

A jurisdição e suas relações com o poder legislativo

André R C Fontes¹

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

RESUMO: Trata o texto das relações da jurisdição com a função normativa, exercida pelo Poder legislativo.

Palavras-chave: função - complementariedade - legalidade.

ABSTRACT: The text deals with the relationship between jurisdiction and the normative function exercised by the Legislative Branch.

Keywords: function - complementarity – legality.

1 INTRODUÇÃO

A unidade, a integridade e o caráter consequente da jurisdição ao exercício da função normativasão reconhecidos não somente pelos estudiosos, mas definitivamente por aqueles que exercem a função jurisdicional. Ao guardarem uma correlação entre a jurisdição e a função normativa em seu mais amplo sentido, estarão os juízes a consagrar a razão de ser do Estado de Direito: a de que o Estado se submete às suas próprias leis – *legem patere quam fecist* (suporta a lei que fizeste). Pela extraordinária importância que tem a concepção geral de que um órgão do Estado já teria dito ao juiz como agir, ao ser chamado para resolver um conflito entre dois sujeitos, deve ser lembrado que o magistrado, no exercício da função judicante, deve decidir segundo a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Ao confiar ao juiz uma atividade ampla e articulada à qual correspondem diversos tipos de competências, desde a composição dos conflitos até a organização da estrutura, carreira, cargos e funções, foi essa atuação chamada de forma simples e genérica de *administração da justiça*. A despeito de não haver um consenso acerca de uma definição ou sobre o significado exato do termo jurisdição, de acordo com alguns estudiosos, ser juiz significaria tão somente administrar a justiça.

Essa relação entre lei e jurisdição evoca algo assaz importante, mas, que, parece especialmente poupado nos estudos mais destacados da literatura tradicional: a de que o vínculo da função jurisdicional com a lei se bifurca, de modo mais aprofundado, nas seguintes direções: (i) no seu complexo, é exercida em nome do povo, que é o (ii) único investido como exclusivo titular da soberania.

Convém notar que as circunstâncias políticas e jurídicas que nos levam a associar a magistratura com o titular da soberania - o povo brasileiro -, orientam a um debate: o de se retornar a um pretenso e indevido formalismo jurídico. E mais ainda que, a ideia de um juiz sujeito à lei traria consigo a desconfiança de que o magistrado seria simplesmente “a boca da lei” – em outras palavras, um autômato -; mas, também à outra, igualmente grave: a de ter que aplicar leis injustas.

Quando se quer saber sob qual influência se faz tal afirmação, lembramos que a essência da concepção soberana da função de julgar deve ser a de que o povo elege os membros do legislativo, que por sua vez aprovam as leis que o juiz deverá aplicar. E essas

leis são dirigidas ao próprio povo, como também são leis de organização judiciária, da atividade jurisdicional e do próprio controle da magistratura.

Para aclarar as ideias aqui expostas, advertimos que o princípio da soberania popular sintetiza os conhecidos princípios indissolúveis da atividade judicial, mas que encontra sua matriz indiscutivelmente no postulado de que o poder judiciário é administrado em nome do povo - o povo brasileiro - e que obedece à sua vontade.

Esse caráter sistemático universal significa que o exercício da jurisdição não é a realização de um mero interesse pessoal ou particular, nem está sujeito a nenhuma submissão aos dois outros poderes, especialmente ao Poder Executivo. A divisão dos Poderes da República, distintos e harmônicos, não é algo artificial ou arbitrário e é por isso que se diz que deve o juiz ser *imparcial* (por não atender nenhum interesse particular, nomeadamente o dos sujeitos do conflito, levado a juízo para ser resolvido) e *independente* (significa dizer: estar livre de uma subordinação aos demais Poderes, ou seja, o Poder Legislativo e o Poder Executivo).

Imparcialidade e independência sintetizam dois aspectos determinantes do exercício da função de julgar, seja sob a óptica dos sujeitos do conflito (imparcialidade), seja pela perspectiva dos demais Poderes (independência), mas exprimem uma combinação ou uma coordenação com o *princípio da soberania popular*, que expressa sua vontade por meio da lei (votada pelos representantes do povo) e dirige ao juiz uma comunicação que legitima seus atos judiciais pelos vínculos entre a lei a ser aplicada coercitivamente e sua sentença (legitimação democrática *a priori* da função jurisdicional), e atendendo à concepção de legitimidade democrática conforme o seu proceder na aplicação das regras do Estado de Direito (legitimação democrática *a posteriori*).

A concepção de Estado, no exercício da função jurisdicional, ou seja, o Estado-juiz conduz à premissa fundamental de que um órgão estatal já teria dito como deve agir o juiz, se for chamado para resolver um conflito entre dois sujeitos. E não se pode compreender bem a fundo a jurisdição sem se precaver de que nas distintas dimensões - a de Estado democrático e a de Estado de direito-, sua condição (da função jurisdicional) é a de Poder ou, mais propriamente, ser um dos três Poderes da República.

A ideia de jurisdição está em constante aperfeiçoamento. E essa lenta e progressiva evolução não foi acompanhada de nenhum balanço crítico institucional. Os

melhores e mais avançados esforços para o desenvolvimento e exercício da jurisdição são invariavelmente marcados por uma perspectiva acadêmica. Curiosamente, juízes e professores falam *ex cathreda*, portanto, sem que a posição cognitiva de cada um pressuponha e às vezes até necessite de uma inteligência profunda e objetiva de certos processos de formação de suas ideias, que haveriam de ser claros, didáticos e transparentes. Passando, todavia, o problema sob uma perspectiva acadêmica, anotamos que os autores brasileiros ao se debruçarem sobre o problema evolutivo da jurisdição partem - como é aceito normalmente - da concepção romana (*jurisdictio*) e, na tarefa de lograr uma visão sistemática de desenvolvimento, chegam, ao final, a uma conclusão que bem poderia ser de corte italiano, seguida de autores de língua castelhana ou de Portugal. É de se assinalar que só em casos de peculiar importância, e na terra firme dos autores em geral, a grande exceção talvez seja a competência jurisdicional no tratamento das questões constitucionais, mais conhecida – a despeito de ser jurisdição um termo absoluto – como jurisdição constitucional.

A interpretação normalmente feita em nosso País, sobre bases italianas, portuguesas e de autores de expressão castelhana, não significa que se prescindiu de outras concepções, nem da existência de uma unidade de posicionamento frente às demais nações. Os anglo-saxões, por exemplo, partem de teorias que consideram o direito como “a profecia do que farão os tribunais”, e admitem que o Estado nasce com a jurisdição e, então, o juiz *ius dicit*, isto é, afirma o ser, o concreto nos dois momentos incidíveis, se é que de dois momentos se pode falar do fato e do direito, sabido que “o direito é, verdadeiramente, aquilo que o juiz diz ser direito”.

É necessário reconhecer que as sociedades se esforçam na elaboração de um Estado moderno, que estruture a ordem jurídica e formule leis destinadas à vida e ao bem-estar em geral. À medida que uma dada sociedade alcança seu desenvolvimento, encontra a lei o seu lugar e de modo entrelaçado a sua aplicação para realizar o bem comum e sempre que necessário na solução de conflitos de interesses intersubjetivos que venham a perturbar a paz.

Se nos limitarmos somente à concepção da jurisdição como uma função soberana do Estado, confiada ao Poder Judiciário sob a forma de administração da justiça, haveremos de reconhecer que fazer atuar coercitivamente o direito objetivamente considerado, criado pelo Poder Legislativo, torna o juiz muito mais do que um aplicador

da lei nos conflitos de interesses intersubjetivos: ele também buscará *resguardar* a ordem jurídica e a autoridade da lei.

Significa dizer que a jurisdição é complementar à atividade legislativa do Estado. A própria essência da jurisdição, ao impor a norma jurídica em vigor e apresentá-la como solução, é a forma indubitável de prevenir novos conflitos, de assegurar a ordem jurídica a todos e tutelar o direito de cada um.

Essa complementariedade se apresenta pela atuação do juiz na composição de litígios, mediante a aplicação coercitiva das normas jurídicas extraídas das leis em geral e tutela dos direitos subjetivos, motivo pelo qual a função jurisdicional é, assim, um *prolongamento* da função legislativa e mesmo a pressupõe.

De acordo com a conclusão acima exposta, poder-se-ia imaginar que há uma identidade entre a *lei* e a *sentença*. E logo se pensaria em um juiz como “a boca da lei”. Contudo, não se deve pensar dessa maneira, e muito mais ainda achar que a lei – ou mais propriamente o seu texto – se confundiria com a norma jurídica. É consabido o esforço dos juristas em introduzir a noção de norma jurídica, extraída pelas múltiplas formas hermenêuticas, e sempre em uma aplicação concreta, ou seja, sob específicas circunstâncias fáticas. Os comentadores de códigos e leis em nosso País são a prova viva de que de um único dispositivo de lei podem existir variadas interpretações e constatar a diversidade de opiniões visto desse ângulo – ou seja: da variedade de intérpretes. Nem mesmo a Bíblia – como livro sagrado – deixou de suportar tantas interpretações quantos fossem seus leitores e intérpretes, e não é de todo dispensado o critério temporal (tempos e épocas a marcar diferentes conclusões dos teólogos), além do local na sua leitura.

Reconhecer que um texto de lei pode não ter intérpretes com opiniões coincidentes parece ser um primeiro passo para o equívoco, como é identificar *lei* com *sentença* ou *lei* com *norma jurídica*. A desconfiança de que a complementariedade da lei, na função do juiz, traduziria um retorno ao formalismo jurídico e do juiz como “boca da lei” contraria a realidade da nossa época (se é que um dia vigorou!) e a ideia de que as injunções de cada intérprete ou aplicador da lei jamais deixariam de ser variadas (*princípio da variabilidade do juízo hipotético-normativo*).

Não se deve pensar que a lei e a sentença não se complementam objetivamente. Na hermenêutica jurídica existem diversos pontos de vista a esse respeito. E da mesma forma que nenhum pintor retrataria a mesma paisagem que outro, *mutatis mutandis*,

nenhum intérprete da lei encontrará identidade com a redação legal – especialmente porque, a despeito dos importantes e decisivos debates e discursos na *interpositio legislatoris*, são homens do povo os nossos representantes parlamentares e deles não se pode exigir qualquer formação para a elaboração de um texto legislativo perfeito e impecável em sua redação, a despeito do reconhecido mérito e competência que lhes são peculiares.

A possibilidade de o juiz objetivamente orientar-se pela regra legal obedecerá ao plano mais distinto da noção de Estado de Direito e da aplicação da legalidade (ou *princípio da legalidade*) que ele encerra. Para que uma possibilidade se transforme em realidade, deixamos aqui a forma principiológica que engendra essa premissa do Estado de Direito para o juiz: o *princípio da vinculação da jurisdição à lei e ao direito*.

Uma peculiaridade da jurisdição haveria de ser lembrada, especialmente em um estudo sobre as relações com o Poder Legislativo. É o caso de o juiz ser chamado a resolver um conflito sem que haja previsão legal, e, pasmem, em dados reconhecidos pelo próprio legislador. Devemos recordar a base material desse regime: o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Ressalvamos ainda que o alcance não expresso da mencionada lei pode abranger a necessidade como fonte do direito – *necessitas facit jus*. Exemplo mais frequente é o valor da reparação em dinheiro por dano moral. Diversamente do dano material, não há elementos que indiquem o montante do que será ressarcido. Nesse caso, a lei (novamente) outorga ao juiz o poder de decidir, como se legislador fosse, qual seria o *quantum* devido. A literatura reconhece essa maneira do juiz exercer a jurisdição como *jurisdição de equidade*. Nela a enunciação do direito se dá em concreto, ou seja, após o fato sobre o qual o juiz é chamado a decidir. O direito é formulado *post factum* (jurisdição de equidade). Porém, a visão mais tradicional dos estudos de jurisdição está assentada nos casos em que a enunciação do direito é em abstrato e *ante factum* (jurisdição legal).

A necessidade de se anular um contrato por um defeito do negócio jurídico, tal como seria o dolo – ou seja, o erro provocado – ensejaria o exercício da *jurisdição legal*. Tal ocorre também com a prescrição da pretensão indenizatória ou os efeitos de um contrato se limitarem aos cocontratantes por força do princípio da relatividade.

São casos de jurisdição de equidade, entretanto, aqueles em que o juiz formulará, como se legislador fosse, a solução total ou parcial do problema – caso de *equidade-*

formativa (mandado de injunção ou do poder normativo da Justiça do Trabalho), de *equidade-integrativa* em que o juiz acresce ou acrescenta a solução da lei (percentual de honorários advocatícios, valor dos alimentos em direito de família e até a fixação da pena no âmbito penal) e finalmente a *equidade-substitutiva* que é autoenunciativa e a mais rara, pois o juiz pode substituir a solução legal por outra, e nos juizados especiais isso parece perfeitamente possível – art. 6º, da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 - tal como mandar fazer a destroca de um animal vendido a outro pequeno agricultor, se entender não aplicar o princípio da obrigatoriedade dos contratos para aquele que não tem dinheiro ou outro meio de cumprir a obrigação. Um bom exemplo também de possibilidade de equidade-substitutiva é a disciplinado art. 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ao tratar da denominada jurisdição voluntária ou graciosa.

Para se bem compreender a jurisdição de equidade não se deve confundi-la com o uso da equidade na interpretação e aplicação do direito em geral. Ao contrário da jurisdição de equidade, a ideia de equidade na interpretação e aplicação do direito é muito mais vasta, mais rica de conteúdo e profundidade. A sua noção é ensinada nos primeiros meses do curso de Direito e é marcada pela síntese da “justiça do caso concreto”. De acordo com certo desenvolvimento teórico, a equidade na interpretação permitiria prever normalmente que os fins da norma jurídica somente seriam alcançados se ela *não* fosse aplicada. A equidade-interpretação não é objetiva nem normativa, mas subjetiva e casuística. As circunstâncias de seu uso não estão limitadas aos casos em que a jurisdição de equidade se faz necessária.

A lei cria a solução legal prévia e diz quando não haverá lei para o caso. Apesar dessa aparente contradição, só a lei pode dizer os casos nos quais o juiz se valerá da jurisdição de equidade. No entanto, essa limitação legal nunca será elemento do conceito de equidade-interpretação. É que a equidade-interpretação é de aplicação geral e usada por todos que estiverem diante do dilema de contradição entre os fins da norma com a sua aplicação. A par do uso comum do termo equidade, a equidade que fundamenta a decisão do juiz (equidade-criação) no exercício da jurisdição do mesmo nome (jurisdição de equidade) sempre dependerá de lei, por significar algum tipo de exercício de uma solução jurídica que não advém de norma jurídica, e mais ainda, a necessidade de atender à divisão harmônica dos Poderes da República.

O Poder Legislativo exerce primordialmente a função normativa, embora também exerça em caráter não-principal a função administrativa e ainda, excepcionalmente, a função jurisdicional. A função jurisdicional é normalmente confiada ao Poder Judiciário, exceto o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal. Por se tratar de uma excepcionalidade, a literatura mais destacada atribui a esse poder jurisdicional do legislativo de *jurisdição anômala*.

De acordo com a orientação mais comum, o Poder Executivo exerce de modo principal a função administrativa e ainda, de modo secundário, a função normativa – tal como ocorre com as medidas provisórias e os atos normativos administrativos (resoluções e portarias), nunca exercendo a função jurisdicional no Brasil. É consabido que o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional por excelência, e em caráter não predominante a função administrativa e normativa (quando, por exemplo, elabora seu regimento interno). A Justiça Eleitoral é a única que exerce quantitativamente mais função administrativa que a jurisdicional – uma realidade peculiar a esse ramo do Judiciário brasileiro.

Uma análise profunda do Direito Constitucional alemão e de sua Lei Fundamental bem resume a situação dos três poderes da República: o Poder Executivo e o Poder Judiciário obedecerão à Constituição e às leis, o Poder Legislativo obedecerá à Constituição da República.

Cada manifestação jurisdicional reflete um aspecto da função normativa, ou talvez mais do que isso: a importância do Poder Legislativo. Em todas as manifestações jurisdicionais há um valioso enriquecimento da vontade do povo na formação das teses e teorias fundamentais, que pautam a missão do Poder Judiciário. Eis porque se devem adotar as diversas ópticas na avaliação das concepções utilizadas nos julgamentos baseados na jurisdição legal. E isso não exclui o exercício da jurisdição pela Suprema Corte na aplicação da Constituição da República. A ideia de não ser absoluto o conceito de jurisdição, de modo a aceitar uma concepção *per se stante* para a assim denominada jurisdição constitucional, desligada e desintegrada dos princípios e valores consolidados em nosso País, se converteria em um verdadeiro desvio de perspectiva. Ao mesmo tempo, as leis e a Constituição da República podem ser dúbias para comportar as posições políticas e crenças públicas dos congressistas e parlamentares em geral. E isso se manifesta por meio da atitude do juiz no seu compromisso com a liberdade e com a paz social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ÁNGEL .ÁLVAREZ, Jaime Alberto *Aportes para una filosofía del sujeto, el derecho y el poder*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.

ASENCIO MELLADO, Jose Maria. *Derecho Procesal Civil*. Parte Primera. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELLOCCHI, Márcio. *Jurisdição, juízes e árbitros*. São Paulo: RT, 2023.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Moinho do Verbo, 1999.

BRUFRAU PRATS, Jaime. *Teoria fundamental del derecho*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 1990.

DÍAZ ROCA, Rafael. *Teoria General del Derecho*. Madri: Tecnos, 1997.

DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre justicia distributiva*. México: Fontamara, 2001.

DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. Trad. Adolfo Posada. Madri: Francisco Beltrán, 1891.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol I. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CERAMI, Pietro; MICELI, Maria. *Storicità del diritto strutture costituzionali, fonti, codici prospettive romane e moderne*. Turim: Giappichelli, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Guimarães Menegale. 2ª e. São Paulo: Saraiva, 1965.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- CRETILLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1983.
- CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, v. 1. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1976.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo; Saraiva, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitucion y proceso*. Madri: Tecnos, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luís. *Instituciones de derecho procesal*. T. I, 3ª ed. Madri: Tecnos, 1993.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Estudos de derecho procesal*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974.
- LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho procesal organico*. 2ª ed. Madri: Tecnos: 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2023.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 1971.
- ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 1963.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 6ª. Madri: Tecnos, 1999.
- REQUEJI PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdiccion e independência judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2013.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SATTA, Salvatore. *Norma, Diritto, Giurisdizione*, in Quaderni del Diritto e del Processo Civile, II, Padua: CEDAM, 1969.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. José Manuel Nuñez, Córdoba: Lerner, 2006.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Rodrigo Otávio Monteiro da. *Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Inter Saberes, 2021.
- SOUZA, André Pagani de et alii. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 6ª ed. Barueri; Atlas, 2023.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Procesual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VELLOSO, Alvarado. *El juiz sus deberes y facultades*. Buenos Aires: Depalma, 1982.