

Marcelo Barbi Gonçalves

TEORIA GERAL DA JURISDIÇÃO

2020

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 4

CRÍTICA ÀS CARACTERÍSTICAS CLÁSSICAS DA JURISDIÇÃO

4.1 INEVITABILIDADE E EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO PARA O EXERCÍCIO DE JURISDIÇÕES NÃO-ESTATAIS

Para a doutrina tradicional, a inevitabilidade da jurisdição significa que a autoridade do órgão jurisdicional independe do consentimento das partes, pois é um reflexo da soberania estatal.

Essa ideia está correta se, com isso, quer-se afirmar que ninguém pode, unilateralmente, subtrair-se ao exercício do poder jurisdicional do Estado. Afinal, essa exclusão fomentaria a autotutela. Mas neste caso é de se indagar se a inevitabilidade não é antes uma prerrogativa de todos os Poderes, ao revés de um princípio exclusivamente jurisdicional, na medida em que a paz social pressupõe que a aplicação de leis e atos administrativos também prescindem da aquiescência do indivíduo.

Como quer que seja, para a doutrina clássica, a inevitabilidade é uma decorrência do fato de a jurisdição ser uma expressão da soberania que não pode ser contrastada pelo homem. É certo que o Estado tem o dever de criar um sistema de administração de justiça. Aliás, as teorias contratualistas há mais de três séculos destacaram que a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil teve como um de seus principais objetivos dar segurança aos direitos naturais. Mas dessa premissa não se pode partir para a conclusão de que o Estado tem o monopólio da atividade de composição dos conflitos.

Nessa linha de convicção, a jurisdição pode ter como fonte (a) a soberania; (b) o mero fato de se pertencer a um agrupamento que outorgue a função judicante a uma instituição; ou (c) a autonomia da vontade.

O primeiro caso (a) refere-se à jurisdição estatal, hipótese na qual o poder judicante impõe-se por si mesmo.

O segundo caso (*b*) relaciona-se com a hipótese na qual a submissão à jurisdição decorre do pertencimento a um grupo socialmente organizado, à revelia de qualquer consideração quanto à existência de soberania. É o caso da jurisdição das comunidades indígenas, as quais não são entes soberanos, mas têm poder para julgar os membros de seu grupo social. Aqui, à semelhança do primeiro caso (*a*), a autoridade dos órgãos jurisdicionais independe do elemento volitivo.

Por fim, o terceiro caso (*c*) desdobra-se em duas possibilidades, a saber, a jurisdição convencional arbitral (*c.1*) e a internacional (*c.2*).

A primeira possibilidade (*c.1*) baseia-se em uma convenção de arbitragem pactuada entre os interessados em prevenir ou compor um conflito de interesses. Não há que se falar em delegação de soberania do Estado para o árbitro resolver a controvérsia que os litigantes concordaram em submeter à jurisdição privada. O juiz privado extrai o poder de *ius dicere* da autonomia da vontade das partes, e não de uma delegação estatal. A fonte de legitimidade é convencional.¹

É com base na ideia de que a arbitragem internacional desvincula-se de qualquer ordenamento nacional e se baseia na autonomia da vontade que as justiças francesa, norte-americana e austríaca procederam à homologação de decisões arbitrais anuladas no país de origem.² De fato, o direito de liberdade, à exceção da arbitragem *ex lege*, é o alicerce sob o qual se edifica a justiça privada.

A segunda possibilidade (*c.2*), por sua vez, relaciona-se com as cortes internacionais, cuja competência para conhecer de conflitos que dizem respeito a um Estado exige o seu prévio consentimento.

Conforme se depreende do art. 33.1 da Carta da ONU, existe uma obrigação geral (de natureza *jus cogens*) de acordo com a qual os Estados devem solucionar suas controvérsias mediante meios pacíficos, mas subsiste uma ampla esfera de liberdade acerca de qual recurso pode ser empregado para tanto. Logo, há uma obrigação de meio de se valer de negociações diretas, bons ofícios, inquérito, mediação, arbitragem, conciliação, recurso a entidades regionais, solução judicial ou a qualquer outro meio pacífico diante de um litígio com outra soberania (*princípio da livre eleição dos meios*).³ Con-

1 BIAVATI, Paolo. *Deroghe alla giurisdizione statale...*, p. 529.

2 GIARDINA, Andrea. *The international recognition and enforcement...*, p. 268 ss.

3 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais. Jurisdição e competência...*, p. 108-113.

tudo, nenhum deles pode ser imposto.⁴ Por essa razão, diz-se que a justiça internacional tem natureza arbitral e, por conseguinte, inexistente um sistema de jurisdição internacional obrigatório.

Veja-se, por exemplo, que o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 prevê que a Corte Americana de Direitos Humanos tem competência para conhecer de litígios relativos à aplicação das disposições da convenção desde que o Estado-Parte a tenha reconhecido. O consentimento estatal, portanto, é pressuposto de uma demanda internacional. Os Estados Unidos da América, por exemplo, integram a Organização dos Estados Americanos, mas não reconhecem a competência da CIDH. Além do mais, a teor do art. 62 da CADH, o elemento volitivo na conformação da jurisdição pode ser modulado para que a sua aceitação seja sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para um processo específico.

Cabe, agora, analisar a argumentação no sentido de que, em virtude da inevitabilidade, a situação das partes perante o Estado é de sujeição, estando elas, por isso, impossibilitadas de recusar o resultado do processo.

Uma das maiores novidades da doutrina nos últimos anos é o empenho na reorganização do concerto das situações jurídicas processuais em prol de um maior equilíbrio entre partes e juiz. Fala-se em democratização do processo a partir da equalização dos poderes dos sujeitos processuais, reconhecendo-se ao juiz um papel de supremacia apenas no momento decisório. Tornou-se lugar-comum, ainda, a tese de que o Código de Processo Civil de 2015 superou a contraposição entre os sistemas dispositivo e inquisitivo ao adotar o modelo cooperativo (art. 6º, CPC).⁵

Não é esse o fórum para análise da correção – e em qual alcance – dessas reflexões, assim como de seus desdobramentos nos princípios e características da jurisdição. De toda sorte, não se pode mais falar que o jurisdicionado é um súdito do Estado e se submete indiscriminadamente ao exercício do poder. Desde meados do século XX, o direito público em geral, e o processual em particular, caminham no sentido de horizontalizar as relações entre a socie-

4 Veja-se o parecer consultivo emitido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1923 no caso *Carélia Oriental*: “Il est bien établi en droit international qu’aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l’arbitrage, soit en fin à n’importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement.”

5 Por todos: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 124 ss.

dade e o Estado, de forma que o vínculo entre ambos seja de colaboração e sinergia, e não de antagonismo e subordinação.⁶

4.2 A LIDE COMO ELEMENTO ACIDENTAL AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A tese carneluttiana de que o fim da função processual (*rectius*: da jurisdição) é a justa composição da lide foi refutada por processualistas civis e penais, tendo sempre como norte a ideia de que o conceito de lide, assim como o de litígio, entendido como *conflito juridicamente transcendente*,⁷ é accidental à jurisdição. Não se nega que o contraste de vontade entre as partes é uma *causa* para que se acione a justiça. Mas não a única. E, por isso, não se trata de elemento conatural à jurisdição.⁸ Como asseverou Kisch, a luta e a controvérsia não são essenciais ao processo.⁹

As críticas se comunicam e reforçam, mas é valioso analisá-las em cada um dos principais ramos do Direito Processual.

4.2.1 Crítica à lide civil

A mais contundente crítica à tese carneluttiana proveio de Calamandrei, para quem, no *processo civil inquisitivo*, a existência de um conflito de interesses é juridicamente irrelevante.

Essa espécie de processo (v.g., ação anulatória de um casamento) caracteriza-se pelo fato de que a sentença produz efeitos que as partes, ainda que

6 “(...) in tutta la vita pubblica, nel moderno Stato di diritto, il cittadino non è un subditus abbandonato alla mercè del principe legibus solutus, ma è un soggetto autônomo di diritti e doveri, la cui autonomia è garantita dalla leggi nei confronti della stessa autorità: e quanto più l'ordinamento costituzionale progredisce verso la democrazia, tanto più questi reciproci diritti e doveri del cittadino verso lo Stato sono definiti e razionalizzati.” (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954, p. 123).

7 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Notas relativas al concepto de jurisdicción...*, p. 54.

8 SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1967, p. 226; GALLI, Bindo. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 170; GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. *Introducción a la teoría del proceso...*, p. 101 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...*, p. 19; GODINHO, Robson Renault. Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa: uma distinção artificial do Processo Civil Brasileiro. *Civil Procedure Review* vol. 10, n. 1, jan.-abr./2019, p. 40.

9 KISCH, Wilhelm. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. 2ª ed. Trad. Luiz Prieto Castro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 14.

concordes, não conseguiriam obter fora do Poder Judiciário, de sorte que a sua vontade é processualmente ineficaz (v.g., confissão, reconhecimento jurídico do pedido).¹⁰

A resolução de eventual desacordo de vontades, portanto, não consiste no fim da jurisdição exercida no processo inquisitivo. Desse modo, a lide é um conceito sociológico – a razão de ser do processo, como ensinou Liebman –, e não jurídico, já que ao processo interessa apenas a parte do conflito de interesses moldado pelas partes em seus pedidos.¹¹

Há quem tenha dito que o processo contumacial é um outro obstáculo à categoria da lide.¹²

A crítica parece não ter se atentado para as sutilezas do pensamento de Carnelutti. A resistência à pretensão pode se manifestar por meio de uma declaração (*lide de pretensão contestada*) ou de uma lesão ao interesse (*lide de pretensão insatisfeita*). Se o réu é revel, não se pode falar em lide de pretensão contestada, mas o inadimplemento é uma atuação de vontade que lesa o interesse do autor.¹³

4.2.2 Crítica à lide penal

A transposição da lide para o processo penal a fim de construir a Teoria Geral do Processo a partir desse pilar foi uma empresa acidentada. Enquanto os ataques à sua aplicação ao processo civil foram rebatidos por Carnelutti, ele reconheceu a procedência de algumas críticas à lide penal e seguidamente

10 “(...) nel processo civile inquisitorio è giuridicamente irrelevante (dato che in questo tipo di processo non è in vigore il principio dispositivo) la circostanza che le parti siano o non siano concordi sulla costituzione dell'effetto giuridico che si richiede al giudice (...)”. (CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. In: *Opere Giuridiche*. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 158-159).

11 CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 5, 1938, p. 6; LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 84-88; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo...*, p. 123.

12 VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 312.

13 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile...*, p. 350-351. Como reconheceu Calamandrei, ausência de contraditório não significa inexistência de lide (CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite”...*, p. 12). Destarte, para manter íntegra a doutrina carneluttiana no caso de revelia não é preciso, como fez Betti, aludir a um conflito de interesses virtual (BETTI, Emilio. *Ragione e azione...*, p. 213).

reformulou a sua teoria. Cumpre recordar a sua versão original, as objeções que lhe foram feitas e o epílogo deste embate.¹⁴

Sublinhando a distinção entre lide e contradição, Carnelutti destacou que, no processo penal, há contradição entre o acusado e o Ministério Público, o qual é sujeito do processo, mas não da lide. Essa, por sua vez, preexiste ao processo e se verifica entre a parte lesada pelo crime e o acusado. Assim, o MP e o ofendido são, respectivamente, sujeitos da relação processual e da lide.

Segundo Invrea, frequentemente a parte prejudicada pelo crime não avança uma pretensão contra o acusado, de forma que seria impossível afirmar que a sentença compõe uma lide. Pense-se no furto noturno de um cacho de uva de uma vinícola cujo proprietário esteja convicto de que o réu é inocente e tenha testemunhado a favor da absolvição. Ou, ainda, na possibilidade de o ofendido ter, por qualquer motivo, perdoado a ladrão. Ou, por fim, no homicídio de uma pessoa sem família, quando sequer se pode cogitar de transferência da pretensão para os seus sucessores.¹⁵

Em resposta, Carnelutti afirmou que a lide é composta de um aspecto material (conflito de interesses) e um formal (pretensão), de modo que o ofendido é o sujeito material da lide, ao passo que o Ministério Público, ao ajuizar a ação penal, entra na lide como substituto processual.¹⁶

O retoque não salvou a tese.

Como assevera Paoli, se existisse lide, ela deveria ocorrer entre o Ministério Público e o acusado, já que o ofendido não é parte da relação de direito material. O Ministério Público seria sujeito da ação e da lide na medida em que a pretensão penal pertence ao Estado. Mas não se pode falar de lide entre o Ministério Público e o réu, porque aquele tem interesse na condenação do culpado, mas também na absolvição do inocente. Como a ideia de lide pressupõe interesses contrastantes, de forma que o acolhimento

14 Para uma boa exposição desse percurso: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, *passim*.

15 INVREA, Francesco. *La servitù del giudicato*. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 7, 1930, p. 226 ss.

16 CARNELUTTI, Francesco. *Ancora sulla lite nel processo penale*. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 7, I, 1930, p. 245. Esse argumento, segundo Denti, evidencia a visão privatista da ação penal e a base pandectística da doutrina carneluttiana: DENTI, Vittorio. *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo*. In: *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 92.

de um interesse resulta no sacrifício do outro, não se poderia falar de lide no caso de julgamento de improcedência, o qual não compõe um conflito de interesses, senão o exclui.¹⁷

É preciso se precaver da ideia recorrente na literatura brasileira no sentido de que no processo penal a lide transcorre entre a pretensão punitiva avançada pelo Ministério Público e o direito de liberdade invocado pelo réu.

Alguns signos linguísticos do alfabeto jurídico possuem uma tradição semântica, de maneira que não podem ser dissociados do significado que penetrou a sua essência. É quando se usa a expressão lide o referencial teórico obrigatório é Carnelutti. Como ele jamais defendeu que a *lide* ocorre entre o Ministério Público e o acusado, quem defende essa posição deveria, sob pena de evocar uma falsa autoridade, evitar esse vocábulo.

A respeito, vem a pêlo o posicionamento de Jaeger, para quem, no processo, a atividade das partes busca convencer o juiz de que o interesse público definido pelo ordenamento jurídico, em relação à situação concreta, deve ser entendido em uma determinada forma que lhe é favorável. Assim, caso se pudesse falar em conflito, esse dar-se-ia entre interesses pertencentes à coletividade e, portanto, intrasubjetivo, e não intersubjetivo, como defende Carnelutti. Mas Jaeger afasta essa hipótese, porque não existem interesses públicos colidentes, senão modos diversos de se entender as exigências da coletividade no caso concreto. E a essa dúvida acerca de qual é o interesse público a ser acertado na sentença penal ele dá o nome de *controvérsia*.¹⁸

Bem pensando, a lição de Calamandrei no sentido de que, à semelhança do processo civil inquisitivo, no processo penal condenatório a lide é processualmente irrelevante, merece ser revisitada.

O processualista florentino está correto ao advertir que o processo penal não objetiva remover um desacordo entre os sujeitos processuais a respeito da existência de um crime, senão verificar os pressupostos previstos na lei para que se aplique a sanção penal.¹⁹ O que, bem analisado o ponto, corresponde ao pensamento de Tornaghi ao assinalar que essencial ao pro-

17 PAOLI, Giulio. *La nozione di lite nel processo penale...*, p. 67.

18 JAEGER, Nicola. Processo, lite, controversie penale. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 1950, p. 423.

19 CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite"...*, p. 16 ss.

cesso penal não é um conflito de interesse, senão uma pretensão.²⁰ Mas daí a afirmar que a vontade das partes não produz efeitos no processo penal há uma grande distância.

O Direito Processual Penal, no fim do século XX, foi invadido pela consensualidade. A mediação penal, por exemplo, foi objeto da Recomendação n. (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa. No direito brasileiro, a Lei 9.099/95 abriu as portas do processo penal para a diálogo por meio dos institutos da composição civil dos danos (art. 72), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89).

Por outro lado, o papel da vítima foi resgatado com a previsão de que a sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, CPP, com a redação dada pela Lei 11.719/08). Estipulou-se, ainda, o direito de o ofendido ser comunicado dos atos processuais, receber atendimento multidisciplinar a expensas do ofensor e ter a sua intimidade preservada (art. 201, CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08). Isso não significa dizer que assiste razão a Carnelutti ao sustentar que o ofendido é parte material da lide. Mas prova que a ideia do processo penal como uma jurisdição objetiva deve ser repensada.

É exato que o fluxo do processo penal é tradicionalmente infenso à influência da vontade das partes. Veja-se que o regime jurídico do arquivamento do inquérito policial autoriza o juiz a discordar da opinião do Ministério Público a respeito da viabilidade da pretensão punitiva (art. 28, CPP), o Ministério Público não pode desistir de recurso que haja interposto (art. 576, CPP) e o juiz pode condenar ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (art. 385, CPP). Da parte do réu, a sua vontade de não participar do processo é irrelevante, pois não há que se falar em efeitos materiais da revelia e o reconhecimento da procedência do pedido é ineficaz. E como afirmar que a vontade das partes é processualmente irrelevante perante a colaboração premiada (Lei 12.850/13), a composição civil dos danos (art. 72, Lei 9.099/95), a transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95)?

É hora de concluir o ponto.

O reconhecimento de que a vontade possui efeitos no processo penal não significa dizer que o escopo da jurisdição penal seja a resolução de um

20 TORNAGLI, Hélio. *Instituições de Processo Penal...*, p. 226. No sentido de que no processo criminal a controvérsia é uma *mera formalidade*: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, p. 391.

desacordo entre os sujeitos processuais. Uma coisa é admitir que o processo penal se aproxima, paulatinamente, do processo civil (*Zivilprozessualisierung* do processo penal).²¹ Outra é defender o *paradigma da litigiosidade*, o qual condiciona o exercício da jurisdição a um pressuposto desprovido de base legal.

Ante essas críticas, Carnelutti sustentou que o processo criminal acusatório objetiva a verificação da pretensão punitiva, a qual pode não encontrar resistência, de modo que encontrar-se-ia em uma posição intermediária entre a jurisdição contenciosa e a voluntária. E, em um momento posterior, salientou que ao processo penal deve ser negado caráter contencioso ao argumento de que a punição do réu não se faz contra, senão em favor de seu interesse na expiação do mal causado.²²

4.3 A JURISDIÇÃO É SUBSTITUTIVA À ATIVIDADE DAS PARTES?

Como salientado no capítulo 2, a nota da substitutividade da jurisdição ecoou em toda a doutrina pós-chiovendiana no sentido de que no processo de conhecimento ocorre a substituição da atividade intelectual dos cidadãos no afirmar a existência da vontade concreta da lei. Apresentando uma distinção, Calamandrei frisou que o Estado se substitui apenas às partes do conflito.²³⁻²⁴

21 COLESANTI, Vittorio. *Studi tedeschi per una parte generale...*, p. 450.

22 CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano...*, p. 25.

23 CALAMANDREI, Piero. *Limite fra giurisdizione e amministrazione...*, p. 66. No sentido de que essa posição é mais defeituosa do que a de Chiovenda: ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 255, nota n. 5. Mas há quem prefira a posição de Calamandrei, pois a ideia de que o juiz substitui-se a todos os cidadãos apenas faria sentido no Estado de Natureza: VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 319.

24 Chiovenda e Calamandrei entendem que, no processo de execução, o órgão jurisdicional substitui-se ao executado. A tese é razoável quando se pensa nos meios expropriatórios, os quais operam mediante medidas de sub-rogação, mas é impréstável para as medidas coercitivas. Ainda que, nesse caso, o cumprimento da obrigação não seja espontâneo, ocorre sem a realização de qualquer ato material substitutivo por parte do Estado. Desse modo, não parece despropositado pensar que, no processo executivo, o Estado substitui-se ao exequente, subtraindo-lhe o poder de *manu militari* tomar o bem devido. Sem embargo, a doutrina inclina-se no sentido de que a execução forçada atua sub-rogando o obrigado: FAZZALARI, Elio. Tutela giurisdizionale dei diritti. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XLV. Milano: Giuffrè, 1992, p. 409; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 188.

Ainda que os vocábulos substitutividade e secundariedade sejam recorrentemente usados sem maior precisão, é possível diferenciá-los.

A substitutividade relaciona-se com a ideia de que o juiz vai fazer algo no lugar de alguém.²⁵ Como ensinou Satta: o Estado faz aquilo que a parte não fez.²⁶

Quando se fala que a jurisdição é uma atividade secundária, por sua vez, há duas interpretações possíveis.

Para Monteleone, essa expressão é usada para descrever a jurisdição em relação à função legislativa, à qual compete o primado de constituir o Direito. O processualista peninsular, no entanto, dissente dessa abordagem ao sublinhar que a jurisdição precede histórica e logicamente à atividade normativa genérica e abstrata.²⁷

Nada obstante, é majoritária a corrente que, ao estudar a secundariedade, refere-se ao fato de que uma atividade primária não foi realizada pelas partes e, por isso, o juiz atua supletivamente. Esse ponto foi percebido por Dinamarco quando averbou que substitutividade não significa subsidiariedade, de modo que nas ações necessárias, em virtude da impossibilidade de a situação jurídica ser alcançada pelas partes fora do processo, a jurisdição é uma atividade primária.²⁸

É o caso da ação anulatória de matrimônio, hipótese na qual a necessidade de se servir do processo não decorre de uma crise de cooperação, senão do fato de que a utilidade perseguida apenas pode ser obtida através de uma sentença que verifique a presença dos pressupostos previstos em lei. Nesse caso, a jurisdição não é instrumental em relação ao direito substancial, já que se apresenta como elemento constitutivo indispensável da *fattispecie* material, subordinando a produção de seus efeitos jurídicos.²⁹

É questionável que se possa falar em substituição a uma atividade alheia quando essa atividade é vedada ou juridicamente ineficaz se exercida. Ambos

25 CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza...*, p. 415.

26 SATTÀ, Salvatore. *Giurisdizione (nozione generale)...*, p. 218.

27 MONTELEONE, Girolamo. *Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 8ª ed. Milano: CEDAM, 2018, p. 3. Igualmente: LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia...*, p. 11.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil...*, p. 188. No sentido de que na ação penal condenatória não há secundariedade, pois, à vista do princípio *nulla poena sine iudicium*, não há uma atividade primária que evite o processo penal: PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale Civile* vol. 7, 1930, p. 71.

29 PROTO PISANI, Andrea. *I diritti e le tutele*. Napoli: ESI, 2008, p. 32.

os cônjuges querem anular o casamento, mas não podem atingir esse objetivo sem recorrer ao Judiciário, o qual atuará o direito de modo primário. Pode-se dizer que o juiz se substitui a alguém?

Essa indagação estende-se para todos os casos nos quais os efeitos da tutela jurisdicional não podem ser obtidos fora do processo. Mais três exemplos elucidam o argumento. O bem da vida entregue através da sentença declaratória é uma certeza jurídica que, em virtude da imutabilidade da coisa julgada, não se equipara ao ato particular de reconhecimento da obrigação.³⁰ A decisão mandamental contém um meio de coerção (ex: astreintes) que não pode ser imposto extrajudicialmente pelas partes. A interdição apenas é decretada se o juiz verificar a existência do suporte fático que autoriza a limitação da capacidade de agir. Há substitutividade nessas situações?

Entende-se, predominantemente, que não.

Só faz sentido cogitar de substituição quando as partes, diretamente, podem atingir o efeito jurídico desejado. Assim, nos processos necessários – penais e não penais – não há que se falar em substitutividade.³¹

Segni buscou salvar o critério da substitutividade asseverando que o mesmo não deve ser interpretado no sentido de que a sentença assume o lugar de um ato de terceiro ou que supre uma atividade que as partes poderiam ter realizado, senão no sentido de que o juiz se encontra fora da relação litigiosa.³²

A primeira observação a se fazer é que essa leitura não é clara em Chiovenda. Pelo contrário. Ao tratar do processo de execução, afirmou que quando se trata de uma vontade de lei que não possa realizar-se senão por órgãos públicos, não há atividade jurisdicional. E, coerentemente, afastou

30 De acordo com Invrea, em nenhuma situação se pode dizer que a atividade das partes provê um equivalente da imutabilidade decorrente da coisa julgada: INVREA, Francesco. *La servitù del giudicato...*, p. 223.

31 VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 319; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 33-34; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...*, p. 4; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil...*, p. 80; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 36; LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 188; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil...*, p. 109. No sentido de que existe uma essencial e genética incompatibilidade entre o papel do juiz e das partes, de sorte que se pode falar em substitutividade apenas em sentido atécnico e descritivo: MONTELEONE, Girolamo. *Diritto Processuale Civile...*, p. 13.

32 SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)...*, p. 988.

a jurisdicionalidade da execução penal.³³ Ora, se esse raciocínio vale para a execução penal, por que não se aplica para o processo de acerto do crime? E, *a fortiori*, para todos os processos de conhecimento nos quais as partes não podem *de per se* alcançar os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada?

É impossível, entretanto, saber a *voluntas chiovendiana*.

Em tributo a um postulado de caridade interpretativa que recomenda adotar uma teoria em sua versão mais defensável, aceite-se *ad argumentandum tantum* que a substitutividade deve ser vista segundo a perspectiva não de Chiovenda, senão de Segni. Nesse caso, assiste razão a Olivi quando ressaltou que também os atos administrativos de polícia também seriam substitutivos.³⁴

De mais a mais, Segni confundiu os conceitos de substitutividade e terceidade. Seu erro consistiu em ignorar que há jurisdicionalidade sem substitutividade (ex: jurisdição constitucional) e substitutividade sem jurisdicionalidade (ex: divergência entre agentes públicos composta pelo superior hierárquico).³⁵

Recorde-se que a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral tenha sido reconhecida e o julgamento do recurso extraordinário ou especial repetitivo (art. 998, parágrafo único, CPC). E a desistência ou o abandono do processo não impedem o exame de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, § 1º, CPC). No entanto, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais de apelação, não se aplicará ao recorrente/parte, mas apenas aos recursos/processos sobrestados.³⁶⁻³⁷

33 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 297.

34 OLIVI, Beniamino. *Note sul concetto di giurisdizione...*, p. 50. Igualmente: “(...) di più, anche nell’amministrazione l’azione può essere rivolta a sostituire un’attività altrui, talché l’elemento della mera sostituzione di attività non è di per sé sufficiente a differenziare giurisdizione ed amministrazione”. (MICHELI, Gian Antonio. *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria...*, p. 32).

35 Reconhecendo que há atividade substitutiva nas relações internas da Administração Pública: RANELLETTI, Oreste. *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione...*, p. 19; GALLI, Bindo. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 172.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado...*, p. 1077; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil...*, p. 1430.

37 Esse modelo assemelha-se àquele vigente nos países que adotam um controle concentrado de constitucionalidade suscitado através da arguição prejudicial de constitucionalidade pelo juízo *a quo*. Veja-se que na Itália, v.g., o art. 22 das *Norme integrative per*

Subjacente ao julgamento não há um conflito concreto de interesses, de modo que não se pode dizer que o Judiciário se substitui às partes do recurso, para as quais o que vale é a decisão do tribunal *a quo*. Pode-se argumentar que, nessa hipótese, a substituição ocorre em relação aos terceiros com recursos sobrestados. Mas aí o golpe à doutrina de Chiovenda é fatal: para ele a jurisdição consiste na afirmação de uma vontade da lei “concernente às partes”.³⁸

Impende assinalar outras situações em que não se pode falar em substitutividade: (i) quando se profere uma sentença terminativa (art. 485, CPC), não se declara quem tem razão no plano do direito material, de forma que o Estado não substitui a atividade intelectual das partes pela própria; (ii) a decisão sobre questões processuais, que dizem respeito à atividade do juiz (*v.g.*, condições da ação, pressupostos processuais, suspeição), não substitui uma atuação primária das partes; (iii) impossível se cogitar de substituição na decisão mandamental, pois se pratica um ato indutivo (ex: ameaça de prisão) que não pode ser imposto pelas partes,³⁹ (iv) no processo estruturante pretende-se conformar o comportamento futuro de uma instituição e, por isso, por meio de uma decisão que é um *mix* adjudicativo, administrativo e legislativo, elabora-se *ex novo* um plano de ação contínuo, assemelhando-se o juiz a um planejador de políticas públicas.⁴⁰

Por último, registre-se que para Albuquerque Rocha a característica da substitutividade é repetida sem senso crítico e padece de um “equivoco básico”.

Partindo de premissas contratualistas, o autor sustenta que estudos a respeito da origem do Estado mostram que se trata de uma criação que não possui nenhuma competência imanente. À vista disso, as funções administrativa, legislativa e jurisdicional são primariamente atividades dos indivíduos que o Estado absorveu e, por conseguinte, todas substitutivas de atividades que o homem realizava no Estado de Natureza. O homem criava regras de conduta, administrava interesses coletivos e julgava controvérsias,

i giudizi davanti alla Corte Costituzionale prevê que a extinção por qualquer motivo do processo no qual foi suscitado o incidente não afeta o julgamento da questão constitucional. Confira-se: CAPPELLETTI, Mauro. *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale...*, p. 152.

38 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii...*, p. 297.

39 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência...*, p. 36.

40 DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University, 1986, p. 237.

atividades essas que, após a celebração do contrato social, o Estado avocou indistintamente para si.⁴¹

4.4 A SENTENÇA É DECLARATÓRIA DE DIREITOS PREEXISTENTES?

Para a doutrina clássica, a jurisdição declara direitos preexistentes, o que consiste em uma consequência da adoção da teoria dualista do ordenamento jurídico. Por outro lado, a doutrina moderna tende a admitir a natureza criativa da jurisprudência, o que, por sua vez, vincula-se com a teoria monista do ordenamento jurídico.

É nodal perceber que as teorias da interpretação jurídica são a ponte entre as teorias do ordenamento jurídico e as teorias da jurisdição. Como o Direito apenas se aplica interpretativamente,⁴² não se pode migrar de uma afirmação do plano abstrato (ordenamento jurídico) para o concreto (sentença) sem se passar pela interpretação. Ou seja, não é logicamente possível partir de uma teoria – dualista ou monista – do ordenamento jurídico (ponto de partida) e se chegar em uma teoria – declaratória ou constitutiva – da jurisdição (ponto de chegada) sem se passar pela análise do modo como se aplica o Direito.

Quais são esses caminhos?

O que vincula a teoria dualista do ordenamento jurídico e a teoria declaratória da jurisdição é a teoria cognitivista da interpretação. E o que liga a teoria monista do ordenamento jurídico e a teoria constitutiva da jurisdição é a teoria cética da interpretação.

41 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo...* p. 92. Igualmente: VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione...*, p. 319. Sob um ângulo diverso colocou-se Rossi, para quem não se pode falar em substitutividade como característica da jurisdição, já que a aplicação da sanção prevista no imperativo secundário da norma é uma função privativa do Estado. Essa atividade tem um escopo diverso daquela devida pela parte inadimplente, pois não tende à atuação do preceito que esta última deveria ter observado (obrigação primária), mas sim da sanção que se tornou aplicável em virtude do descumprimento daquele preceito (obrigação derivada). Nesse fluxo de ideias, é de se refutar a tese, de matriz lockeana, no sentido de que os homens exerciam jurisdição no Estado de Natureza, visto que aplicar o Direito, conforme seu próprio juízo, constitui exercício de autotutela, não de jurisdição. Confira-se: ROSSI, Lanciotto. *La funzione del giudice nel sistema...*, p. 255 ss.

42 BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Catanzaro: Rubbertino, 2002, *passim*.

4.4.1 Teoria cognitivista da interpretação

De acordo com a teoria cognitivista, a interpretação consiste na atividade de individualização de um significado preexistente, de maneira que o juiz revela a norma jurídica que incidiu antes do momento aplicativo.⁴³

Segundo seus adeptos, a interpretação situa-se precipuamente – para alguns, exclusivamente – no plano da *cognitio*, pois a lei é autossuficiente para regular o caso concreto. Na esteira dessa teoria, a pandectística adotou uma metodologia formalista, propugnando a existência de uma resposta judicial correta com base em um sistema de regras baseado em inferências lógicas.⁴⁴

4.4.2 Teoria cética da interpretação

A teoria cética nasceu como uma crítica ao formalismo fundado na premissa de que o Direito fornece respostas unívocas para os problemas jurídicos. Assim, à sua base está a ideia de que, antes da interpretação, o texto normativo exprime em estado de potência uma pluralidade de significados válidos.⁴⁵

43 “Quando ele (intérprete) intervém, já encontra uma realidade consumada – o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, o significado axiológico desta e, enfim, a norma concreta que brotou de encontro do fato com a norma” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo Civil Moderno*. Tomo. 1. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84-85).

44 “Infatti i pandettisti del diciannovesimo secolo procedevano dal presupposto che il diritto costituiva un sistema chiuso di norme e principi generali, sulla cui base si poteva arrivare alla corretta decisione dei casi singoli mediante deduzioni puramente logiche. Ogni giudizio era dunque un atto di cognizione scientifica, ed ogni giudice aveva il compito di trovare la sola decisione corretta”. (ZIMMERMANN, Reinhard. *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue base storiche)*. Rivista di Diritto Civile vol. 47, 2001, p. 757)

45 A literatura a respeito da insuficiência da teoria cognitivista da interpretação é interminável: GIOVANNI, Tarello. *L'interpretazione della legge...*, p. 9; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 8; TARUFFO, Michele. La Corte de Cassazione e la legge. *Il vertice ambíguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 78; MARINELLI, Vincenzo. Il problema dell'ermeneutica giudiziaria. *Rivista Analisi e diritto* 1998, p. 153; DICIOTTI, Enrico. L'ambigua alternativa fra cognitivismo e scetticismo interpretativo. *Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali dell'Università degli Studi di Siena*. Working Paper n. 45, 2003, p. 5; BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 8 ss; ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 34; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes...*, p. 63; BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria

Inexiste uma relação biunívoca entre enunciado prescritivo e norma jurídica, de forma que apenas quando se encerra a atividade interpretativa é que exsurge a disciplina da controvérsia. Desse modo, o intérprete escolhe um entre os significados que decorrem dos enunciados prescritivos. Não há um significado *próprio* ou *objetivo* das palavras. A norma jurídica a ser aplicada ao caso é o produto da interpretação. Ela surge após a interpretação. A norma não é o objeto, senão o *resultado* da interpretação.⁴⁶

Nesse contexto, a lei é uma obra incompleta e a interpretação revela um horizonte que conhece múltiplas alternativas. O Direito não se descortina como uma mística adivinhação, já que toda interpretação é criativa: os juízes produzem Direito em consequência da interpretação.⁴⁷ O processo, enfim, é semanticamente construtivo – permeado de juízos valorativos, escolhas e influências extratextuais –, jamais descritivo ou dedutivamente lógico.⁴⁸

Por fim, uma observação.

Afirmar que o juiz não é *a boca da lei* não importa adesão à tese da jurisprudência sociológica no sentido de que não há um Direito extraível das leis, costumes ou jurisprudência. Uma coisa é advertir que a interpretação judicial é criativa. Outra, advogar que o Direito é um produto exclusivo da atividade dos juízes. Em outras palavras, a constatação de que o sentido é construído pelo intérprete não significa que inexistam traços de significação mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Por essa razão, diz-se que o intérprete *reconstrói* sentidos à vista de núcleos de significação preexistentes ao processo interpretativo.⁴⁹

4.4.3 Teoria mista da interpretação

No meio do caminho entre as teorias cognitivista e cética situa-se a teoria mista da interpretação, para a qual, apesar de o Direito ser fundamentalmente indeterminado, isso não significa que ele seja permeado por uma

giusrealista dell'interpretazione. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (a cura di). *Analisi e Diritto 2014*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 13.

46 GUASTINI, Riccardo. Osservazioni in margini (Sentenza giudiziaria e creazione di diritto). In: _____; COMANDUCCI, Paolo. (a cura di). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1987, p. 330; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Laterza, 1999, p. 76, 147; BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica...*, p. 22.

47 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes...*, p. 25.

48 CAPPELLETTI, Mauro. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza...*, p. 781.

49 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 24-25.

indeterminação absoluta. Para essa teoria, alguns casos encontram-se em uma região de certeza semântica, de forma que aí a atividade do juiz seria meramente declaratória de uma única solução correta.

O maior expositor dessa posição é Hart, para quem as normas jurídicas têm uma *zona de penumbra* na qual o juiz escolhe entre alternativas igualmente válidas e, para tanto, exerce um poder criativo. Assim, existem situações em que a solução do conflito é declaratória, e outras em que não.⁵⁰

4.4.4 Relação entre teorias do ordenamento jurídico, teorias da interpretação e teorias da jurisdição

As teorias do ordenamento jurídico (monismo e dualismo), da interpretação (cognitivista, cética e mista) e da jurisdição (declaratória e constitutiva) são frequentemente avaliadas do ponto de vista de seu significado ideológico e do seu valor científico. Para os fins do presente estudo, entretanto, é suficiente considerar as consequências práticas dessas teorias.

Sustentar a teoria dualista do ordenamento, a teoria cognitivista da interpretação e a natureza declaratória da jurisdição significa afirmar que a norma jurídica a ser aplicada incide previamente ao processo. O denominador comum a essas teorias é a ideia de que, quando ocorre na vida real uma situação que se enquadra na moldura normativa, a vontade da lei abstrata e hipotética transforma-se automaticamente em uma vontade de lei concreta e específica. O juiz apenas revelaria a prévia incidência normativa.

O problema é que o fenômeno da incidência normativa não é sempre prévio ao processo. Por isso, essas teorias mostram-se incapazes de salvaguardar relevantes necessidades concretas de direito substancial.

Essa questão será abordada no capítulo 9, momento no qual será delineada a jurisdição consultiva, a qual, resumidamente, consiste em uma resposta do Poder Judiciário a uma expectativa futura de incidência. Como o cerne da jurisdição consultiva não é um *juízo histórico de correspondência* entre uma *fattispecie concreta* e uma *fattispecie legal*, senão um *juízo de correspondência eventual* posterior à sentença, a exigência meramente

50 HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 166. Conforme: STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (coords.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

teórica de que a sentença seja declaratória de um direito preexistente mostra-se incompatível com a exigência prática de que necessidades de tutela relacionadas com expectativas normativas de incidência futura encontrem amparo no Estado-juiz.

4.5 A COISA JULGADA COMO UMA OPÇÃO POLÍTICA

Antes de analisar a coisa julgada como característica essencial da jurisdição é preciso fazer alguns registros.

A postura ora defendida não importa adesão ao que ficou conhecido como tese da relativização da coisa julgada. Reconhecer que a coisa julgada é um elemento inespecífico da jurisdição não quer dizer que, nas situações em que o ordenamento revista a decisão com esse manto de definitividade e indiscutibilidade, possa-se suprimi-lo fora das hipóteses taxativas de rescisão.

Importante anotar, ainda, opinião de grande tomo no sentido de que não se pode determinar a natureza de um instituto pelo seu efeito, o qual lhe é externo e, por isso, não pode defini-lo. O efeito é algo que está fora daquilo que o produz, de modo que a indiscutibilidade da *res iudicanda* produzida pela sentença não se confunde ou faz parte de seu conteúdo.⁵¹

Bem analisada a questão, a coisa julgada não é um valor absoluto e nem intrínseca à jurisdição: há exercício de função jurisdicional antes de se produzir a coisa julgada e independente dela. Cuida-se de apenas um elemento empregado pela ordem jurídica na medida em que produza resultados adequados ao fim da jurisdição.⁵² Em realidade, há jurisdição sem

51 SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)*..., p. 988; CAPPELLETTI, Mauro. Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale* vol. 11, 1956, p. 140. Além disso, há quem estenda a coisa julgada aos atos administrativos: FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 245. Ainda que a questão não possa ser enfrentada neste estudo, prevalece o entendimento de que a decisão proferida no contencioso tributário federal é definitiva para o Fisco à luz do art. 45 do Decreto n. 70.235/72. Com citação de vasta doutrina: SILVA, Sérgio André R. G. da. Questionamento judicial, pela Fazenda Nacional, de decisão administrativa final – análise do Parecer PGFN/CRJ n. 1.087/2004. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 109, out./2004, p. 92 ss.

52 CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 274; TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*..., p. 25; VALLES, Arnaldo de. *Il concetto di giurisdizione*..., p. 329; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*..., p. 19.

coisa julgada, ainda que não haja coisa julgada fora da jurisdição.⁵³ Couture chega a idêntica conclusão, conforme se depreende da seguinte passagem: “La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica”.⁵⁴

A seguir serão expostas situações nas quais resulta evidente por que a coisa julgada não pode ser vista como uma regra indispensável ao exercício da jurisdição.

4.5.1 Inexistência de coisa julgada na “jurisdição clássica”

Dentro do que, sem maior apuro terminológico, pode-se compreender como “jurisdição clássica”, a coisa julgada é uma situação jurídica estranha aos processos executivo⁵⁵ e cautelar.⁵⁶

Da mesma forma, quando a sentença é terminativa, opera apenas o que se convencionou chamar de coisa julgada formal, mas não há dúvidas de que nesse caso presta-se jurisdição. É cediço que Liebman, no caso da sentença que reconhece a ausência de condições da ação, afirmou que a parte não teria exercido o direito de ação e, por conseguinte, não se poderia falar em atividade jurisdicional. Sem embargo, tornou-se predominante a tese no sentido de que tais condições são requisitos para o *regular exercício* do direito de ação, não para a sua *existência*.⁵⁷ Ainda que assim não fora, há situações em que a sentença terminativa não se fundamenta na ausência de condições da ação e a sua jurisdicionalidade é indiscutível.

Por derradeiro, diz-se que a sentença penal condenatória não faz coisa julgada na medida em que sujeita *sine dia* à revisão criminal. Isso, por si

53 GODINHO, Robson Renault. *Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa...*, p. 41.

54 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, p. 332.

55 RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale...*, p. 7; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil...*, p. 81; ROSE, Cristianne FonticIELha de. *O conceito de jurisdição...*, p. 95. Para Allorio, principal expoente da tese de que a coisa julgada é um efeito inseparável da jurisdição, o processo executivo tem natureza jurisdicional apenas por conexão a um processo de conhecimento (ALLORIO, Enrico. *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria...*, p. 17). Contudo, é desenganadamente ilógico condicionar a natureza de um processo à oposição de uma ação incidental (embargos à execução).

56 TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 177; TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 18.

57 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 124; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo...*, p. 126.

só, já bastaria para afastar a ideia de que a imutabilidade é um atributo da jurisdição. E, após a ratificação pelo Brasil do Tratado de Roma de 1998, o caráter definitivo da sentença absolutória foi, sem sombra de dúvida, relativizado, visto que o art. 20 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê que é possível se afastar a coisa julgada estatal a fim de se processar o réu pelo mesmo fato perante a justiça internacional.

4.5.2 Coisa julgada e sumarização da tutela jurisdicional

Segundo o paradigma racionalista que está à base da tradição do Direito Processual, as ciências humanas submetem-se à epistemologia das ciências exatas, de forma que o juiz, valendo-se da razão, é capaz de atingir a verdade absoluta no processo. Consequentemente, essa ideologia é refratária aos juízos de probabilidade, pois a *vontade da lei* apenas pode ser revelada mediante um processo exauriente de cognição.⁵⁸

A consequência desse modo de pensar é que o tributo pago à segurança jurídica sacrificou a efetividade da tutela jurisdicional. Foi preciso, então, reajustar o equilíbrio entre as normas que tutelam os dois maiores valores do Direito, quais sejam, a certeza e a justiça. À vista disso, assistiu-se à proliferação de técnicas que autorizam a resolução da controvérsia com base em um juízo sumário de cognição que renuncia à definitividade do processo plenário.⁵⁹ É nesse contexto que se enquadra a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente prevista no art. 304 do Código de Processo Civil, a qual outorga efeitos executivos a partir de uma técnica de sumarização do procedimento.

Em outro trabalho, os contornos deste instituto já foram analisados. É valioso descrever sumariamente as conclusões que se alcançou a respeito da distinção entre a estabilidade da tutela provisória e a coisa julgada: (i) a estabilidade recai sobre os efeitos da decisão, ao passo que a indiscutibilidade da coisa julgada refere-se ao comando sentencial; (ii) inexistente uma eficácia positiva da estabilização; (iii) a estabilidade não incide, em nenhuma hipótese,

58 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 89-129.

59 CAPONI, Remo. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile* n. 4, 2004, p. 1.379; MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento com autorità di giudicato. *Rivista di Diritto Processuale* n. 3, 2006, p. 872; RICCI, Edoardo. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale* n. 1, 2003, p. 215.

sobre a resolução da questão prejudicial (art. 503, § 1º, CPC) da qual depende o julgamento da tutela provisória; (iv) não se aplica o princípio do deduzido e do dedutível (art. 508, CPC) no regime da estabilidade, facultando-se a alegação, na ação exauriente, de argumento não acolhido ou suscitado no processo originário; (v) a *causa petendi* da ação autônoma de impugnação voltada a rediscutir a relação de direito material é de fundamentação livre, ao passo que o rol do art. 966 do Código de Processo Civil, que traz as hipóteses de rescindibilidade, é taxativo.⁶⁰

4.5.3 Inexistência de coisa julgada no julgamento de improcedência proferido no controle concentrado de constitucionalidade

A coisa julgada responde à exigência de, em determinadas situações, fazer prevalecer a segurança jurídica sobre outros valores. Assim, quando o conflito de interesses versa questões patrimoniais, sacrifica-se a justiça no altar da certeza. Por outro lado, quando o que está em jogo é o direito de liberdade, a sentença penal condenatória sujeita-se *sine die* à revisão criminal.

Esse raciocínio aplica-se à defesa da Constituição.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que julga improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade não produz coisa julgada, porquanto é possível reapreciar no futuro o contraste com as escolhas fundamentais do Poder Constituinte. Veja-se que não há limitações subjetivas (qualquer legitimado pode repropor a demanda) e objetivas (a *causa petendi* pode ser reiterada) na ação que objetiva colocar novamente em discussão a inconstitucionalidade da lei.⁶¹

4.5.4 Diálogos institucionais, “*notwithstanding clause*” e a última palavra provisória

No direito público, é conhecida a polarização entre Kelsen e Schmitt a respeito da instituição que deve exercer a fiscalização de constitucionalidade das leis. Enquanto aquele foi defensor de um tribunal constitucional como guardião da Constituição, este último sustentou que essa tutela deveria competir ao presidente da República.

60 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Estabilidade Soberana da Tutela Provisória e Coisa Julgada: uma proposta de sistematização. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n° 79, jul.-ago./2017, *passim*.

61 CAPPELLETTI, Mauro. *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale...*, p. 149.