as Cartas Constitucionais que vigoraram no País desde a instalação do Império.

A Constituição Imperial de 1824 não explicitou o direito de acesso à jurisdição, como se vê da leitura do art. 179, que trata da inviolabilidade dos direitos civis e políticos. O acesso se dava de forma parcimoniosa. Ao cuidar do Poder Judicial, nos arts. 151 a 164, faz previsão do duplo grau, através de dois níveis de jurisdição, quais sejam, juízes e jurados na primeira instância (art. 151) e Tribunais de Relação em cada Província, no segundo grau de jurisdição, além do Supremo Tribunal de Justiça, na Capital do Império (art. 163), sem estabelecer pressuposto recursal para se chegar à mais alta Corte de Justiça. De certa forma garantiu-se a todos os súditos o direito de ingressar em juízo para discutir suas pretensões, porém com limitações e controle do Poder Judicial pelo Imperador.

Em matéria de Fazenda Pública, ou seja, no que se refere à jurisdição administrativa, é certo afirmar que ela não era exercida pelo Poder Judicial e sim, pelo Conselho de Estado, tendo em vista as atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 142, da Carta Imperial.<sup>1</sup> O Ato Adicional de 06/08/1834 extinguiu o Conselho de Estado. Consta, no entanto, que ele teve suas atividades reativadas no reinado de D. Pedro II.<sup>2</sup>

Conclui-se que, no Império, havia acesso à jurisdição, pois todos os cidadãos tinham direito de ingressar em juízo e de recor-

---

<sup>1</sup> Edson Alvisi Neves, com referência ao tema, anota: “também é de se observar que o contencioso administrativo não estava sujeito ao julgo do Judicial, mas ao Conselho de Estado. Ainda, não competia ao Judicial, a análise de constitucionalidade, exclusivamente, função do Poder Moderador. Na realidade, o Poder Judiciário estruturado estava muito mais próximo da experiência colonial do que das aspirações externadas pela assembléia constituinte dissolvida, garantindo um rígido controle na estrutura judicial e na atuação jurisdicional” (**O Tribunal do Comércio**, Rio de Janeiro: Livraria Jurídica, 2008, p. 194).

<sup>2</sup> Flávia Lages de Castro registra que “o Poder Moderador permaneceu, prova máxima de que descentralizar não era de fato o objetivo e, apesar de o Ato Adicional ter extinguido o Conselho de Estado (e ter sido retomado assim que D. Pedro II subiu ao trono), o que este, provavelmente pretendia era, não uma federação, mas um governo central forte, tendo em vista a permanência do Poder Moderador, que se misturava com uma certa descentralização através de pequenas concessões do poder para as províncias” (**História do Direito Geral e Brasil**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 385).

rer até o último grau. Em matéria penal, os condenados desfrutavam, ainda, de mais uma garantia constitucional: pleitear perante o Imperador a revisão e a comutação das suas penas, em decorrência dos poderes do soberano, já que o Poder Moderador exercido pelo Imperador era “*a chave de toda organização política*” (art. 98, da Constituição Imperial).

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, igualmente, não encartou o acesso à jurisdição na Declaração de Direitos a que se refere o art. 72. Contudo, ao cuidar do Poder Judiciário, nos arts. 55 a 62, o direito de ingressar em juízo restou implicitamente aclamado. É o que se vislumbra da apresentação da sua estrutura, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, com tripla competência: originária, recursal e revisional para reapreciação de processos criminais findos, que resultassem em condenação de réus (art. 59 c/c art. 81). Além disso, dispôs sobre a competência de juízes federais e estaduais para o processo e julgamento de demandas aforadas no primeiro grau de jurisdição, com recurso para os Tribunais Federais e Estaduais (arts. 61 e 62), restando o duplo grau facultado aos interessados.

A Constituição Federal de 1934, da mesma forma, não assegurou o ingresso em juízo para conhecimento e apreciação de lesão a direito individual. O art. 113, que versa inteiramente sobre direitos e garantias, também silencia acerca do acesso à jurisdição. Ao tratar do Poder Judiciário, todavia, procede, nos arts. 63 a 67, à apresentação sistematizada dos seus órgãos, facilitando o acesso à jurisdição, ao vedar, no art. 68, a apreciação de questões exclusivamente políticas, deixando entrever que estava à disposição dos jurisdicionados para o conhecimento de outras questões. Através da divisão do Poder Judiciário em Federal e Estadual, fez previsão da competência recursal dos órgãos de segundo e terceiro graus de jurisdição (arts. 76, 81, 83, 84, 104 e 105), afirmando, implicitamente, a facilitação da busca pela solução dos conflitos.

A Constituição Federal de 1937, na mesma diretriz da Carta Federal anterior, não se expressou pelo direito de ingressar em juízo. O art. 122, ao cuidar dos direitos e garantias individuais, igualmente, silencia a respeito. Apesar de ter sido imposta pelo

Governo Vargas, não houve supressão da garantia de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação dos conflitos, como se infere da leitura do parcimonioso rol dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, constante do art. 90, que não faz alusão à Justiça Federal ou à Justiça Eleitoral, em primeira e segunda instâncias. Tal como procedeu a Constituição de 1934, ao Poder Judiciário foi vedada a apreciação de questões exclusivamente políticas, de acordo com o art. 94, ficando subentendido que o ingresso em juízo estava assegurado para outras questões.

A Constituição Republicana de 1946 encartou o acesso à jurisdição como garantia de todos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, prescrevendo, no art. 141 § 4º, que *“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”*. O direito de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação do conflito, além de ter sido explicitado, foi estendido à Justiça do Trabalho, até então não reverenciada pelas Cartas anteriores, como se deduz da leitura dos arts. 122 e 123.

A Constituição Federal de 1967, apesar de promulgada em pleno regime militar, manteve, no art. 150 § 4º, a garantia individual anunciada na Carta Republicana anterior, com a mesma redação, reestruturando os órgãos do Poder Judiciário e restabelecendo a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, facilitando, portanto, o acesso à jurisdição, através da oferta de diversos juízos com competência para processar e julgar, nas três instâncias, as causas comuns e especiais (arts. 107, 114, 117, 119, 122, 130, 134 e 136). A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, conhecida como Constituição de 1969, seguiu o mesmo caminho, apresentando idêntica redação, que na renumeração do dispositivo anterior passou a ser o art. 153 § 4º.

Malgrado o acesso à jurisdição tenha sido assegurado na vigência da Constituição Federal de 1967, vale dizer, antes da edição da Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969, houve sustação da garantia, uma vez que restou vedada a apreciação judicial dos atos administrativos expedidos pelo Presidente da República referentes à suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, por dez anos, cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e mu-

nicipais, demissão, remoção, aposentadoria e disponibilidade de agentes públicos, servidores civis e militares, consoante dispunha o art. 11, do famigerado Ato Institucional nº 5, de 1968. O mesmo se vê da leitura de dispositivos dos Atos Institucionais nºs 7 (art. 9º), 11 (art. 7º), 12 (art. 5º), 13 (art. 2º), 14 (art. 3º), 15 (art. 4º), 16 (art. 8º) e 17 (art. 4º), todos expedidos em 1969, em razão do “regime de exceção”. Ditos Atos Institucionais foram expedidos antes da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, também editada sob a égide do malsinado “estado de exceção”.

A Suprema Corte suportou os efeitos do Ato Institucional nº 5, de 1968. Logo após sua edição, três dos seus Ministros - somente pela independência das suas decisões, ou melhor, em razão do cumprimento de suas obrigações judicantes - foram afastados de suas funções, numa demonstração da maior violência que o Supremo Tribunal Federal já suportou.<sup>3</sup> O jornal **O Globo** de Domingo, 14/12/08, p. 10, em seguidas reportagens sobre os 40 anos do AI-5, anotando frase do cientista político João Quartim de Moraes noticiou: “*O AI-5 foi uma carta branca para massacrar*”.

A Emenda Constitucional nº 01/69 legitimou e ratificou a prática daqueles atos arbitrários, como se infere da leitura dos arts. 181 e 182, que os aprovaram, subtraindo-os, mais uma vez, da apreciação pelo Poder Judiciário. Além disso, manteve a vigência do Ato Institucional nº 5, de 1968 e demais atos institucionais, respectivamente. O “estado de exceção” continuava.

O restabelecimento da garantia do acesso à jurisdição para aquelas matérias veio a ocorrer de forma implícita com a edição da Lei nº 6.683/79, que concedeu anistia política a todos que suportaram os efeitos dos malsinados atos institucionais. Mais adiante, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta da República, através dos arts. 8º e 9º, o primeiro regulamentado pela Lei nº 10.559/02, banuiu, de uma vez por todas, a limitação

---

<sup>3</sup> Sobre o tema, registra Rodrigo Lins e Silva Cândido de Oliveira: “Os 40 anos do AI-5 trazem a memória de uma violência sem precedentes praticada pela ditadura militar contra a mais alta corte de Justiça do país: com base nele a ditadura militar impôs arbitrariamente a expulsão dos ministros Víctor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva de suas cadeiras no Supremo” (*Tribuna do Advogado*, Tribuna Livre, outubro de 2008, p. 21).

do ingresso em juízo, prática ordinária do regime autoritário, que abalroa e colide com o Estado Democrático de Direito, agora garantido pelo art. 1º, da Lei Maior.

A Carta Federal promulgada a 5 de outubro de 1988, consagrada como Constituição cidadã, convolou o acesso à jurisdição em garantia fundamental, ampliando o conteúdo do tradicional preceptivo constitucional, insculpindo no art. 5º, XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. A ampliação da garantia fundamental se deve à inclusão da possibilidade de se ingressar em juízo para impedir a ameaça de violação de direito. Ademais, o acesso à jurisdição restou facilitado por meio de diversos órgãos que integram o Poder Judiciário, de acordo com o que se infere do rol do art. 92, da Lei Fundamental.

### **3. A RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL**

#### **3.1 - Conceito e Natureza Jurídica da Jurisdição**

##### **3.1.1 - Conceito de Jurisdição**

Apesar de renomados estudos no sentido de que a era da modernidade é anterior à Revolução Francesa, esse relevante fato social pode ser considerado o seu marco. Com a Revolução ocorreram adentradas mudanças na estrutura econômica, política e social na França, que se disseminaram pelo resto do mundo, aí se incluindo o Brasil.

A teoria da separação dos poderes, que tem origem na doutrina de Montesquieu, restou acolhida pela Revolução Francesa em 1789. A estruturação do Estado, dessarte, é um corolário da modernidade. E a separação dos poderes dá origem ao Estado Democrático de Direito, que é o Estado da modernidade. Este, por sua vez, sem abrir mão da sua soberania, desempenha atividades, máxime voltadas para o bem-estar dos indivíduos participativos. Ditas atividades são exercidas pelos três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo divididas em legislativas, administrativas e jurisdicional (arts. 1º, 2º e 3º, da Carta da República).

A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes da República, na conjugação

dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 1º, do Código de Processo Civil. Embora não se perceba, a atividade do Poder Judiciário é desempenhada na mesma direção da atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. A diferença reside apenas na natureza da função que ditos Poderes exercem. Ao Executivo cumpre administrar; ao Judiciário compete julgar, muitas vezes contra a própria Administração Pública, através da jurisdição administrativa.

Ao prestar o serviço público, ambos os Poderes objetivam alcançar as recomendações do art. 3º, da Lei Maior, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, qual seja, promover o bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República, para solucionar conflitos de interesses.<sup>4</sup>

A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Como dever do Estado a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa ou voluntária. Além disso, consoante o conceito apresentado, a jurisdição serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas antissociais e controle difuso da constitucionalidade normativa. Os atos estatais que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Consequentemente estão fora do poder-dever da jurisdição.

---

<sup>4</sup> Como diz Pierre Bourdieu, no Título “Divisão do Trabalho Jurídico”, referindo-se ao trabalho desenvolvido no Poder Judiciário: “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer a boa distribuição (*nomus*) da ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (O Poder Simbólico, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 212).

### 3.1.2 - Natureza Jurídica da Jurisdição

Diversas teorias tentam justificar a natureza jurídica da jurisdição. Podem ser destacadas as seguintes teorias: organicista, subjetiva, objetiva e da substituição.

A teoria organicista considera que a natureza dos atos do Estado depende dos órgãos dos quais advêm. São jurisdicionais os atos dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Afirmo o Professor Juan F. Monroy Gálvez, da Universidade de Lima, que a teoria organicista “*no resiste a mais elemental análise*”, uma vez que os órgãos do Poder Judicial também editam atos administrativos (**Teoría General del Proceso**, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 391). De outra parte, atos jurisdicionais podem ser expedidos por órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. É o que ocorre em países como o Peru com o Tribunal Fiscal, que tem jurisdição, e aqui no Brasil com o Senado Federal, com jurisdição para processar e julgar agentes públicos e agentes políticos, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, da Constituição Federativa). A teoria organicista tem valor histórico, pois carece de precursores.

A teoria subjetiva considera a jurisdição como atividade que tem como objeto tutelar os direitos subjetivos dos particulares, mediante a aplicação da norma geral no caso concreto. A crítica é dirigida ao fato de que pode haver atividade jurisdicional sem que haja direito subjetivo violado, como no caso em que se resolve uma “*incerteza jurídica*” ou aqui, no direito brasileiro, quando se decide uma ação declaratória (art. 4º, I e II, da Lei Processual Civil).

A teoria objetiva, em contraposição à teoria subjetiva, parte do princípio de que a jurisdição tem por fim a atuação do direito objetivo no caso concreto, assegurando sua vigência. A crítica é direcionada à incapacidade de se distinguir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo, já que este também faz atuar o direito objetivo em casos concretos. A teoria objetiva é defendida por F. Carnelutti e P. Calamandrei. O primeiro leva em conta a característica da jurisdição com função de uma justa composição da lide; o segundo, considera a jurisdição como função garantidora do cumprimento das normas jurídicas vigentes em um Estado.



A teoria da substituição, que tem G. Chiovenda como precursor, considera a jurisdição como a função do Estado que tem por fim a atuação da vontade concreta da lei, mediante substituição da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, pela atividade dos órgãos jurisdicionais. A teoria em análise não despertou muitas críticas, tendo em vista que parte do pressuposto de que a jurisdição é atividade de solução de conflito submetido a um órgão jurisdicional, que através da decisão vai substituir a vontade do vencido pela vontade estatal. Mereceu, apenas, a objeção de Galeno Lacerda, citado por Ovídio Baptista. Segundo ele, a teoria da substituição não é satisfatória, porque há conflitos envolvendo valores indisponíveis, cuja solução a atividade direta das partes não poderia alcançar, como, por exemplo, a nulidade do casamento. Portanto, não seria o caso de substituir a atividade das partes (SILVA, Ovídio A. Baptista da; MACHADO, L. Melíbio Uiraçaba; GESSINGER, Ruy Armando; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983, p. 38). A teoria em questão bem caracteriza a função jurisdicional, que divide sua atividade em dois momentos processuais: cognição e execução.

A jurisdição é poder, dever, função e atividade.

Considera-se poder, uma vez que a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário. É dever porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil), vincula o Estado a resolver o conflito, prestando a tutela jurisdicional, não podendo o juiz se eximir de julgar, mesmo no caso de lacuna da lei (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). Emoldura-se como função, por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesses, sejam individuais, sejam coletivos. É atividade, haja vista que o processo, sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas, é desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação.

Com esses quatro atributos é certo afirmar que a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a tutela jurisdicional em caso concreto.

A jurisdição é o poder-dever e atividade do Estado, que por meio do *jus imperii* e do processo, decide conflitos de interesse, impondo seu resultado aos litigantes, na função de dizer e realizar o direito. A função jurisdicional é o poder-dever do Estado voltado para solucionar conflitos de interesses intersubjetivos, controlar as condutas antissociais e a constitucionalidade normativa, através de órgãos especializados que aplicam o direito adequado ao caso concreto, utilizando seu poder de império para que suas decisões sejam cumpridas, promovendo uma sociedade dotada de paz social e justiça.

A jurisdição - como o próprio nome está a indicar, o poder-dever de dizer o direito - é a função estatal que, através do processo, encarrega-se de solucionar conflitos de interesse, substituindo a vontade das partes pela sua, culminando por mandar efetivar o que restou decidido. Em outras palavras, é a função estatal de um dos Poderes da República que faz incidir a norma jurídica *in abstracto* à situação fática que lhe é apresentada *in concreto*, solucionando o conflito que deu origem ao litígio.

Como poder-dever do Estado tem-se que o seu exercício expressa de maneira contundente sua autoridade sobre os cidadãos. A função jurisdicional reafirma o Estado como a organização política mais importante de uma sociedade. O Estado propõe o direito que deve ser cumprido (função primária). Através da jurisdição impõe o cumprimento desse direito (função secundária). Seus fins, como ressaltado anteriormente, são: solucionar conflitos de interesse, controlar as condutas antissociais e a constitucionalidade normativa. Como efeito, a atividade jurisdicional produz coisa julgada, característica ínsita desta espécie de função pública.

A jurisdição civil é exercida pelos juízes (art. 1º, da Lei Processual). A palavra “juízes” não se limita à atuação dos magistrados no primeiro grau de jurisdição. Quer se referir aos órgãos do Poder Judiciário de qualquer instância incumbidos de prestar a tutela jurisdicional no âmbito da competência cível.

A par da sua principal atividade, qual seja, solucionar conflitos de interesse, a jurisdição pode servir de instrumento de solução de pendências sem conflito, traduzindo-se em administração

pública de interesses privados, concedendo ou denegando autorização para prática de atos ou negócios jurídicos que imprescindem da chancela estatal. Trata-se da jurisdição voluntária ou graciosa.

### **3. 2 - A Relevância da Função Jurisdicional**

Afora a exceção mencionada, o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição. Conseqüentemente, somente os órgãos estatais jurisdicionais podem processar e julgar conflitos de interesse. Como foi visto, a jurisdição civil contenciosa ou voluntária compete aos juízes, de acordo com o art. 1º, do Cód. Proc. Civil. Pode ser até que outros órgãos estatais não jurisdicionais processem e julguem conflitos de interesse de natureza particular ou específica. Suas decisões, porém, carecem de coercitividade e definitividade, características da jurisdição.

O acesso à jurisdição se traduz em garantia constitucional versada na Carta Federal, acrescida de normas da Lei Processual, por ela recepcionadas. A relevância desse direito fundamental evidencia-se quando se constata que a jurisdição assegura que a ordem jurídica e as instituições devem ser vistas não mais a partir da perspectiva do Estado e sim, dos jurisdicionados. Acrescente-se que a jurisdição está inserida no quadro participativo dos indivíduos, uma vez que dita inserção faz com que eles sejam integrados numa ordem jurídica, no plano processual, isto é, no quadro da democracia participativa, eis que apresentam suas pretensões, se opõem através dos seus arrazoados e debates discursivos, que culminam com a prolação da decisão.

Ademais, o acesso à jurisdição abrange a assistência jurídica integral e gratuita aos indivíduos menos favorecidos economicamente, devendo ser prestada de preferência por órgão do Estado (arts. 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal). Essa atividade inclui a prestação de assistência jurídica em juízo e fora dele (judiciária e extrajudiciária). Pode ser dito que ela se convolou em relevante função estatal quando passou a assegurar o ingresso dos jurisdicionados nos Juizados Especiais, instituídos para atender à grande massa da população, até então carente de órgãos jurisdicionais com redução das formalidades procedimentais, de modo

a agilizar a tutela jurisdicional (art. 98, I, da Carta da República; arts. 1º e segs. da Lei nº 9.099/95; arts. 1º e segs. da Lei nº 10.259/01).

A jurisdição prima pelo critério da universalidade, vale dizer, todos os indivíduos participativos e pretensões devem ser admitidos, afastando-se os óbices econômicos e os obstáculos que impeçam a apreciação do mérito. A atividade jurisdicional é tão relevante que foi desenvolvido estudo no sentido de que nem mesmo a ausência de condições da ação e a falta de pressupostos processuais devem afastar o direito à obtenção de um pronunciamento de mérito, por se tratarem de obstáculos irrazoáveis.<sup>5</sup>

Malgrado se trate de respeitável entendimento, a ausência de pressuposto para a formação válida e regular do processo ou de uma das condições da ação impede a apreciação do *meritum causae*. No primeiro caso o processo - instrumento da jurisdição - não pode ter início e a atividade estatal está impedida de começar a funcionar. No segundo, regendo-se a lide por condições para a jurisdição apreciar o pedido formulado pelo demandante, nenhuma delas pode estar ausente. Nessas hipóteses, a norma processual encartada no diploma legal que rege a matéria prevalece sobre o interesse da parte, que está vinculada, por profissional habilitado, a observar os requisitos necessários para que o seu pedido seja apreciado. O processo se rege também pelo princípio da legalidade. Impõe-se, em casos tais, a extinção do feito sem resolução do mérito, não havendo como apreciá-lo (art. 267, IV e VI, da Lei Processual Civil).

Por obstáculos irrazoáveis, deve se entender os que, *exempli gratia*, impinge à parte - não amparada pela gratuidade de justiça - o ônus de recolher ou adiantar o recolhimento de custas, emolumentos ou honorários excessivos de auxiliar da justiça ou

<sup>5</sup> Leonardo Greco anota que: “o acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta das condições da ação ou de pressupostos processuais...” (Estudos de Direito Processual, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 230).

de produzir prova que está fora do seu alcance. *In casu*, sim, a atividade jurisdicional estaria ameaçada de se desenvolver para atingir a decisão final, por obstáculos que não se coadunam com o princípio da razoabilidade, impedindo o acesso ao resultado do processo.

O funcionamento da jurisdição, depois de iniciado com a deflagração da demanda, não impede que, a qualquer tempo, os litigantes possam transigir ou optar pela arbitragem, uma vez que a autocomposição também norteia o processo civil que, nesses casos, fica situado em plano secundário, exatamente para atender ao interesse das partes em conflito de solucionar a lide extrajudicialmente, consoante previsto nos arts. 840 e segs. do Cód. Civil, 1º e segs. da Lei nº 9.307/96, 1º e segs. da Lei nº 9.469/97.

A atividade jurisdicional não pode se prostrar no tempo, deixando as partes na expectativa prolongada de obter o resultado do processo, nem cansá-las ao extremo de fazer com que elas se desinteressem pela solução da lide. A solução da demanda deve ser dada tão logo o processo esteja em condições de ser julgado. A entrega da prestação jurisdicional tardia erige o processo em injusto, podendo prejudicar direito de uma das partes. Por isso que a relevância da jurisdição fez com que se editasse a Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu no art. 5º, da Lei Fundamental, o inciso LXXVIII, garantindo aos jurisdicionados a razoável duração do processo.

### **3. 3 - A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL**

O acesso à jurisdição pode também ser visto como uma forma de se proceder à inclusão social dos indivíduos menos favorecidos.

Os arts. 1º, par. único, 2º e 3º, da Lei Fundamental deixam entrever que o Judiciário é um dos Poderes da República, emanados do povo, e que os objetivos da Federação se traduzem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo assim, está vinculado, através da jurisdição, a promover também a justiça social, na recomendação do art. 1º, do Cód. Proc. Civil.

Ao Executivo compete, através da Administração Pública, dar execução às atividades que venham a atender aos objetivos fundamentais do art. 3º, da Constituição Federal. O Executivo, como o próprio nome está a indicar - Poder mais próximo do Governo para dar cumprimento às políticas públicas - se investe na condição de gestor dos interesses dos indivíduos participativos. O Estado passa de soberano a prestador de solidariedade social, ou seja, prestador do serviço público no interesse dos administrados, razão da sua própria existência. Se ele não o faz, resta ao Judiciário, através da jurisdição, ainda que em caso concreto, determinar o cumprimento dos objetivos fundamentais inscritos no sobredito art. 3º, da Carta da República.

Por inclusão social deve ser entendido o procedimento necessário à eliminação ou à redução, ao mínimo, do número de grupos sociais ou indivíduos não alcançados pelos benefícios do sistema político-econômico. No caso brasileiro, a exclusão social perdura, após vinte anos de vigência da Carta Magna, em virtude das omissões administrativas e da insensibilidade do Executivo, sob o falso argumento de que a implementação de políticas públicas, voltadas para os princípios fundamentais, depende de leis complementares e de recursos, uma vez que os obtidos pelo sistema tributário são insuficientes. A alegação não procede.

A norma que versa sobre princípio fundamental de uma Constituição é *self executing*, dispensando a edição de lei complementar. Além disso, o sistema tributário nacional, apenas com relação aos impostos sobre o patrimônio e a renda, permite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios arrecadem não menos de seis impostos, como se infere da leitura dos arts. 153, III e VI, 155, I e III e 156, I e II, da Lei Maior. Cada ente público pode cobrar dois tributos sobre o patrimônio para promover a inclusão dos que estão à margem dos benefícios básicos ou bens primários. Todos três entes públicos estão encarregados de dar cumprimento aos objetivos fundamentais. Se não o fazem, transfere-se a in-

cumbência para o Judiciário, via ação civil pública - a cargo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das demais pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, na defesa dos interesses difusos e coletivos, e na previsão dos arts. 1º, IV, e 5º, da Lei nº 7.347/85 - a tarefa constitucional de dar cumprimento aos objetivos fundamentais da República.<sup>6</sup> O Executivo, através da sua administração, deve ter por finalidade atingir o bem comum da coletividade.<sup>7</sup> Segundo conhecido ensinamento de Léon Duguit a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados e prestar serviços à coletividade (**Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1923, p.71).

Em síntese, a jurisdição como instrumento de inclusão social deve levar em conta: a) a redefinição do papel da jurisdição dentro do quadro político, pois o Poder Judiciário deve garantir a igualdade; b) a quebra da resistência de que ela não se presta a dar execução a políticas públicas, sob alegação de que se emolduram no poder discricionário da Administração Pública; c) a necessidade de se efetivar programas sociais; d) que o processo objetiva eliminar a manutenção de pessoas e grupos sociais à margem dos

<sup>6</sup> Jônatas Luiz Moreira de Paula anota que “à jurisdição compete, mediante processo, conferir eficácia forçada às relações jurídicas espontaneamente ineficazes, impondo uma sanção jurídica em razão do dever jurídico descumprido, como forma de atendimento ao direito que foi lesado ou ameaçado. No caso em tela, a justiça social ocorrerá com a realização do artigo 3º, da CF. Noutras palavras, a justiça social ocorrerá com a inclusão social dos grupos mais necessitados”. Além disso, prossegue o Professor da Universidade Paranaense, “há um novo tempo e uma nova mentalidade sócio-jurídica. Ao juiz, prolator da jurisdição, não se admite um comportamento inerte, de mero aplicador da lei. As teorias tradicionais do direito já exigiam uma completa adesão à realidade social; o mesmo se diz com as doutrinas crítica e alternativa. Portanto, a dimensão axio-política em nenhum momento se conformará com um Judiciário presidente do processo, mas agente das transformações sociais, em benefício da própria sociedade. Nessa linha, o processo mostra-se como paradigma da democracia, porque alia-se à jurisdição, como instrumento de efetivação de direitos subjetivos contemplados, mas ineficazes. O artigo 3º, da CF, arrola os objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro - e aí inclui-se a jurisdição - como elemento teleológico do processo” (**A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**, São Paulo: Manole, 2002, p. 49).

<sup>7</sup> Hely Lopes de Meireles registra: “os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo” (**Direito Administrativo Brasileiro**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85).

benefícios do sistema político-econômico ou reduzir, ao máximo, o número de pessoas marginalizadas, aproximando-se do bem-estar social; e) que é falsa a ideia de que a inclusão social dos necessitados não pode ser executada, por imprescindir de regulamentação da sua efetivação; f) que as normas que enfatizam o bem comum e o fim social são constitucionais de interesse público, estando a vigorar; g) que, para realizar os fins determinados no art. 3º, da Constituição Federal, urge sobrepor-se ao postulado dogmático da independência dos poderes.

Assim, se o Executivo não dá cumprimento aos mandamentos constitucionais cabe ao Judiciário, em caso concreto, efetivá-los através do processo, como última providência, em substituição às atribuições da Administração Pública, comprovadas as omissões. A atuação da jurisdição, *in casu*, não tem por escopo mostrar que o Judiciário é um Poder superior e sim, atender às pretensões dos desfavorecidos atingidos, promovendo a justiça social, na obstinada vontade de reduzir as desigualdades.

### **3. 4 - Características, Atributos e Princípios da Função Jurisdicional**

#### **3.4.1 - Características e Atributos da Função Jurisdicional**

A jurisdição apresenta as seguintes características: inércia, litigiosidade, criatividade, substituição, coercitividade, autonomia, definitividade das suas decisões e executoriedade.

A característica da inércia indica que a jurisdição só funciona quando um dos seus órgãos julgadores é provocado, ou seja, é instado a dar início ao processo, tendo em vista o que dispõem os arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil. O funcionamento *ex officio* da jurisdição, mesmo para atender ao interesse de órgão integrante do Poder Público ou de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público - como ocorre com o inventário, que pode ser iniciado sem a provocação dos sucessores do autor da herança, no interesse da Fazenda Estadual em recolher o imposto de transmissão *causa mortis* (art. 989, da Lei Processual Civil) - deixa entrever a quebra da imparcialidade, que deve estar sempre presente na atividade jurisdicional, em reverência ao princípio do juiz natural, adiante examinado.



A litigiosidade bem caracteriza a atividade jurisdicional. Esta característica está vinculada à controvérsia, que nasce com a deflagração da demanda. O conflito é externado pelo demandante ao aforar a pretensão. Judicialmente apresentada o litígio é erigido em lide. Forma-se a relação processual. O demandado, em regra, resiste. O processo caminha até a entrega da prestação jurisdicional, passando antes pela sua apresentação. Quando o réu não resiste, aceitando o conflito expressa ou tacitamente, ou seja, reconhecendo a procedência do pedido ou deixando fluir *in albis* o prazo para contestar, a autêntica atividade jurisdicional é frustrada. A doutrina afirma que nesse caso não há jurisdição, já que esta pressupõe um conflito com resistência.

A criatividade é a característica da atividade jurisdicional que consiste na sua atribuição para fazer incidir uma norma específica, dentre as genéricas que compõem o direito objetivo. Trata-se de relevante característica da jurisdição, que não está presente em qualquer outra função ou atividade estatal. A jurisdição é o instrumento de aplicação do direito ao caso concreto. Através da atividade jurisdicional, faz-se incidir ou cria-se a norma jurídica que deve incidir para solucionar a lide. O órgão jurisdicional monocrático ou colegiado interpreta, faz incidir ou constrói a norma jurídica ideal para solucionar o conflito. Só a função jurisdicional tem o poder de dizer e construir o direito.

A substituição consiste na característica que atribui à jurisdição o poder de se encarregar de solucionar conflitos de interesses através do processo, substituindo a vontade das partes pela sua, culminando por mandar efetivar o que restou decidido.

A coercitividade da função jurisdicional é a característica consagradora da exteriorização do poder de império do Estado, ou seja, demonstra e impõe aos jurisdicionados que o resultado da atividade que desenvolve deve ser aceito por todos, pois é dotada do *jus imperii*. A característica da coercitividade quer significar que a jurisdição é atividade dotada de imperatividade. Se assim não fosse, os jurisdicionados não se curvariam ao comando das determinações e mandamentos por ela emitidos.

A característica da autonomia aclama a total independência da jurisdição, que inadmite controle por qualquer outro Poder ou órgão diverso da função jurisdicional, ainda que de maior envergadura. A decisão proferida pelo juiz só pode ser modificada pela Turma Recursal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, se houver recurso. As decisões prolatadas pelos órgãos colegiados, por sua vez, só podem ser modificadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pela Corte Suprema, em se admitindo recurso especial ou recurso extraordinário, respectivamente.

Esta característica também pode ser chamada de incontrolabilidade da atividade jurisdicional. O controle do Poder Judiciário exercido pelo Conselho Nacional de Justiça não diz respeito à atividade jurisdicional e sim, às suas funções administrativas e financeiras e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, como se infere da leitura dos arts. 92, I-A e 103-B § 4º, da Carta Federal. Portanto, pode ser afirmado que a atividade jurisdicional não está submetida ao controle por qualquer outro órgão, desfrutando de total autonomia. E para não parecer que o Judiciário quer se sobrepor aos demais Poderes constituídos, melhor não falar em incontrolabilidade e sim, em autonomia.

A jurisdição é caracterizada pela “firmeza” das suas decisões, isto é, definitividade dos seus julgados, face à atividade que desenvolve na prestação dessa espécie de serviço público. Do contrário, a jurisdição seria tida como mera atividade administrativa, destituída de respeitabilidade e utilidade. A solução dada ao conflito, quando definitiva, vale dizer, com trânsito em julgado da decisão, convola-se em *res judicata*.

A executoriedade é a característica consagradora do poder da jurisdição de mandar cumprir suas decisões, tão logo ocorra a “definitividade”, isto é, o seu trânsito em julgado, sem necessidade de delegação da atividade executória a órgãos estranhos ao Judiciário ou do auxílio de qualquer outro para fazer valer suas resoluções judiciais.

Com relação aos atributos da jurisdição, pode ser destacado que, apesar de se tratar de atividade que se desenvolve por órgãos do Estado, não está impedida de dar cumprimento às decisões pro-

feridas contra o próprio Estado, isto é, em desfavor da Administração Pública e dos órgãos que a integram. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público integrantes da Administração Pública também estão submetidas à execução ou ao cumprimento das decisões dotadas de “definitividade”.

Ao tratar do tema “Jurisdição e Administração” Juan F. Monroy Gálvez, com amparo em estudo de Fernando de La Rúa, que, por sua vez, se lastreia na teoria da separação dos poderes, registra o seguinte entendimento: “*quem faz as leis não as aplica nem executa; quem as executa nem as faz nem julga; e o que julga não as executa nem as faz*” (**Teoría General del Proceso**, p. 415). De acordo com esse entendimento, a jurisdição não poderia dar execução ao comando legal porque julgou. Não é bem assim.

A Administração Pública desenvolve uma atividade primária, ao passo que a jurisdição exerce atividade secundária. Isto porque a Administração Pública expede atos administrativos e regulamenta atividades das relações jurídicas que mantém com os administrados. A jurisdição só funciona quando provocada (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil). Ademais, ela não cuida das atividades do dia a dia dos jurisdicionados. Atua somente quando há litígio (jurisdição contenciosa) ou, quando exigido por lei, eles necessitam de uma decisão que lhes permita praticar ato ou celebrar negócio jurídico (jurisdição voluntária).

Dispondo do monopólio do poder-dever de dizer o direito, com a exceção da situação político-jurídica apresentada no precitado art. 52, I e II, da Carta da República, não há razão para subtrair da jurisdição a execução dos julgados proferidos em desfavor da Administração Pública ou das suas pessoas jurídicas prestadoras de serviço público. Muito ao revés, tendo tomado cognição da lide desde o início e tendo procedido à densidade do ato administrativo que deu origem ao litígio, nada mais condizente do que dar continuidade ao processo. Até porque, na verdade, não se cogita de execução e sim, de cumprimento de sentença, uma *longa manus* da fase cognitiva.

### 3.4.2 - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A função jurisdicional é exercida e se desenvolve com estrita observância dos princípios da investidura regular, territorialidade, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade e do juiz natural.

O princípio da investidura regular consagra que só pode exercer atividade jurisdicional, em nome do Estado, a pessoa física que - em consonância com a Lei Maior - ingressou como membro do Poder Judiciário, através de concurso público no primeiro grau, ou por nomeação para compor o quinto constitucional reservado aos membros do Ministério Público e a Advogados, no segundo grau de jurisdição (arts. 93, I e 94, da Carta da República).

O princípio da territorialidade traduz a ideia de que havendo necessidade de se fracionar a jurisdição em comum e especializada - haja vista tratar-se o Brasil de um país continental, composto de entes federados diversos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) - a atividade jurisdicional deve ser exercida por tribunais e juízes que detiverem competência territorial através de determinado órgão integrante do Poder Judiciário. Cada tribunal ou juiz tem jurisdição nos limites do seu território. Não pode o juiz de uma jurisdição territorial invadir a jurisdição territorial de outro (arts. 92 § 2º, 107 §§ 2º e 3º e 125 § 7º, da Constituição Federal; arts. 94 e segs., 200, 201, 222 e 747, do Cód. Proc. Civil).

O princípio da indelegabilidade consagra a impossibilidade de se delegar a jurisdição, já que se trata de fixação de atribuições cometidas ao Poder Judiciário pela Constituição Federativa, salvo quando prevista no próprio texto constitucional, como é o caso da execução de sentença nas causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal, em que a prática de atos processuais pode ser atribuída a outros órgãos jurisdicionais.

O princípio da inevitabilidade consiste no dever do jurisdicionado de aceitar o resultado do processo que serviu de instrumento para a jurisdição funcionar, independentemente da sua vontade. A atividade jurisdicional é função estatal soberana e portanto coercitiva, não sendo possível a quem quer que seja - até mesmo a Administração Pública - recusar o resultado do que foi decidido

na jurisdição. Tem-se assim que a decisão da jurisdição deve ser aceita e reverenciada.

O princípio da inafastabilidade garante a todos os indivíduos participativos o direito de ingressar em juízo, de se defender e de assumir a qualidade de parte ou de interessado. Dito princípio é a exteriorização do direito fundamental de acesso à jurisdição a que se refere o art. 5º, XXXV, da Carta Política, quando registra que qualquer lesão ou ameaça a direito não pode ser afastada de apreciação pela atividade jurisdicional.

O princípio do juiz natural aclama que no exercício da atividade jurisdicional não existem órgãos estranhos ao Poder Judiciário. A função jurisdicional só pode ser desempenhada pelos órgãos do Poder Judiciário identificados na Carta da República (art. 92). Qualquer outro órgão estranho não exerce jurisdição, nem pode haver tribunal ou juiz de exceção para o julgamento de determinados indivíduos participativos ou de delitos de certa natureza (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal). O juiz natural é o órgão jurisdicional previsto na Lei Fundamental para processar e julgar determinada lide.

Os princípios que regem a jurisdição estão voltados para o seu acesso pelos indivíduos participativos, a rápida solução do litígio e a efetivação da decisão judicial, para assegurar o direito fundamental. Sendo assim, aquele que ingressa em juízo tem o direito de: a) expor sua pretensão; b) ser ouvido, resistindo à pretensão deduzida; c) obter uma decisão justa, motivada e proferida em prazo razoável; d) interpor os recursos previstos em lei; e) obter o pronto cumprimento da decisão, ou seja, a efetivação da tutela jurisdicional.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Ao comentar sobre a “Tutela Jurisdicional em Nova Perspectiva”, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira escreve: “a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envolta com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do “resultado”, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido. Trata-se de um direito fundamental do cidadão e inviolável por parte dos poderes estatais” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84).

Reunindo as características, os princípios e atributos podem ser destacados, em apertada síntese, alguns aspectos do funcionamento da atividade jurisdicional.

A todos residentes no país é assegurado o direito de deflagrar em juízo suas pretensões, através do exercício da ação, direito público, subjetivo e autônomo de exigir a entrega da prestação jurisdicional no caso concreto, após a produção das provas dos fatos alegados (art. 5º, XXXV, da CF; art. 333, I, do CPC). Àquele em desfavor de quem a ação é proposta deve ser assegurado o contraditório e ampla defesa, outrossim, com produção de provas (art. 5º, LV, da CF; art. 333, II, do CPC). A decisão final há de ser proferida em tempo razoável, devendo o juiz zelar pela rapidez do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF; art. 125, II, do CPC). À parte vencida, independentemente do duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475, do CPC), assegura-se o direito de recorrer, estando preenchidos os pressupostos dos rogos recursais em geral, em reverência ao princípio da falibilidade humana (arts. 496 e segs. do CPC). Transitada em julgado, garante-se ao vencedor o cumprimento de sentença, que poderá se processar consoante o disposto nos arts. 461 e §§, 461-A, 466, 466-A e 475-I a 475-M, do CPC.

### **3. 5 - ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO**

A palavra jurisdição pode apresentar significado diverso do seu verdadeiro conteúdo. Muitas vezes confunde-se jurisdição com competência. Contudo, sabe-se que a jurisdição é a integralidade da atividade estatal, conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário, ao passo que a competência é a sua parcela territorial, conferida ao órgão julgador. Portanto, descabe utilizar a palavra jurisdição como sinônima de competência. Traduzindo-se na totalidade da atividade estatal, não comporta reparti-la em jurisdição civil, administrativa, penal, militar ou trabalhista. O mais correto é dizer que há competência civil, administrativa, penal, militar ou trabalhista.

Até mesmo o linguajar jurídico-judicial não prima pela boa técnica ao se referir à jurisdição. Não é muito comum o profissional do direito dizer que determinado litígio está a cargo da com-

petência trabalhista. Quando muito diz que é da competência da Justiça (jurisdição) trabalhista. Admite-se, porém, a repartição da jurisdição tão somente para efeitos de estudo das suas espécies, como adiante se verá.

Por outro lado, não cabe atribuir à jurisdição o mesmo significado das atribuições dos poderes, como, *exempli gratia*, dizer que a matéria está submetida à jurisdição do Executivo ou à jurisdição do Legislativo. Correto é dizer que a matéria se submete à atribuição do Executivo ou do Legislativo.

A jurisdição pode ser fracionada em: a) comum e especializada; b) contenciosa e voluntária.

A jurisdição comum é a que processa e julga toda espécie de litígio. Não há especialização ou matéria que delimite sua atividade. A lei não atribui competência específica para o processo e julgamento de causas que serão decididas. Cogitando-se de litígio civil, torna-se desinfluyente a matéria ou a qualidade da pessoa. A atividade jurisdicional se inicia, bastando a provocação do órgão julgador. À jurisdição especializada compete processar e julgar as causas identificadas na Lei Maior ou nos diplomas legais que venham a identificá-las, na previsão constitucional. Leva em conta a matéria ou a qualidade da pessoa.

A Justiça Estadual exerce a jurisdição comum. A Justiça Federal é encarregada do contencioso judicial administrativo, ou seja, da jurisdição administrativa comum, que não leva em consideração a matéria administrativa e sim, exclusivamente, a qualidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público federal, desde que assuma a forma de empresa pública, figurando como parte autora, ré, assistente ou oponente. A sociedade de economia mista federal não desfruta do foro privilegiado da Justiça Federal.

A atividade jurisdicional é exercida em caráter secundário, atuando quando instada a funcionar. No exercício da atividade primária, o Estado-administração pode ultrapassar os limites legais da sua atuação, procedendo com excesso de poder, o que autoriza o funcionamento da jurisdição administrativa. Quando isso ocorre, o Estado-juiz, se provocado, dá início à sua atividade, podendo

julgar o litígio entre o Estado-administração e o particular. Sendo assim, a Administração Pública se sujeita ao controle judicial dos seus comportamentos na prestação do serviço público, eis que podem estar em desconformidade com as normas legais e regulamentares, sejam eles comissivos, sejam omissivos.<sup>9</sup>

A Justiça Federal, como anunciado antes, também é especializada. Para melhor funcionar, a jurisdição federal especializada foi fracionada em trabalhista, eleitoral e militar, levando em conta a matéria a ser decidida, sendo desprezada a qualidade da pessoa, seja física, seja jurídica de direito público ou de direito privado. O fracionamento da jurisdição em comum e especializada é encontrado na leitura dos arts. 92, III a VII, 109, 114, 124 e 125, da Constituição Federal.

A jurisdição contenciosa se traduz na autêntica atividade jurisdicional. Evidencia-se pela *res in judicio deducta*, resistência do réu e controvérsia, que a caracterizam. O exercício da função jurisdicional culmina por chegar à decisão de mérito, na observância da legalidade estrita. A decisão nela proferida desafia a interposição de recursos, em continuidade da contenda, até se transmutar em coisa julgada (arts. 262, 263, 297, 458 e 496, do Cód. Proc. Civil).

A jurisdição voluntária, apesar de não contar com litigiosidade ou controvérsia, também é atividade jurisdicional. Dotada de menor relevância, o Estado-juiz também diz o direito, solucionando uma pendência, que não pode ser resolvida por qualquer outro Poder. Não se pode contestar o exercício de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária, por ter ficado encarregada, pela Lei Processual Civil (art. 1º), de dar solução ao pretendido pelo interessado. A jurisdição voluntária é exercida para autorizar a prática

---

<sup>9</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, ao comentar sobre o princípio do controle judicial dos atos administrativos, sublinha que “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígio de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com os atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis” (**Elementos de Direito Administrativo**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 62).



de atos ou de negócios jurídicos, não se regendo pela legalidade estrita. Não produz coisa julgada (arts. 1103, 1109 e 1111, do Cód. Proc. Civil).

Em razão da natureza da jurisdição voluntária, que também é jurisdição, não seria coerente atribuir ao Executivo ou ao Legislativo atribuição para solucionar o pretendido pelo interessado. Afigura-se mais coerente com o Poder - que tem a incumbência de dizer o direito, através da jurisdição contenciosa - expedir a autorização para a prática de ato ou negócio jurídico, em prol de quem demonstra ter necessidade de obter a permissão judicial, após o exame do que é narrado, com fulcro em norma de direito material.

Segundo Juan Gálvez, a jurisdição voluntária não é jurisdição, uma vez que sua atuação não se destina a dar solução a conflitos. Também não pode ser considerada voluntária porque o Estado-juiz está obrigado a dar andamento ao procedimento. Além disso, sendo o requerimento admissível como formulado, passa a ser necessário para o interessado obter a autorização estatal para fazer algo ou celebrar negócio jurídico (**Teoría General del Proceso**, p. 406).

Malgrado se trate de respeitável entendimento, tem-se que a jurisdição voluntária também é atividade jurisdicional, só que destituída de litigiosidade. A jurisdição voluntária, inobstante não contar com processo e sim com procedimento, sem controvérsia propriamente dita, não deixa de ter relevância também, uma vez que necessária, *exempli gratia*, para que uma pessoa possa exercer a curatela de outra, em razão de incapacidade mental (arts. 1177 e segs., do Cód. Proc. Civil). Os que rejeitam a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional sugerem até delegá-la a uma autoridade administrativa. Ouso discordar desse entendimento.

Imagine-se se a jurisdição voluntária se convolasse em simples atividade administrativa, a cargo da Administração Pública estadual ou municipal para deferir uma curatela. Teria a autoridade administrativa conhecimento técnico-jurídico e experiência em atividade jurisdicional para, após interrogar o sujeito passivo da curatela, examinar as provas técnicas pertinentes à sua capa-

cidade mental, ouvir testemunhas em audiência e decretar-lhe a interdição, analisando, com profundidade, se a pessoa apontada, é, de fato, incapaz? E se ela se mostra, entretanto, com plena capacidade, *verbi gratia*, para receber seus proventos, o que coincidentemente é pretendido pelo sujeito ativo da curatela, vale dizer, neto do interditando, pessoa inidônea para gerir a pessoa e os bens do avô?

Melhor que a decisão permaneça a cargo da função jurisdicional e não administrativa. A interdição, encartada como procedimento especial de jurisdição voluntária, parece credenciar-se a ser decidida por autoridade judiciária e não administrativa dada sua relevância, que beira a natureza de uma ação de estado.

Portanto, qualquer que seja o procedimento de jurisdição voluntária, deve-se deixar a incumbência de decidir com o juiz (natural), já que se cogita de atividade que mais se afina com o Poder Judiciário. Assim, não se comete ofensa ao princípio da indelegabilidade da jurisdição, transferindo atividade jurisdicional também relevante a órgão estranho ao Poder Judiciário, a pretexto de que a jurisdição voluntária, como se diz doutrinariamente, “é mera administração pública de interesse privado”.

### **3. 6 - Eficácia da Atividade Jurisdicional**

A garantia fundamental do acesso à jurisdição, para apreciação da lesão ou ameaça a direito, de que trata o sobredito art. 5º, XXXV, da Carta da República, representa mais que a simples providência de o indivíduo bater às portas do Poder Judiciário para deflagrar sua pretensão ou apresentar defesa. Inicia-se com o ingresso em juízo, produção de provas, realização de audiências, apresentação da prestação jurisdicional, interposição de recursos, trânsito em julgado da decisão e cumprimento da sentença, tudo isso em prazo razoável, consoante a novel garantia fundamental, qual seja, a razoável duração do processo, referida no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Carta Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

O acesso à jurisdição, significa “direito à ordem jurídica justa”, isto é, direito a uma resposta do Poder Judiciário que

venha a dar pronta e efetiva solução ao caso apresentado, com a superação dos obstáculos processuais e procedimentais, que devem ficar abaixo do interesse das partes litigantes. Sustenta-se que o efetivo acesso à jurisdição se dá quando um maior número de pessoas é admitido a demandar. O acesso à jurisdição não se resume ao simples ingresso em juízo por um restrito número de pessoas.<sup>10</sup>

A par disso, o pleno acesso à jurisdição deve incluir o direito ao resultado justo do processo, aí se incluindo seu razoável tempo de duração, com o efetivo cumprimento da decisão judicial.<sup>11</sup>

Através do processo - que tem por fim dar solução à lide, como adiante se verá - tem-se que, ao atingir o seu desiderato, o conflito restará solucionado. Com a entrega da prestação jurisdicional, vale dizer, transitada em julgado a decisão judicial, faz-se mister dar efetividade à vontade estatal em substituição da vontade dos litigantes. Quando isso ocorre, pode ser dito que a parte vencida tem seu intento substituído pela vontade jurisdicional.

Ao vencedor da demanda deflagrada na jurisdição administrativa interessa ver efetivada a decisão por ela proferida. Não se cuida de desrespeitar o princípio da separação dos poderes. Dito princípio é sempre reverenciado, enquanto a Administração Pública não pratica ilegalidade ou abuso do poder. Ocorrendo uma dessas hipóteses e expedido o decreto condenatório, faz-se mister dar pronto cumprimento à ordem judicial. Quando vencido, o Poder

---

<sup>10</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco anotam: “Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesse difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais” (*Teoria Geral do Processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39).

<sup>11</sup> Eduardo Santos de Carvalho escreve que “o princípio do acesso à justiça, portanto, concebe a ação como algo muito além de um mero direito abstrato; a ação há de ser um instrumento voltado para a efetividade da tutela pleiteada. A exigência constitucional não se esgota na possibilidade de acesso formal ao órgão judiciário, mas exige o acesso a um resultado justo (a uma ordem jurídica justa)”, *in* “Ação Civil Pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas”, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 20, p. 68.

Público está submetido ao cumprimento das decisões proferidas na jurisdição administrativa como se particular fosse.<sup>12</sup>

Confirmada a sentença ou reformada, é de se garantir à parte vencedora a efetivação da tutela jurisdicional, para que ela não se convole em mera espectadora de uma decisão não cumprida (arts. 461 e 461-A, 466-A a 466-C e 475-I a 475-R, do CPC). Aí sim, percorrido todo o *iter* do acesso à jurisdição, verifica-se o respeito à garantia fundamental. Em outras palavras, se todos esses requisitos estiverem reunidos é certo dizer que se está diante de um processo justo, eis que integram o escopo do direito de ingresso em juízo para a obtenção da prestação jurisdicional necessária a compor o conflito.

O que mais de perto interessa à jurisdição é a efetivação do direito fundamental de acesso ao seu funcionamento, assegurado constitucionalmente, em benefício dos indivíduos participativos, jurisdicionados que buscam no Judiciário a solução dos seus conflitos, na impossibilidade de vê-los resolvidos amigavelmente, esgotadas as vias extrajudiciais.<sup>13</sup> Como corolário, a decisão judicial, produto da atividade jurisdicional, deve desfrutar da qualidade de eficaz por ser definitiva, irrevogável, imutável e permanente.

## **4. A RELEVÂNCIA DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO**

### **4. 1 - Natureza Jurídica do Processo**

Ao longo dos anos de estudo sobre sua natureza jurídica, restou consagrado que o processo é uma relação jurídica. Isso se

---

<sup>12</sup> Jesús González Pérez, citado por Leonardo Greco, entende que “a garantia do cumprimento efetivo das decisões judiciais não exime a Administração Pública, que, como qualquer cidadão, está submetida à lei e ao direito, e está obrigada por isso ao cumprimento das resoluções judiciais” (**Estudos de Direito Processual**, p. 263).

<sup>13</sup> Sidnei Amendoeira Jr., manifestando-se sobre o tema, registra: “a tutela jurisdicional justa, por fim, é aquela que resulta da observância de todas as garantias constitucionais que visam justamente à proteção dos jurisdicionados, ou seja, a tutela justa é aquela que decorre da total observância do princípio do devido processo constitucional. O termo justiça aqui não é empregado em sentido ideológico, mas em sentido objetivo da observância plena e não meramente formal do princípio em questão. A idéia de devido processo constitucional vem impregnada pela noção de aplicação ao processo de todas as garantias constitucionalmente previstas não só para a tutela do processo, mas especialmente para a tutela pelo processo” (**Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**, São Paulo: Atlas, 2006, p. 31).

deve ao fato de a teoria de a relação jurídica processual ter sido construída no final do século XIX, para dar ênfase à autonomia do Direito Processual Civil, capitaneada por Oscar Bülow, em 1868. De tanto ser enfatizada como ciência independente, segundo renomados autores, culminou a teoria por fechar os olhos para a realidade de direito material incompatível com o processo do Estado constitucional, no entendimento de Guilherme Marinoni. Segundo este autor, uma simples relação jurídica processual não quer dizer nada. O processo civil deve estar comprometido com os valores perfilhados pelo Estado constitucional.

Elio Fazzalari sustenta que o processo não tem natureza de relação jurídica e sim, de uma estrutura normativa composta de uma série de situações jurídicas, voltada para a participação das partes no procedimento judicial e para o contraditório na formação da decisão judicial (**Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 8. ed., 1996, p. 77 e ss). Theodoro Junior rejeita esse entendimento, sob o argumento de que Fazzalari tentou inovar a concepção do processo, negando-lhe a natureza de relação jurídica, o que não encontra ressonância na grande maioria da doutrina processual nacional, esmagadora no sentido de que ele se traduz numa relação jurídica decorrente de um método ou sistema de atuação da jurisdição. Para repudiar a teoria fazzalariana, ele invoca as lições de Frederico Marques, Fidélis dos Santos e de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (**Curso de Direito Processual Civil**, v. I, 48. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46-47).

Guilherme Marinoni critica ambas as teorias, sustentando que o processo não pode ser visto tão só como tal e sim, como instrumento do qual o Estado se desincumbe do dever de prestar tutela aos direitos, com efetiva participação das partes no procedimento adequado à tutela do direito material, com legitimidade diante dos direitos.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> O autor entende que “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação - , ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais - , e ainda produzir uma decisão legítima” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional”, in **A Constitucionalização do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 514).

Para Juan Gálvez, o processo - que se traduz em fenômeno social de natureza jurídica - é dotado de um prestígio que transcende a solução de um conflito entre os jurisdicionados, pois se trata de um instrumento essencial para uma sociedade de convivência harmônica. Assevera que o processo é um fenômeno social de natureza jurídica, caracterizado pela reconstrução artificial da realidade afetada pela falta de atuação da conduta regulada pela norma jurídica substancial (**Teoría General del Proceso**, p. 362). Segundo o autor, a existência de um sistema processual autônomo e científico garante aspectos fundamentais de sobrevivência de uma sociedade equilibrada: a existência de um Estado, os direitos dos indivíduos dentro deste Estado e, principalmente, os direitos desses indivíduos frente ao Estado.

O entendimento de E. Fazzarali de que o processo é uma estrutura normativa direcionada à participação das partes para a formação da decisão judicial não deixa de admitir que se trata de uma relação jurídica. A doutrina de G. Marinoni no sentido de que há vinculação do processo à tutela dos direitos fundamentais, apesar de respeitável, parece que faz retornar à época em que o direito de ação não desfrutava de autonomia e estava vinculado ao direito material - teoria imanentista - entendimento desenvolvido para atualidade, com esteio no Direito Constitucional. A doutrina de J. Gálvez afigura-se bem condizente com a natureza do processo, por levar em conta que ele se caracteriza pela reconstrução artificial da realidade atingida pela ausência de atuação da conduta prevista na norma de direito material.

O litígio posto em pretório faz surgir a lide. Deflagrada, há processo, fenômeno social supedaneado em relação jurídica direcionada à reconstrução artificial da realidade atingida, ou seja, solucionar o conflito. Vê-se, portanto, que não é difícil acolher a doutrina do processo como fato social originário de uma relação jurídica que objetiva compor o conflito.

A relação jurídica processual é o repositório do conflito, da pretensão, do litígio e da lide. São os ingredientes do processo, instrumento da atividade jurisdicional, para se chegar à alimentação perfeita, vale dizer, à decisão judicial que dará solução à lide. Esses ingredientes processuais credenciam-se a breve estudo.

Quando as normas jurídicas não são observadas, constatando-se o seu descumprimento e, *exempli gratia*, duas ou mais pessoas direcionam seus interesses sobre o mesmo bem, surge o conflito. Se dois ou mais indivíduos querem exercer direitos sobre o mesmo bem, dirigindo-os na mesma direção, eles pretendem a mesma coisa. Há pretensão. Enquanto discutem esse conflito extrajudicialmente há litígio. Ocorrendo o ingresso em juízo surge a lide, que dá início à atividade jurisdicional, que se traduz não só em poder como também em dever estatal (E. Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 1974, nº 24, p. 39). A lide abrange o conflito, a controvérsia e o litígio.

O conflito é conceituado como a colisão de interesses, traduzido na coexistência de uma pretensão e de uma resistência acerca de um mesmo bem, no plano da realidade sociojurídica. A controvérsia é a eventualidade de que o sujeito passivo se serve para discutir o conflito sustentado pela parte contrária. O litígio é a resistência decorrente do choque de colisão de interesses (próprio e do outro). Deflagrado, isto é, aforado é erigido em lide.

Adverte Juan Gálvez que pode haver processo sem conflito e sem controvérsia, conflito sem litígio e litígio sem conflito.

O processo sem conflito é exemplificado com a hipótese de uma pessoa alegar judicialmente que o livro que está sendo lido pela outra é dela, apesar de pertencer ao leitor. O processo sem controvérsia é o da situação hipotética de o réu não resistir à pretensão deduzida pelo autor, reconhecendo a procedência do pedido ou deixando de contestar a ação no prazo legal. O conflito sem litígio pode ser identificado na situação de alguém, que tenha uma pretensão de relevância jurídica contra outra, deixa de ingressar em juízo para exigi-la. Finalmente, o litígio sem conflito é exemplificado com a situação do demandante que ajuíza ação com a pretensão de obter a solução de um conflito que não existe no mundo real. Trata-se de litígio putativo.

## **4. 2 - Conceito, Características e Princípios do Processo**

### **4.2.1 - Conceito e Características do Processo**

A jurisdição, como foi visto, é a atividade estatal encarregada de solucionar conflitos. O processo é o meio de atuação da

jurisdição. É o instrumento da função jurisdicional utilizado para o seu funcionamento.

Através do processo, o Estado-juiz desenvolve atividade com um único objetivo: decidir a lide, apresentando aos litigantes o resultado, fruto da vontade jurisdicional. O processo se forma e se desenvolve com observância de formalidades, uma vez que se cogita de instrumento de um sistema de atuação da jurisdição. Trata-se de instrumento jungido às normas legais e regulamentares. Se não integrassem um sistema vinculado, os órgãos judicantes atuariam discricionariamente, o que poderia comprometer o seu desenvolvimento para atingir o objetivo, qual seja: solucionar a lide, em tempo razoável.

O processo é exteriorizado pelo conjunto de atos processuais necessários ao seu desenvolvimento, o que se denomina procedimento. Este, pode ser conceituado como a forma material através da qual o processo atua para solucionar o conflito. Ele é o responsável pela formação da relação processual integrada pelo representante do órgão jurisdicional e as partes.

O processo apresenta as seguintes características: instrumentalidade, autonomia, natureza pública, natureza tríplice, complexidade, progressividade, unidade.

A instrumentalidade é a característica ínsita à própria definição do processo, considerado instrumento da jurisdição, ou seja, o meio pelo qual a jurisdição se serve para exercer sua primordial atividade, traduzida na solução da lide.

A autonomia caracteriza o processo por ser a relação jurídica processual independente da relação jurídica de direito material em que a pretensão se lastreia. A existência e validade do processo são independentes do direito invocado pelo litigante. Se este não tem razão, isto é, se o pedido for julgado improcedente, ainda assim o processo terá alcançado o seu fim, que é a composição da lide, originando, inclusive, coisa julgada tão logo a decisão não mais desafie qualquer recurso.

A natureza pública do processo é uma característica que se evidencia pela relação de direito público que se forma entre o Estado-juiz e as partes litigantes. A relação jurídica compõe-se da



prática de atos direcionados ao mesmo fim, isto é, ver proferida a decisão que irá solucionar a lide, além desta relação se desenvolver ostensivamente, com publicidade dos atos processuais, que excepcionalmente são praticados em segredo de justiça (art. 155, do Cód. Proc. Civil).

O processo tem natureza tríplice, pois a relação processual nele contida é formada pelo Estado-juiz e pelos litigantes (autor e réu), sendo doutrinariamente conhecida pelo aforismo “*jurisdicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*”. A jurisdição voluntária, que também integra a função jurisdicional, não dá origem a processo, quando muito a procedimento, por ausência de partes litigantes e de pretensão deduzida (*res in judicio deducta*), uma vez que os sujeitos da relação jurídica são os interessados e o pedido é de simples autorização judicial.

A complexidade do processo é a característica que o identifica como uma relação jurídica composta de outras relações jurídicas, que se desenvolvem entre o Estado - pessoa jurídica de direito público - autor, réu e, em algumas vezes, assistente, oponente, denunciado à lide, além de outros protagonistas, envolvendo fatos e atos procedimentais diversos, muitas vezes com incidentes processuais que sequer dizem respeito ao mérito da causa. O processo, portanto, é um instrumento complexo do qual a jurisdição se serve para exercer sua atividade.

A progressividade consiste na característica que - vinculada aos princípios da continuidade e da preclusividade, adiante estudados - adverte às partes e eventuais protagonistas da necessidade do processo caminhar, sem retorno à etapa procedimental em que se encontrava, salvo quando ocorrer decretação de nulidade. Os atos processuais são progressivos e vão se tornando cada vez mais próximos do momento mais aguardado, que é o da prolação da sentença que irá solucionar a lide. A progressividade é um arremedo de crescimento da árvore com amadurecimento do fruto. Se assim não fosse, o processo não chegaria ao resultado esperado. Sua marcha não alcançaria a hora da apresentação da prestação jurisdicional.

A característica da unidade traduz a ideia de que a relação processual que se forma, apesar de complexa e progressiva, ob-

jetiva chegar ao momento do provimento jurisdicional. Os fatos ocorridos e as manifestações de vontade dos atos processuais são entrelaçados e atados, formando uma unidade processual para - no momento em que a causa estiver “madura” - o fruto seja colhido, com apresentação da decisão que solucionará a controvérsia.

O estudo das características - apesar dos respeitáveis entendimentos que pretendem convencer que o processo tem natureza jurídica diversa de uma relação jurídica - proclama a relevância desse instrumento da jurisdição, cujo escopo é a solução do litígio.

#### 4.2.2 - Princípios do Processo

Para o seu desenvolvimento no objetivo de solucionar a lide, o processo como instrumento da jurisdição, sob o comando do órgão jurisdicional, deverá se pautar pela observância de princípios que dizem respeito à sua validade e aos prazos para a prática de atos, de modo a não estender a atividade jurisdicional por tempo além do necessário. Os princípios que dizem respeito à validade do processo são: paridade, legalidade, contraditório e ampla defesa. Os que dizem respeito aos prazos processuais são: brevidade, utilidade, continuidade, inalterabilidade e preclusividade. São analisados em conjunto.

O princípio da paridade ou da igualdade consagra que as partes são credoras dos mesmos direitos, estando submetidas às mesmas obrigações, para que não ocorra quebra de isonomia no tratamento. O princípio tem lastro no art. 5º, da Carta Federal, que cuida da isonomia e no art. 125, I, da Lei Processual Civil, que estabelece como dever do juiz dar às partes tratamento igual. Os prazos para a prática dos atos processuais, por exemplo, devem ser iguais para as partes, com as exceções elencadas nos arts. 188 e 191, do Cód. Proc. Civil.

A legalidade é um dos princípios do processo que restaram introduzidos no rol pela Constituição Federal (art. 5º, LIV). Conhecido como *due process of law* além de princípio do processo é também garantia fundamental da parte. Consiste no dever de a atividade jurisdicional observar todas as formalidades do processo

delineadas no diploma legal ou regulamentar que trata da matéria, toda vez que o litigante vier a suportar condenação patrimonial, sob pena de nulidade.

O contraditório e ampla defesa, constante do rol dos princípios inscritos na Constituição Federal (art. 5º, LV), também é garantia fundamental do litigante. Consiste no dever da atividade jurisdicional, em qualquer espécie de processo, de assegurar àquele que é demandado o direito de ser ouvido, se defender amplamente e interpor os recursos cabíveis.

O princípio da brevidade, também conhecido por princípio da rápida solução do litígio ou da razoável duração, consagra que o processo deve ser solucionado em espaço de tempo satisfatório, uma vez que se a atividade jurisdicional se prolongar indefinidamente, o demandante poderá se desinteressar pelo litígio e o demandado se acomodar, no errôneo entendimento de que sairá vencedor em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional. Dito princípio está encartado na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), sendo, outrossim, erigido em garantia fundamental. A Lei Processual Civil dispõe que o órgão jurisdicional deverá velar pela rápida solução da lide (art. 125, II).

A utilidade é o princípio que consagra rege-se o processo pela adoção de prazos úteis à prática dos atos processuais, a fim de que a atividade judicante não se dilate desnecessariamente, prorrogando a entrega da prestação jurisdicional. Os atos processuais devem ser praticados nos prazos designados, considerados bastantes para se atingir a solução da lide. Dito princípio está encartado no art. 177, do Cód. Proc. Civil.

A continuidade se traduz em outro princípio que diz respeito aos prazos para a prática dos atos processuais, objetivando, outrossim, não dilatar o funcionamento da jurisdição, com o retardo da solução do conflito. Os prazos processuais são contínuos, interrompendo-se excepcionalmente, vale dizer, apenas quando a lei estabelecer. O princípio está emoldurado no art. 178, da Lei Processual Civil.

A inalterabilidade se funda na imperatividade absoluta da norma processual, ou seja, na qualidade da norma cogente que

trata dos prazos peremptórios, proscrevendo a convenção das partes acerca da sua prorrogação. Os litigantes não podem convenicionar a dilação dos prazos peremptórios, como dispõe o art. 182, do Cód. Proc. Civil. Caso se cogite de prazo dilatatório - tratando-se, nesse caso, de norma processual de imperatividade relativa ou *agendi* - os demandantes podem convenicionar sua prorrogação, no permissivo do art. 181, do mesmo diploma legal.

A preclusividade é o derradeiro princípio que cuida dos prazos processuais, aclamando que eles se findam tão logo ocorra o implemento do termo resolutivo ou final, isto é, o advento do *dies ad quem*, independentemente de declaração judicial do seu encerramento, salvo a ocorrência de justa causa. A preclusão se dá tão logo decorra o prazo, para que a atividade jurisdicional não se estenda além do indispensável à entrega da prestação jurisdicional. O art. 183, do Digesto Processual cuida da preclusividade.

Se o órgão julgador, no exercício da função jurisdicional, observa os princípios do desenvolvimento e validade, além dos que dizem respeito aos prazos, a lide é solucionada rapidamente e o processo recebe a qualificação de justo.

#### 4.3 - A Relevância do Processo

O processo é o instrumento imprescindível ao exercício da atividade jurisdicional. Sem processo não há jurisdição. E sem jurisdição não há como se exercer o direito fundamental de ingresso em juízo para apreciar a lesão ou ameaça a direito.

A relevância do processo reside no fato de ele se cogitar do meio utilizado para fazer funcionar a jurisdição, compreendendo uma série de atos sucessivos e vinculados entre si. Os atos processuais - que têm início com a manifestação de vontade de quem deflagra a ação, deduzindo pretensão - são direcionados à solução do conflito, através da prestação jurisdicional.

O fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne à paz jurídica. Em outras palavras, o objeto do processo é a composição da lide, isto é, resolver o litígio de acordo com a vontade da lei, que vai originar a vontade jurisdicional.

A pretensão deve dar origem a um litígio que possa ser apreciado pela atividade jurisdicional, isto é, a uma lide que tenha condições de ser resolvida com apreciação do *meritum causae*. Significa dizer que a relevância do processo também reside no fato de a possibilidade do conflito se credenciar ao acolhimento de uma forma genérica no sistema jurídico.

Para que o conflito possa merecer apreciação de mérito é mister que a pretensão seja demandável. A expressão não deve ser interpretada no sentido literal ou restrito.

Por pretensão demandável deve se entender a que desfruta de reconhecimento no ordenamento jurídico. Em outras palavras, para que uma pretensão seja demandável é mister que o conflito tenha relevância jurídica, isto é, a matéria pertinente aos interesses resistidos esteja prevista dentro do sistema jurídico de uma sociedade politicamente organizada. O processo submetido à decisão do juiz deve ser solucionado por uma norma jurídica que - muito embora não tenha sido invocada pelo autor - incida sobre o caso. É a aplicação do aforismo *iura novit curia* (art. 7º, do Cód. Proc. Civil do Peru). Se há previsão de incidência de norma jurídica, a pretensão é demandável.

Na pretensão não demandável - apesar de a autonomia do processo e do autor invocar direito material em que se lastreia - o sistema jurídico nega a possibilidade dela ser reclamada judicialmente. É o caso da dívida de jogo, prevista no art. 1.943, do Código Civil Peruano. O mesmo ocorre no caso brasileiro quando o art. 814, do Código Civil, dispõe: “*as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento, mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou perdente é menor ou interdito*”.

Também se caracterizam como não demandáveis, no Direito Peruano, as pretensões que dizem respeito a assuntos políticos *stricto sensu*, como a declaração do estado de emergência e decisões presidenciais referentes à insurreição ou estado de guerra. Aqui no Brasil, como foi dito, na vigência dos Atos Institucionais, máxime o de nº 05/68, de acordo com o art. 11, estiveram emolduradas dentre as não demandáveis as pretensões de apreciação pelo

Poder Judiciário dos atos administrativos expedidos pelo Presidente da República, referentes à suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, por dez anos, cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, demissão, remoção, aposentadoria e disponibilidade de agentes públicos, servidores civis e militares.

Os conflitos com reconhecimento expresso ou tácito no sistema jurídico são suscetíveis de se convolar em pretensões demandáveis. Ao reverso, apresentando-se destituídos de fundamentação jurídica são candidatos à improcedência da demanda, nos termos do art. 427, do Cód. Proc. Civil Peruano. No Direito Processual pátrio a fundamentação jurídica é requisito que deve constar da petição inicial (art. 282, III, do Cód. Proc. Civil). Se o fato e fundamentos jurídicos do pedido não estiverem presentes no exórdio, há ausência de pressuposto processual, que autoriza o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do mesmo diploma legal. Se estiverem presentes mas não corresponderem à realidade dos fatos demonstrados em pretório, por qualquer meio de prova, a hipótese, aí sim, será de improcedência do pedido.

As pretensões que não podem ser deduzidas por impossibilidade jurídica são denominadas inertes. A designação tem esteio no direito inerte, nomenclatura carneluttiana ou no direito eunuco, na designação dos juristas Jorge Peyrano e Julio Chiappini. No direito processual pátrio, a impossibilidade jurídica do pedido, ao lado da ilegitimidade da parte e da falta de interesse processual, impede a apreciação do mérito, acarretando a extinção do feito sem pronunciamento de procedência ou de improcedência, nos termos do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil.

A pretensão não demandável não se confunde com a pretensão prescrita.

O que na verdade prescreve é o direito subjetivo, no prazo designado para o seu exercício, não havendo que se falar em “prescrição da pretensão”, como deixam entrever os arts. 189 e 190, do Código Civil. Contudo, para efeito exclusivo do presente estudo, pode se admitir que a palavra pretensão quer dizer direito subjetivo.

Decorrido o prazo previsto em lei para deflagrar a pretensão, ou seja, exercer o direito subjetivo judicialmente o titular, em decorrência da sua inércia, não tem mais oportunidade de obter um pronunciamento jurisdicional favorável ao seu interesse. A pretensão é demandável, mas o fato jurídico extintivo do direito vai consagrar que ele já não mais dispõe de força para sustentá-la.

A pretensão atingida pela prescrição acarreta a extinção do processo com resolução do mérito, de acordo com o art. 269, IV, da Lei Processual Civil. Cogita-se de julgamento de mérito - malgrado não pareça ao se proceder a uma análise apriorística - porque o demandante jamais poderá reproduzir a *res in judicio deducta*. O seu direito está extinto.

#### 4.4 - A Socialização do Processo

O processo - instrumento de que o jurisdicionado se serve para fazer funcionar a atividade judicante, no intuito de ver resolvido o conflito - iniciado com a deflagração da ação, vincula-se ao problema social apresentado. As questões sociais que chegam à jurisdição, decorrentes dos conflitos, dão ao processo um cunho de socialização. Isto porque cada vez mais os jurisdicionados depositam suas esperanças na função jurisdicional.

Frequentemente, quem mais se serve da jurisdição é o menos favorecido. Em razão disso, surgiu nas últimas décadas do século XX um movimento jurídico-social no sentido de instituir instrumentos processuais para aproximar o Poder Judiciário dos grupos sociais e dos indivíduos participativos. Esse movimento passou a ser chamado de socialização do processo. Teve início com a edição da Lei nº 7.244/84, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, diploma legal considerado um marco do incremento do acesso à jurisdição, com dispensa das formalidades do processo civil comum e efetiva aproximação do Poder Judiciário da sociedade.

Logo a seguir, foi editada a Lei nº 7.437/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, à ordem urbanística e qualquer outro

interesse difuso ou coletivo. Esse relevante diploma legal, inicialmente, outorgou legitimidade ao Ministério Público e a certas pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, para disparar o gatilho acionário, com o objetivo de defender ditos interesses e direitos fundamentais de grupos e indivíduos participativos, de acordo com a redação original do art. 5º. Mais socializando o processo atinente à ação civil pública, o preceptivo legal invocado foi alterado pela Lei nº 11.448/07 para legitimar outras pessoas jurídicas e outros órgãos a propô-la.

A Lei nº 8.078/90, que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e do art. 48 de suas Disposições Transitórias, representa, outrossim, grande marco da socialização do processo, notadamente quando dispôs sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço e a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica ofensora dos direitos do consumidor (*disregard of legal entity*).

A grande revolução da socialização do processo ocorreu com a edição da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais nos Estados e no Distrito Federal para conciliação, processo, julgamento e execução das causas cíveis de valor não excedente a quarenta vezes o salário mínimo, de rito sumário em razão da matéria, de despejo para uso próprio e ações possessórias tendo por objeto bens imóveis de valor igual ou inferior àquele limite.

Instituído com previsão de funcionamento de conciliadores e juízes leigos, não se conhecia, até então, um diploma legal que viesse a facilitar o acesso à jurisdição com resultados excepcionais nunca vistos, em decorrência da obtenção de um elevado número de conciliações, inatingível nos juízos cíveis. A Lei nº 10.259/01 institui os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, possibilitando microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive, a figurar como partes autoras (art. 6º, I), o que não ocorria no âmbito dos Juizados Especiais estaduais, antes da edição da Lei Complementar nº 123/06, que trata do Estatuto da Microempresa



(art. 74) e da Lei nº 12.126/09, que deu nova redação ao art. 8º, da Lei nº 9.099/95.

A Lei dos Juizados Especiais estaduais veio suprir uma lacuna existente no âmbito do processo civil, haja vista que os indivíduos menos favorecidos - malgrado amparados pela Assistência Judiciária oficial ou prestada por advogados nomeados - ainda se mostravam parcimoniosos para ingressar em juízo, em decorrência das formalidades procedimentais dos juízos cíveis comuns, onde o patrocínio da causa fica a cargo dos advogados e os feitos se arrastam, notadamente nos grandes centros urbanos. Além de facilitar o acesso à jurisdição, sem grandes formalidades, os juizados especiais “desafogaram” os juizados cíveis, merecendo aplausos dos processualistas.<sup>15</sup>

Com o escopo de aproximar a atividade jurisdicional da sociedade, foram encetadas multifárias reformas processuais que se iniciaram com a Lei nº 6.246/75, passando pelas Leis nºs 8.950/94 e 11.232/05, chegando a Lei nº 11.694/08, no sentido de agilizar a entrega da prestação jurisdicional. Trata-se de iniciativa que teve início com os estudos desenvolvidos no sentido de reduzir a duração da atividade jurisdicional, pois desde a entrada em vigor da Lei nº 5.869/73, vale dizer, do Código de Processo Civil, em 01/01/74, os doutrinadores perceberam que se algumas normas fossem mantidas, o processo se protrairia no tempo, com prejuízo para os jurisdicionados.

Promulgada a Constituição Federal, em 05/10/88, estabelecendo um novo acesso à jurisdição, as reformas assumiram relevância e mais ainda com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, que dispôs sobre o princípio da razoável duração do processo, erigindo-o em garantia fundamental. A expedição dessa Emenda propiciou novas alterações do Código de Processo Civil,

---

<sup>15</sup> João Carlos Pestana de Aguiar registra: “a história judiciária de todos os tempos jamais dispôs de um organismo dotado da virtude de agilizar conflitos menores e convocar o povo, na impressionante maioria hipossuficiente, para a defesa gratuita e eficaz de seus direitos. Portanto, nada tinha havido de semelhante nos mecanismos orgânicos e atividades do Poder Judiciário, embora houvesse em todo cidadão uma consciência e anseio latentes, hoje concretizados, de obter informal, simples, gratuita e célere distribuição de justiça e conquista da paz social” (**Juizados Especiais**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 1997, p.10).

por intermédio da expedição das leis processuais mais recentes, na tentativa de agilizar e conseqüentemente socializar o processo no interesse dos jurisdicionados.<sup>16</sup>

#### 4. 5 - A Legitimação da Decisão pela Participação das Partes no Processo

O processo tem como efeito legitimar a decisão proferida. Isto se dá através da efetiva participação das partes, debates, discursos que contribuíram para a formação da convicção do juiz e entrega da prestação jurisdicional. A participação das partes no processo legitima a decisão proferida no instrumento de uma jurisdição democrática. A participação é possível em decorrência da imprescindível observância dos princípios que regem o processo civil, alguns deles, como foi estudado, erigidos em direito fundamental.

A participação consiste na oportunidade das partes de apresentar e sustentar suas razões e de se contrapor, produzir provas, integrar as audiências e julgamentos, com debates e discursos (alegações finais). Esses discursos apresentam pretensões de validade lógico-semânticas e pragmáticas que vão influenciar na formação da decisão. Esta, que deve sempre primar pela fundamentação, *ex vi* da recomendação inserta nos arts 93, IX, da Lei Maior, 131 e 458, II, do Cód. Proc. Civil, leva em consideração não só as provas produzidas como também os argumentos em que se fundam as alegações finais.

Anota Luiz Guilherme Marinoni que “a participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à

<sup>16</sup> Humberto Theodoro Junior anota: “toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer ao rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional” (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com o texto da EC nº 45, de 08.12.2004), *in Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 5.

parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça” (**Teoria Geral do Processo**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 455). O autor sustenta ainda que o órgão jurisdicional, antes de proferir a decisão, deve proceder ao exame das normas jurídicas que servem de lastro às razões dos litigantes com os pressupostos comunicativos e condições do processo legislativo democrático.<sup>17</sup>

#### **4.6. O Processo contra a Fazenda Pública e a Efetivação da Decisão**

Tal como na jurisdição civil, através do processo garante-se aos indivíduos participativos o acesso à jurisdição administrativa, uma vez que também está assegurado constitucionalmente, incidindo o que restou analisado no estudo acerca do conteúdo do indigitado art. 5º, XXXV, da Carta da República. No que atine à jurisdição civil, os indivíduos participativos desfrutam do pleno acesso, já que ingressam em juízo, via processo, e conseguem obter, satisfatoriamente, o cumprimento das decisões. O mesmo não pode ser dito do acesso à jurisdição administrativa.

O acesso inicial está garantido, todavia os jurisdicionados não contam armas processuais para obter o cumprimento das decisões judiciais consequentes da violação dos seus direitos subjetivos pela Fazenda Pública, verificando-se um acesso restrito à jurisdição.

As normas procedimentais das diversas espécies de execução contra a Administração Pública são - propositadamente e no interesse do Executivo - omissas. As relativas à execução de quantia certa são acanhadas e incompletas. No que pertine à execução da prestação de fazer ou ao cumprimento de sentença condenatória de prestação de fazer pela Fazenda Pública vencida, não há no Digesto Processual qualquer norma que cuide do tema.

<sup>17</sup> Diz Guilherme Marinoni que de acordo com Habermas “a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional” *in* **A Constitucionalização do Direito**, p. 535).

Na tentativa de se garantir o pleno acesso à jurisdição ao vencedor de demanda aforada em desfavor da Administração Pública, vem se perfilhando a aplicação das normas dos §§ 1º a 5º, do art. 461, da Lei Processual Civil à execução da prestação de fazer, hoje denominada cumprimento de sentença. Nem mesmo a aplicação das astreintes vem intimidando a Administração Pública a dar cumprimento ao julgado, carecendo o jurisdicionado de edição de lei processual a respeito, para que não venha a ser convolado em mero espectador da tutela judicial pendente de efetivação.

A aplicação subsidiária de normas procedimentais da execução da obrigação de fazer, destinadas a efetivar a tutela jurisdicional em demandas decididas entre particulares, ao cumprimento de sentença de prestação de fazer proferida em desfavor da Fazenda Pública, não é adequada. Porém é a única forma de compelir a Administração Pública a cumprir o julgado, quer em ações de conhecimento, quer em ações mandamentais. O Judiciário muito tem feito para dar cumprimento às decisões proferidas na jurisdição administrativa, pois não há porque não se dar efetividade em casos tais.

O corolário da ausência de uma legislação específica, com normas próprias para reger os processos das ações envolvendo o Poder Público, culmina por abalroar o princípio da paridade de armas. Na sua ausência, a Administração Pública termina por ser agraciada com prerrogativas pouco justificáveis, mostrando-se assaz fortalecida perante os administrados. Estes, ao reverso, litigam com armas de pouco calibre, não sendo incomum desistirem das ações que ajuizaram ou abandonarem o processo, em decorrência da lentidão da sua tramitação, um corolário das multifárias prerrogativas.

De outra parte, a Lei Processual Civil dedica poucas normas que regem o procedimento das ações que se emolduram na competência do controle jurisdicional da Administração Pública. Em se tratando de processo de conhecimento, limita-se a estabelecer prazos em quádruplo para contestar e em dobro, para recorrer e o duplo grau obrigatório de jurisdição, no caso de a Fazenda Pública ser vencida. A execução de quantia certa culmina com a expedição

do famigerado precatório. É o que consta dos arts. 188, 475, I e 730, do Cód. Proc. Civil. Na busca de ações envolvendo a Administração Pública, uma é encontrada: cogitando-se de construção que está sendo erigida em desconformidade com leis e regulamentos de posturas municipais cabe ação de nunciação de obra nova em favor do Município para demandar o munícipe transgressor, tramitando por procedimento especial de jurisdição contenciosa, de acordo com a previsão do art. 934, III, da Lei Processual. E nada mais se acha a respeito, por mais que se procure no diploma processual.

A leitura dos precitados dispositivos do ordenamento processualístico deixa entrever que o acesso à justiça - facultado aos administrados no controle jurisdicional da Administração Pública - tem se convolado numa garantia bem restrita. A eles não se confere qualquer prerrogativa. Sequer o hipossuficiente é contemplado com norma processual, que leve em conta a sua situação econômica quando litiga com a Administração Pública no polo ativo ou passivo de qualquer demanda judicial.

A par das parcimoniosas normas processuais que versam sobre os processos envolvendo as atividades do Poder Público, vigora um reduzido número de leis que cuidam das ações de rito especial do contencioso judicial, tais como a Lei nº 4.717/65, que cuida da ação popular, a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública e a Lei nº 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança.

O mandado de segurança, *exempli gratia*, objetiva corrigir a ilegalidade ou o abuso de poder, praticado por autoridade administrativa, através de atos que violam direito líquido e certo e que autorizam sua impetração, cujo rito, em razão do *excés de pouvoir*, não hesita em se nortear pelos princípios da celeridade e da rápida solução do litígio. Vale lembrar, entretanto, que o acesso à jurisdição administrativa para assegurar direito líquido e certo, instituído constitucionalmente e até pouco tempo regulamentado pela Lei nº 1.533/51, passou a admitir a suspensão - pelo Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do recurso - da liminar ou do cumprimento da sentença, consoante previsto no art. 4º, da Lei nº 4.348/64. A Administração Pública, tal como

na vigente Lei nº 12.016/09, não precisava sequer recorrer. Através de requerimento, em princípio fundamentado, bastava invocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, para sustar os efeitos da decisão, podendo acarretar prejuízo para o impetrante ou extinção do seu direito líquido e certo, às vezes de natureza fundamental.

Durante a vigência da revogada Lei nº 1.533/51, a suspensão da execução não se limitava aos mandados de segurança. A Lei nºs 5.021/66 autorizava e as Leis nºs 8.038/90, 8.437/92 e 9.494/97 ainda autorizam a sustação das medidas de urgência e decisões das autoridades judiciárias, nas ações individuais ou coletivas. A suspensão da execução das medidas liminares e das decisões pode se estender até o seu trânsito em julgado, numa acirrada demonstração de força de Leviatã contra Têmis, na tutela de direitos dos administrados.<sup>18</sup>

As Leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, que cuidavam do mandado de segurança e da suspensão das decisões foram revogadas pela Lei nº 12.016/09. Contudo, quase nada mudou. As prerrogativas continuam e foram até alargadas.

O novel diploma legal proscreve a concessão de liminar em situações que podem reclamar pronto deferimento da medida *in initio litis*. Demais disso, reforçou a suspensão da execução da liminar e da sentença, através de: a) novo pedido de suspensão ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, quando negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a liminar (art. 15 § 2º); b) suspensão das liminares cujo objeto seja idêntico, através de uma única decisão, com extensão da sua eficácia a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15 § 5º). Sem dúvida, os impetrantes do *writ of mandamus*

---

<sup>18</sup> Rogério Pacheco Alves, ao comentar sobre esse tema, assevera: “Aqui reside, talvez, um dos maiores riscos à efetividade do processo principal e ao próprio princípio do acesso à justiça, uma vez que, como é sabido, o trânsito em julgado de decisões, principalmente contra o Poder Público, dada a multiplicidade de instrumentos recursais e de prerrogativas processuais em seu favor, é algo bastante demorado, o que indubitavelmente põe em xeque a plena eficácia de um sem número de direitos fundamentais” (*Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 232-233).

mais terão que aguardar para ver corrigida a ilegalidade ou o abuso de poder cometido pela autoridade.

A manutenção de multifárias prerrogativas da Administração Pública em juízo funciona como instrumento de postergação do cumprimento das medidas coercitivas de maior densidade jurisdicional ou das decisões provisórias e definitivas e as convola em verdadeiros privilégios, que proporcionam às autoridades públicas protrair seus efeitos no tempo.<sup>19</sup>

Isso se deve ao fato de o Executivo se associar ao Legislativo para, de tempo em tempo, com o seu auxílio, obter a edição de mais um diploma legal, com o firme propósito de protrair os efeitos de decisões judiciais, além de proclamar que pretende se furtar ao controle jurisdicional, revelando procedimento incompatível com os princípios que regem a harmonia entre os Poderes e o Estado Democrático de Direito, invocando quase sempre, o princípio da separação dos poderes. Trata-se de expediente encetado em sentido contrário do pleno acesso à jurisdição.

Quando se trata de Fazenda Pública, tudo se modifica. Direitos fundamentais, que a própria Administração Pública está encarregada de tutelar, passam a ser tratados como interesses secundários. Nesses casos há interesse na demora da entrega da prestação jurisdicional. A rapidez cobrada pela classe política e pelo Executivo só vale para os processos que envolvem interesses e conflitos particulares. Fica assim demonstrado que não há vontade legislativa em assegurar aos administrados meios eficazes para digladiar com a Administração Pública e obter a efetivação da tutela judicial; além disso, o anacronismo da legislação brasileira, convolvando a garantia constitucional do pleno acesso à jurisdição em direito de segunda ou de terceira geração.

---

<sup>19</sup> Cláudio Brandão de Oliveira adverte que “o tratamento processual diferenciado, proporcional às necessidades do Estado, atende ao interesse público a partir do momento em que as condenações decorrentes da deficiente representação processual serão suportadas por toda a coletividade. Só não há, portanto, amparo constitucional e legal para privilégios que não se mostrem compatíveis com as necessidades do Estado. A criação por lei de tratamento processual diferenciado para o Estado, sem a correspondente razão do interesse público, viola a isonomia processual e deve ser reprimida com rigor” (*Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 278).

A maioria dos países europeus conta com um código do contencioso judicial administrativo. Na Alemanha vigora o Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) desde 1960, fixando a competência da Justiça Administrativa para os litígios de caráter público, que não versem sobre conflitos referentes às jurisdições administrativas especializadas, tais como a social e a financeira. A Espanha adotou a Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa em 1998. Portugal editou o novo Código de Jurisdição Administrativa e o Código de Organização da Justiça Administrativa em 2002. A Itália introduziu reformas nas leis que cuidam dos processos pertinentes à atividade administrativa e à efetivação da tutela de urgência. Os países que procederam às reformas da legislação pertinente ao contencioso administrativo não tiveram em mente suspender a execução de medidas de urgência, nem os efeitos da sentença até o seu trânsito em julgado.<sup>20</sup>

Aqui, ao reverso, não há sequer projeto de lei, nem o tema é ventilado nos meios jurídicos, salvo no âmbito acadêmico. A situação atual é por demais vantajosa para o Poder Público quando litiga com o particular. Enquanto não se editar um código ou uma lei do contencioso judicial administrativo, para sua aplicação nos órgãos julgadores da jurisdição civil que fazem as vezes da jurisdição administrativa brasileira, adotando, dentre outros princípios, o da paridade de armas, o acesso à jurisdição não pode ser considerado uma garantia plena dos que pretendem litigar ou litigam com as pessoas jurídicas de direito público.

Isto é dito porque a suspensão da efetivação das decisões e sentenças, pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar os recursos das ações que originaram os pronunciamentos interlocutórios ou de mérito - mediante a alegação de grave lesão aos interesses da Administração Pública, por meio de requerimento não

---

<sup>20</sup> Como diz Karl-Peter Sommermann, “é, hoje, evidente o consenso sobre a necessidade de garantir uma tutela judicial efetiva, bem como a de sua implementação por meio de um direito processual adequado. Inclusive nos Estados como os que até agora permaneciam com as estruturas tradicionais de uma justiça administrativa, na qual o cidadão possuía à sua disposição somente o recurso de anulação e não, o de medidas cautelares efetivas, a situação tem sido alterada profundamente” (*Código de Jurisdição Administrativa, o Modelo Alemão*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 19).



erigido em recurso - é a maior demonstração da inaplicabilidade do princípio da paridade de armas no âmbito da Justiça Administrativa. Essa odiosa prerrogativa da Fazenda Pública em juízo, nos dias coevos, se assemelha ao arremedo de delegação de competência do Presidente da República ou do Governador de Estado ao Presidente do Tribunal, para não efetivar a decisão que envolve direito patrimonial do administrado litigante, de modo que o Erário fique, enquanto puder, imune à satisfação da prestação. Faz lembrar a época imperial, em que o Conselho de Estado, órgão subordinado ao Imperador, via Poder Moderador, tinha competência para os feitos do contencioso administrativo (Cf. Edson Alvisi Neves, *O Tribunal do Comércio*, p. 193-194).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia do acesso à jurisdição tem se mostrado plena para solucionar conflitos aforados entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Desde a promulgação da Carta Política de 1988 todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País não mais hesitam em ingressar em juízo para fazer valer suas pretensões ou se defender. É sabido que, na era da pós-constituição do final do século XX, houve maior assimilação dos direitos pelos indivíduos participativos, que se tornaram mais esclarecidos, em razão dos meios de comunicação numa época globalizada, onde o acesso à informática e à Internet se faz presente, ainda que nos grupos e populações carentes de recursos.

A função jurisdicional, desenvolvida através do processo, tem sido incansável, ostentando eficiência e se apresentando como uma das mais relevantes atividades do Estado. A restrição à sua eficiência se resume às demandas deflagradas em desfavor da Fazenda Pública, tendo em vista as razões expostas, traduzidas em circunstâncias alheias à vontade dos juízes, impedidos de conceder tutelas de urgência e de determinar o pronto cumprimento de suas decisões, por força de dispositivos legais constantes de legislações que privilegiam os entes públicos e suas autoridades.

Por outro lado, o instrumento da jurisdição tem mostrado sua eficiência na garantia do exercício dos direitos individuais. Todavia, no que pertine aos direitos difusos e coletivos, o mesmo não

pode ser dito, em decorrência das omissões do Executivo, nos três níveis de governo, em atender aos interesses difusos e coletivos dos jurisdicionados.

O controle jurisdicional destinado a corrigir as omissões do Executivo só é possível quando ocorre fato concreto que viole direitos individuais, coletivos ou difusos. Em abstrato, ou seja, em caráter amplo, tem-se que é constitucionalmente vedada a expedição de resolução judicial para garantir aos indivíduos participativos o atendimento daqueles direitos, em decorrência do princípio da independência dos Poderes, inscrito no art. 2º, da Carta Federal. Na impossibilidade da Administração Pública ser compelida pelo Judiciário a implementar direitos fundamentais dos quais são titulares, em caráter irrestrito, os administrados devem aguardar a ofensa aos seus direitos, por ação ou omissão, para que a atividade jurisdicional possa ser desenvolvida.

A grande maioria dos jurisdicionados recolhe tributos exigidos e aguarda o Executivo implementar direitos fundamentais referidos na Constituição Federal, tais como saúde, educação, saneamento básico, segurança pública, transporte coletivo eficiente e outros que são postergados. Quando convém ou está imbuído de fins eleitorais, o faz. Do contrário, mantém-se na inércia. A jurisdição, contudo, não pode desenvolver atividade voltada a compelir a Administração Pública a cumprir o dever de implementá-los, em reverência ao princípio da separação dos poderes, tal como analisado.

O Pacto Maior da Nação, ao dispor nos arts. 1º, 3º, 5º e 6º acerca dos princípios fundamentais e direitos sociais, perfilhou, expressamente, o Estado Democrático de Direito voltado para o Estado Social, realizável através da distribuição dos mencionados benefícios, principalmente aos indivíduos menos favorecidos.<sup>21</sup> A

---

<sup>21</sup> Lênio Luiz Streck anota que “ora não parece muito difícil entender que a Constituição de 1988 abraçou a idéia do Estado Social, que está alicerçado nos dispositivos que apontam para a sua realização (através de dispositivos que estabelecem a justiça social, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, das desigualdades regionais, etc., assim como por outros mecanismos de sustentação desses objetivos, como os dispositivos que asseguram a busca dos recursos pelo Estado e que asseguram a intervenção na economia)”, *in Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 554.

implementação daqueles direitos, no entanto, não vem ocorrendo.<sup>22</sup>

De outra parte, o comportamento omissivo incute na população o que vem sendo chamado na doutrina de “decadência” do Executivo. Em razão disso, os indivíduos atingidos, estigmatizados pelas omissões e descrentes da iniciativa da Administração Pública em implementar ditos benefícios vêm tentando, através dos meios processuais colocados à sua disposição, individual ou coletivamente, acessar a jurisdição na esperança de obtê-los.<sup>23</sup>

Se não fossem as omissões do Executivo, os indivíduos participativos não precisariam tentar buscar na jurisdição a garantia dos seus direitos fundamentais. As tentativas de afastar as omissões do Executivo, via jurisdição, são sempre bem-vindas, ainda que

---

<sup>22</sup> Áurea Pimentel Pereira, no estudo sobre “A Justiça e os Direitos Fundamentais do Homem”, abrangendo os direitos sociais, registra: “É certo que as liberdades públicas e as conquistas sociais obtidas com a edição da Carta Política de 88, que restaurou no país o Estado Democrático de Direito, se revestem de enorme expressão, notadamente se e quando a todos os cidadãos estão sendo prometidos o gozo e a fruição de direitos tidos como fundamentais, a saber: o direito à liberdade, à igualdade, a uma existência digna, a verdadeira justiça social, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). É de se lamentar, todavia, que muitas das promessas solenemente feitas pelo legislador constituinte na referida Carta não se tenham, ainda, se tornado efetivas para a redução do verdadeiro abismo de desigualdades que separa os homens em sociedade, grave problema - aliás não só do Brasil - que os governos, por falta de vontade política, não puderam até os presentes dias solver. Enquanto não ocorrer, isto é, enquanto não se instaurar efetivamente no país uma verdadeira justiça social, que J. Cretella Jr. prefere denominar ‘justiça distributiva’, impossível será assegurar ao homem em sociedade, em toda sua amplitude, o efetivo gozo dos direitos fundamentais, prometidos no texto constitucional. Espera-se que no futuro, com o despertar das consciências, possa se concretizar, como preconiza Fernando Whitaker, ‘um processo integral, que conjugue as atribuições do poder, com a dignidade de cada um, e que seja capaz de encarnar um ideal político e social de largas dimensões, conduzindo o povo para a sua realização’ (Ob. cit., p. 168)”, *in Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, nº 43, 2008, p. 46-47).

<sup>23</sup> Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, com lastro em Antoine Garapon, *in Le Gardien de Promesses*, Paris, ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, registram que, na sociedade democrática, o Estado tudo pode satisfazer, remediar e atender. “Daí que diante da sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e via de consequência fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público” (*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25).

limitadas a situações concretas. Nesses casos, devem ser adotados meios necessários a reduzir as desigualdades, na impossibilidade do Judiciário determinar que o Executivo proceda às mudanças estruturais que possibilitem atingir a justiça social.<sup>24</sup>

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é o objetivo da República Federativa, de acordo com o art. 3º, I, da Lei Fundamental, como foi visto. O Executivo está vinculado não só a dar cumprimento ao que está inscrito no inciso I, do preceptivo constitucional mencionado, como também aos demais objetivos fundamentais da República, insculpidos nos incisos II, III e IV. Entretanto, apesar da crescente arrecadação tributária - que a Administração Pública comemora anualmente e anuncia com grande alarde pela imprensa - pouco faz em prol dos que mais necessitam, abalroando os princípios da dignidade da pessoa humana e da eficiência, versados nos arts. 1º, III e 37, da Constituição Federal.

Se o Poder Público não atua com observância do princípio da eficiência, a jurisdição, sempre que provocada, deve funcionar não se olvidando de se pautar por esse mesmo princípio. Se três são os Poderes da República, um deve se esforçar para funcionar bem - dentro das suas atribuições, ainda que em desfavor do outro - de modo a garantir aos administrados o exercício dos seus direitos fundamentais e a correção do que resultou em ofensa.

Enquanto as mudanças não chegam, os jurisdicionados podem contar com o acesso à jurisdição, toda vez que seus direitos forem atingidos por ação ou omissão do Poder Público. É ao que se deve assistir no Estado Democrático de Direito, aclamado na Carta da República, daí a relevância da função jurisdicional. 📄

---

<sup>24</sup> José Fernando de Castro Farias registra que “a justiça social pressupõe mudanças estruturais nos planos social, econômico, político e jurídico; pressupõe o desenvolvimento de uma outra economia, uma alternativa do capitalismo. O Estado tem de garantir uma estrutura de propriedade justa, uma distribuição de renda justa, um sistema tributário justo, o acesso à saúde pública e à educação pública de qualidade, bem como promover políticas públicas voltadas para o combate às desigualdades” (*Ética, Política e Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141).