



Obras de
J. J. Calmon de Passos
Clássicos

Organizadores:
Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga

José Joaquim Calmon de Passos

DA JURISDIÇÃO

Atualização:
Antonio Adonias A. Bastos

2.^a
edição

Revista e atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br



NOÇÕES PRÉVIAS

1. O DIREITO

O homem é um animal social. Essa afirmativa, velha de séculos, diz-nos que a vida humana é vivência e é convivência, coexistência.

Sendo uma personalidade social o homem é também uma personalidade íntima, uma unidade, um eu que se afirma e resiste a sua absorção pelo grupo.

Forçando êsse aspecto, tentou-se a originalidade do instinto insocial. “Só voluntariamente o homem é um animal político. O macho humano associa-se a seus companheiros menos pelo despejo do que pelo hábito, pela imitação ou fôrça das circunstâncias. Associa-se porque o isolamento o põe em perigo e porque muitas coisas há que só podem ser feitas de cooperação; mas no fundo é um animal solitário, que herôicamente se retesa contra o mundo¹”.

1. WILL DURANT, “História da Civilização” I.^a parte, Tomo I, pg. 25.

Em síntese, a realidade é a do *inevitável* viver convivendo.

A convivência humana implica na existência do direito, que é a forma de vida social, como se expressa Legaz y Lacambra, não uma forma qualquer que se possa livremente prescindir, sim uma forma necessária, com necessidade ontológica².

Desde o momento em que há homens em relações mútuas, existem relações jurídicas entre eles. *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*. Onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o direito.

Mas a vida social do homem não é toda ela disciplinada, nem somente disciplinada pelo direito. Ao lado das normas jurídicas, outras existem. Caracterizam-se aquelas, entretanto, por sua heteronomia: prescindem, para que lhe valham, da adesão dos sujeitos. Por sua bilateralidade: “a relação jurídica apresenta sempre a característica de unir duas pessoas entre si, em razão de algo que atribui às duas certo comportamento e certas exigibilidades”³. Por sua coercibilidade: seu cumprimento pode ser imposto mediante o emprêgo da força, é exigível por meio de execução forçada.

2. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Entendido o direito como esse conjunto de regras disciplinadoras das relações dos indivíduos no grupo social, com os característicos antes apontados, de logo ressalta que tais normas, por sua própria natureza, são violáveis.

“Ainda que à primeira vista possa parecer estranho, ensina Del Vecchio, o direito é *essencialmente violável* e existe exatamente graças à sua violabilidade. Se faltasse a possibilidade do

2. “Introducción a la ciencia del derecho”, pg. 154.

3. MIGUEL REALE, “Filosofia do Direito” n. 150.

ilícito, não teria sentido a afirmação do direito, porque não se poderia constituir uma distinção entre as ações justas e injustas, e não haveria lugar para uma regulamentação da conduta”⁴.

Contudo, se o direito é essencialmente violável, a essa violação não se pode quedar indiferente o grupo social, porque “se o direito tem por condição para seu aparecimento a co-associação dos homens, por outro lado, a salvaguarda dêsse direito nas relações entre os cidadãos é elemento indispensável para que se mantenha e prospere a convivência humana”⁵.

Essa a razão de o Estado haver feito sua, através de um longo processo histórico, como veremos adiante, a tarefa de restabelecer a ordem jurídica quando violada, ou mesmo de preservá-la, se apenas ameaçada de violação, ou simplesmente de integrá-la.

Os princípios e as normas que disciplinam essa atividade do Estado e seus pressupostos constituem o direito processual civil.

3. TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO

Três noções fundamentais, por conseguinte, se contêm naquela de direito processual civil: a do Estado, integrando, preservando ou reintegrando a ordem jurídica (jurisdição); a dos cidadãos, peticionando ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional (ação); e a das formas pelas quais uma e outra atividades se efetivam (processo).

Jurisdição, ação e processo, consequentemente, constituem o que se denomina de trilogia estrutural do processo civil e, ao mesmo tempo, sintetizam seu conteúdo.

4. “Filosofia del Derecho”, pg. 316.

5. MORTARA, “Manuale della procedura civile, I, pg. 2.

Se, na ordem genético-histórica, é provável que a ação tenha precedido ao processo, e ambos à jurisdição, de um ponto de vista lógico-doutrinário, como se expressa Podetti⁶ o primeiro é a jurisdição (órgão função), o segundo a ação (nexo entre o órgão e as partes do processo) e por último o processo propriamente dito, que se faz possível e se desenvolve graças à conjugação harmônica da jurisdição e da ação.

6. "Trilogia estructural del proceso" – Rev. de derecho procesal, n.º II, 1944, pg. 116.



A JURISDIÇÃO

4. A DEFESA PRIVADA COMO FORMA DE TUTELA DOS DIREITOS

Primitivamente, quando não havia ainda uma autoridade superior capaz de decidir os conflitos entre os componentes do grupo social e de impor-lhes esta decisão, êsses conflitos, podemos imaginá-lo, ou encontravam solução pelo acôrdo entre os contendores, estabelecendo-se qual dos interesses em choque deveria prevalecer, ou se resolviam com a luta entre os interessados, procurando cada qual dêles fazer prevalecer sua pretensão sôbre o bem em disputa, mediante o emprêgo da força privada.

Ensina Calamandrei⁷ que assim como hoje, por faltar até agora um poder supra-estatal capaz de impor, com a força, as próprias decisões aos Estados, a *extrema ratio* para resolver os conflitos entre os Estados é a guerra, isto é, o recurso à violência armada, assim, na coassociação primitiva, o único meio de defesa do indivíduo (ou do grupo) é o emprêgo da força material,

7. "Instituciones de derecho processal civil", pg. 145.

contra o competidor, para vencê-lo, a chamada *autodefesa* ou *defesa privada*, que transforma todo conflito em luta aberta.

É fácil compreender, acrescenta êle, que o emprêgo da fôrça privada, como meio de defesa do direito, constitui, na realidade, a negação de todo direito e de tôda convivência social pacífica: deixar aos próprios interessados a incumbência de resolverem por si só os próprios conflitos, é o mesmo que excluir-se a possibilidade de uma decisão imparcial, uma vez que ninguém pode ser juiz em causa própria. E significa, além disso, a vitória da prepotência sôbre a justiça, pois que onde a decisão do conflito se entrega à fôrça dos competidores, o mais forte têm sempre razão.

Portanto, a necessidade de pacificar o grupo e restabelecer, em benefício dêle, a ordem jurídica ameaçada ou violada, levou o Estado a iniciar sua intervenção no campo da administração da justiça, podendo-se dizer que *“a história da luta contra a autodefesa é a história do Estado e da própria civilização humana”*.

5. LIMITAÇÕES À AUTODEFESA

O Estado, na sua luta contra a autodefesa, começou por discipliná-la e limitá-la para depois interditá-la de modo absoluto.

Às vezes, como no antigo processo germânico, simplesmente se policiava ou fiscalizava a luta entre os contendores, não se proibindo o uso de armas como forma de solução dos conflitos individuais.

Outras vêzes se exigia dos contendores a submissão ao julgamento de um árbitro que decidiria sôbre qual dos licitantes estaria com a razão sòmente a êste sendo lícito o emprêgo da fôrça.

Em outras civilizações, começa-se por interditar a autodefesa com relação a certas categorias de relações, e essa proibição parcial se vai distendendo até se converter em proibição de ordem geral, sòmente derogável em casos excepcionais.

A primeira proibição com caráter geral é encontrada no direito romano da idade imperial, no decreto de Marco Aurélio – “*decretum Divi Marci*” – que castiga com a perda do direito o credor que, sem recorrer ao juiz, faz-se pagar a dívida com o emprêgo da violência (Dig. XLVIII, 7,2), e em um rescrito posterior dos imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, que estendeu a proibição também aos direitos reais.

Essa proibição de ordem geral, estabelecida pelo direito romano, desapareceu no período medieval e na idade moderna, quando prevaleceram as concepções de origem germânica – o duelo e a vingança – como forma de solução dos conflitos individuais.

As legislações contemporâneas, entretanto, sob a influência do direito canônico, restabeleceram a proibição com caráter geral e absoluto “como uma das premissas fundamentais sôbre que assentam não só o ordenamento da justiça, mas também, com caráter absoluto, o edifício constitucional do Estado de direito⁸”.

Partimos, dessarte, da autodefesa como única forma de proteção aos direitos, para chegarmos ao extremo oposto, em que a defesa privada se constituiu um delito, entendendo-se o emprêgo da força privada para a tutela dos direitos como indesejável à comunidade (art. 345 do C. Penal).

Contudo, situações excepcionais existem que, ainda hoje, legitimam a defesa privada. Atendendo à relevância do direito ameaçado e ao fato da impossibilidade de o Estado acudir, a tempo ou proveitosamente, em favor de seu titular, dá-se-lhe o direito de, com o emprêgo dos seus próprios meios, impedir a violação injusta.

Ora a autodefesa se reveste de caráter preventivo, como ocorre no estado de necessidade, quando alguém destrói ou

8. CALAMANDREI, ob. cit., pg. 147.

deteriora um bem alheio, para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (art. 20, V do Código Penal e 160, II do C. Civil).

Ora a autodefesa é reparatória, como na legítima defesa, quando se repele agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando-se moderadamente dos meios necessários (art. 21 do C. Penal e 160, I do C. Civil). Inclusive se pode falar em autodefesa passiva, como quis Emilio Betti (9)⁹ e que ocorreria na retenção da coisa pelo possuidor de boa-fé, ou pelo depositário, quando existentes benfeitorias ou gastos feitos e que devam ser indenizados de acôrdo com a lei (art. 516 e 1279 do C. Civil).

Por outro lado, nem todos os conflitos de interêsse são compostos, necessariamente, através da atividade dos órgãos jurisdicionais do Estado. Há as composições amigáveis, que se revestem de formas várias, destacando-se dentre elas a transação, que pressupõe um conflito já trazido ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais.

6. A JURISDIÇÃO

Quanto mais se restringia o âmbito da defesa privada, tanto mais se ampliava, logicamente, a ingerência do Estado na solução dos conflitos entre os componentes do grupo social.

A idéia fundamental, ensina Calamandrei¹⁰, que se encontra nos mais remotos albores da civilização e que constitui o germe de todos os institutos judiciais posteriores, é a de que, para

9. "Tratatto di diritto processuale civile italiano" §4.º.

10. Ob. cit., pg. 148/149.

alcançar uma solução pacífica do conflito, se faz indispensável subtraí-lo às partes (que, estando ligadas ao próprio interesse, seriam incapazes de apreciar com serenidade as razões do adversário: *Nemo iudex in rem sua*) e confiar sua decisão a um terceiro *estranho* ao conflito, que pela ausência de interesse no caso pode *imparcialmente* decidi-lo.

Nesta idéia da interposição entre as partes, conclui êle, de um terceiro estranho ao conflito, que possa decidi-lo *imparcialmente*, encontra-se o germe de todos os institutos judiciais.

De início, o terceiro imparcial é um árbitro ao qual os contendores recorrem unicamente na hipótese de estarem acordes em preferir a solução arbitral ao uso da força privada (arbitragem *facultativa*). Depois, essa arbitragem se faz *obrigatória*, inclusive tendo as decisões dos árbitros a força do Estado a seu serviço, para que se efetivem. Finalmente é o Estado, mediante seus órgãos próprios, quem assume o papel de terceiro imparcial, atribuindo-se, com exclusividade, o poder de administrar justiça, integrando, preservando ou restabelecendo a ordem jurídica.

Essa função de que o Estado se fêz monopolizador é a jurisdição – realização autoritativa do direito.

7. CONTEÚDO

Se, etimologicamente, jurisdição significa dizer o direito (*júris e dictio*), na realidade dos fatos o seu conteúdo é mais amplo, porquanto não se limita ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, incluindo também a execução do julgado. Pela jurisdição o direito não é apenas declarado, êle é aplicado e aplicado autoritativamente.

Já Donellus, no seu livro *Opera omnia*, definia com exatidão: “*jurisdictio est potestas de re cognoscendo judicandique cum judicati exequendi potestate conjuncta*” – a jurisdição é o poder de conhecer, de julgar e de executar o julgado.

A jurisdição, portanto, compreende em si três faculdades: de instrução, de decisão e de coerção.

Pela primeira, verifica o juiz a existência dos pressupostos de fato que importam na incidência da lei cuja aplicação lhe pedem. É o conhecimento da causa, a *notio* dos romanos.

Pela segunda, ele decide, julga, aplica o direito que incidiu. É o *judicium*.

Pela terceira, ele realiza o direito que aplicou. É a execução, o *imperium*.

Ao lado dessas três faculdades pode-se incluir a chamada faculdade de documentação, com a qual se dá a forma escrita, se documenta, com vistas a sua conservação e para que mereça fé, tudo quanto se desenrola perante os órgãos jurisdicionais durante a instrução e julgamento da causa e quando também de sua execução.

8. A FUNÇÃO JURISDICIONAL EM CONFRONTO COM AS DEMAIS FUNÇÕES DO ESTADO

Juntamente com a função jurisdicional exerce o Estado outras funções básicas – a função legislativa – o *jus dare* – pela qual fixa as normas reguladoras da atividade dos particulares e sua própria atividade; a função executiva – o *jus exequi* – execução das leis para obtenção das finalidades que se traçou, múltiplas e cada vez mais numerosas.

A) O CRITÉRIO ORGÂNICO

Distinguirem-se essas três funções de um ponto de vista puramente orgânico, chamando-se de atividade legislativa a que provém dos órgãos legislativos, atividade judiciária a que emana dos órgãos jurisdicionais e administrativa a que é exercida pelos órgãos executivos, será realizar-se mero jôgo de palavras,

nenhuma distinção se fazendo na realidade, porquanto fica sem resposta a indagação básica de qual seja a diferença de funções que corresponde, na distribuição dos órgãos, à diferença de nomes. Por outro lado, cumpre não esquecer que o órgão não é que caracteriza a função, sim esta que imprime caráter ao órgão.

Mesmo porque, na prática, a distribuição de funções às três categorias de órgãos é puramente aproximativa, havendo hipótese nas quais a um determinado órgão, pertencente, por sua denominação, a um dos ramos indicados, são confiadas atribuições que, funcionalmente, competiriam a órgãos de um ramo diverso. É o caso, por exemplo, das funções judicantes do Senado Federal, no julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, ou das funções administrativas dos juízes e tribunais, ou das funções legislativas (poder regulamentar) dos órgãos do Executivo.

B) O CRITÉRIO FORMAL

Também o critério formal deixaria o problema insolúvel. Diversificarem-se as três funções com vistas à forma de que se revestem os atos típicos de cada qual delas é distingui-las mal. Dizer-se que a atividade legislativa se exerce através de atos que tomam a forma de sentenças, é silenciar quanto ao problema fundamental, justamente o de se saber quando um ato deve revestir a forma de lei ou de sentença.

C) O CRITÉRIO SUBSTANCIAL

O único critério distintivo válido é o substancial, entendendo-se como substância ou conteúdo do ato os efeitos jurídicos que o mesmo tipicamente produz, independentemente do órgão que o realiza e da forma por que é realizado¹¹.

11. CALAMANDREI, ob. cit., pg. 107.

Dêse ponto de vista, a distinção entre função jurisdicional e função legislativa não apresenta dificuldades. A legislativa consiste no estabelecer novas normas jurídicas e a jurisdicional na aplicação aos casos concretos das normas já estabelecidas.

A atividade do legislador tem natureza *criadora*, estabelecendo êle aquelas normas jurídicas que atendem às necessidades sociais, sendo estas normas, por seu turno, *gerais e abstratas*, no sentido de que não regulam uma hipótese isolada, sim uma série de casos semelhantes e em número indefinido, nem disciplinam casos já ocorridos, sim possíveis de ocorrer no futuro.

A atividade jurisdicional, ao contrário, é *especial, concreta e declarativa*. Concreta e especial porque referente sempre a um caso singular, e declarativa porque se limita a declarar, a formular aquilo que a lei já continha. O ato jurisdicional não cria direito – declara-o (Calamandrei).

Já a distinção entre função jurisdicional e função executiva não apresenta a mesma tranquilidade e a mesma clareza, isso porque ambas, em última análise, são atividades de aplicação da lei.

Scialoja nega haja distinção perfeita entre as duas funções, admitindo unicamente exista uma prevalência que na administrativa seria do ato de vontade e na jurisdicional seria do ato de inteligência. Diz êle:

“Tanto nos atos de administração, quanto nos atos de jurisdição, pode-se, ordinariamente, descobrir um juízo lógico e um ato de vontade; mas o critério diferencial entre uma e outra categoria consiste no predomínio que nos atos administrativos se dá ao momento da vontade, e nos atos jurisdicionais ao momento do juízo. Por isso nos primeiros o juízo lógico não tem um valor autônomo e é considerado apenas como uma premissa, uma preparação do ato, enquanto nos segundos se tem em conta

precisamente o juízo, e o ato de vontade, que pode acompanhá-lo, considera-se unicamente como efeito ou consequência”¹².

Já para a maioria dos juristas as duas atividades se diferenciam perfeitamente, ainda quando divirjam na fixação dos seus caracteres distintivos.

Jurisdição e administração se distinguem, diz Simoncelli, quer quanto ao fim, quer quanto aos meios e aos efeitos. Quanto ao fim, porque o ato jurisdicional é predominantemente de utilidade privada e o administrativo de utilidade pública. Quanto aos meios, porque, enquanto ambos se fundam num silogismo, no ato jurisdicional a premissa maior é uma norma de lei, enquanto no ato administrativo é o fim e a utilidade do Estado, avaliados, no caso concreto, pela vontade livre do administrador. Quanto aos efeitos, porque o ato jurisdicional regularmente não produz efeitos senão entre as partes litigantes, enquanto o ato administrativo atua no interesse de todos os cidadãos e alcança a todos os interessados¹³.

D) A JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE SUBSTITUTIVA

A distinção fundamental, entretanto, quem a percebeu foi Chiovenda: o que distingue a função jurisdicional da função administrativa é ser aquela uma atividade substitutiva ou secundária, enquanto a atividade administrativa é uma atividade primária ou originária.

A atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição* – é a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia, a substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do particular pela atividade intelectual do juiz. Na sentença, o juiz substitui, para sempre, a todos, no afirmar existente

12. Giust. Amm., V. pg. 61.

13. “Lezioni di diritto giudiziario”, pgs. 119 e segs.

uma obrigação de pagar, de dar, de fazer ou não fazer, enfim no afirmar existente ou não existente de uma vontade concreta da lei *concernente* às partes¹⁴.

A atividade do administrador é diversa. “Administrar é uma atividade autônoma, imposta direta e imediatamente pela lei aos órgãos públicos. Como o proprietário age *por conta própria* nos limites do seu direito de propriedade, assim a administração pública, nos limites do seu poder, age por conta própria, não em lugar de outrem. Quando ela satisfaz, reconhece, reintegra ou repara direitos alheios, não faz coisa diferente do que faz o devedor pagando ao credor, ou o possuidor restituindo a coisa ao proprietário”¹⁵.

Advertiu Calamandrei, entretanto, que o entendimento da jurisdição como atividade substitutiva não serve para aquelas situações em que não há transgressão de um preceito de lei. E indaga: Como se pode falar de sanção quando a garantia jurisdicional consiste somente na constatação oficial de um preceito primário ainda não transgredido e que, todavia, é idôneo para ser voluntariamente cumprido por quem está obrigado a observá-lo (caso das ações declaratórias); e como se pode falar de substituição quando a garantia jurisdicional consiste na produção ou transformação de uma situação jurídica que as partes, ainda quando estivessem de acordo, não poderiam obtê-la por si sós, e para cuja obtenção a atividade do juiz é absolutamente indispensável, não podendo êle, nesta hipótese, ser tido como sub-rogado de uma atividade das partes?¹⁶.

Para êle, por conseguinte, a distinção entre função jurisdicional e função administrativa reside em que o objetivo do juiz é *fazer observar o direito pelas partes*, ao passo que o administrador

14. “Instituições de direito processual civil”, II, n.º 140.

15. CHIOVENDA, ob. cit., II, n.º 140.

16. Ob. cit., pg. 100.

observa o direito como um meio para conseguir fins de caráter social. Ou, como se expressa Alsina: o ato administrativo é *atividade técnica*, enquanto o ato jurisdicional é *atividade jurídica*. Com o ato jurisdicional se resolve a questão de saber que regra de direito é aplicável a um caso concreto e quais são as consequências que derivam de seu desconhecimento. Com o ato administrativo, pelo contrário, a questão de direito é um meio, porque a atividade administrativa está regulada pela lei, mas não constitui o seu fim¹⁷.

Não nos parece que a objeção invalide o critério chioven-diano.

Como advertiu Zanzucchi, em matéria de jurisdição, quando nos referimos a atividade substitutiva, queremos apenas expressar que o interesse realizado pelo Estado, com sua atividade jurisdicional, não é interesse desse mesmo Estado-juiz, mas interesse de outros sujeitos: o juiz é um sujeito estranho à relação jurídica objeto do processo, é um terceiro imparcial, e por isso ele se contrapõe às partes (os interessados na relação jurídica objeto do processo)¹⁸.

Por outro lado, nas reflexões a que nos demos sobre a matéria, concluímos que as restrições de Calamandrei improcedem ainda por outros fundamentos.

A aplicação da lei tanto pode ser voluntária, pelos sujeitos da relação jurídica, espontaneamente, como pode ocorrer sob coerção judiciária. Ali, aplicação voluntária. Aqui, aplicação autoritativa.

Geralmente as normas jurídicas, quando incidem, comportam aplicação voluntária.

17. Ob. cit., pg. 109.

18. "Diritto processuale civile", I, n.º 11, b.

Vejamos, por exemplo, o art. 573 do Código Civil.

Diz êle:

“O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu, ou sôbre êste deite goteiras, bem como a daquele em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço ou varanda”.

Se alguém constrói um edifício, nêle abrindo janela a menos de metro e meio de minha propriedade, posso reclamar o cumprimento da lei e o meu vizinho, constatando a existência da norma e sua incidência, poderá, voluntariamente, dar-lhe aplicação, ou seja, observar o preceito, fechando a janela, que abra contra as prescrições legais e, por conseguinte, com violência ao meu direito de propriedade.

Se meu vizinho se recusasse ao cumprimento voluntário de sua obrigação, isto é, a aplicar o direito que incidiu, eu solicitaria do Estado a aplicação autoritativa dos preceitos jurídicos atinentes à espécie.

Normas jurídicas existem, entretanto, cujos preceitos não podem ser aplicados voluntariamente. Ainda que os indivíduos constatem a incidência, não poderão aplicar o direito que incidiu, sendo apenas possível a aplicação autoritativa pelo Estado.

Socorramo-nos do mesmo Código Civil, antes utilizando, e nêle procuremos o art. 218, onde se diz: “E” também anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, êrro essencial sôbre a pessoa do outro cônjuge.

Art. 219 – considera-se êrro essencial sôbre a pessoa do outro cônjuge...

I –

II –

III –

IV – O defloramento da mulher, ignora pelo marido.