

## A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE JURISDIÇÃO E A CRIATIVIDADE JUDICIAL

Thatiane Ferreira FEDATO<sup>1</sup>  
Luiza Dower de MELO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a jurisdição em sua concepção contemporânea, sob a ótica da revolução hermenêutica jurídica, abordando a possibilidade e medida em que se admite a criatividade judicial e ressaltando os principais aspectos do processo moderno, com análise do garantismo processual e dos equivalentes jurisdicionais.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Concepção Contemporânea. Criatividade Judicial.

### 1 INTRODUÇÃO

Embora não se tenha o intuito de abordar todo o tema referente à jurisdição, tendo em vista seus diversos aspectos e reflexos jurídicos, o presente trabalho tem por finalidade a análise da concepção contemporânea de jurisdição e a criatividade judicial no processo civil brasileiro.

O conceito moderno de processo tem três principais acepções, quais sejam, processo de acordo com a teoria da norma jurídica (processo como o modo pelo qual se produz a norma jurídica), processo de acordo com a teoria do fato jurídico (processo como conjunto de atos e fatos e produção de um ato final) e processo de acordo com a eficácia jurídica (processo como conjunto de relações jurídicas).

Partindo do pressuposto de que o processo gera jurisprudência, e que a jurisprudência é uma das fontes do direito, atualmente tornou-se importante

---

<sup>1</sup> Advogada Formada pela Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. thatianefedato@gmail.com. Pós graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

<sup>2</sup> Discente do 8º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. luizadower@gmail.com. Estagiária da Caixa Econômica Federal.

ressaltar o reconhecimento da força normativa da jurisprudência, pois, dentre elas, há algumas que são espécie de norma jurídica, ou seja, de observância obrigatória.

A jurisprudência, que o nome tem origem do latim (*jus*: “justo” e *prudencia*: “prudência”), trata-se de um termo jurídico que traz um conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos próprios Tribunais.

Ligado ao processo e conseqüentemente a jurisprudência, os precedentes, que para o dicionário é um fato que justifica outro posterior, pode ser analisado sobre três importantes aspectos: o comum (produção do aparelho jurisdicional do Estado, envolvendo todas as decisões judiciais); o técnico-jurídico (ponto de vista mais específico, que envolve o conjunto de acórdãos emanados de um mesmo Tribunal, que alcança uma relevante corrente jurisprudencial) e, por fim, a compreensão da jurisprudência em um sentido máximo de eficácia (enunciados sumulados que passam a influenciar nas demais decisões judiciais).

Dentro dos vetores metodológicos para compreensão do direito processual civil, mais precisamente no processo pela teoria do direito, várias foram as transformações na teoria das fontes do direito e na hermenêutica jurídica. Na primeira, está presente a força normativa dos princípios, o reconhecimento da força normativa da jurisprudência e a técnica legislativa: cláusula geral. Na segunda, a distinção entre texto e norma jurídica, a constatação de que: “quem interpreta, cria” e, por fim, o surgimento da proporcionalidade e razoabilidade como limites à interpretação (DDIER JR, 2013).

## 2 JURIDIÇÃO

## 2.1 Conceito

O conceito de jurisdição sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo. Com a reconstrução da teoria geral do direito, a teoria geral do processo teve que se alterar para acompanhá-la. No latim, *juris* seria “direito”, e *dicere* seria “dizer”, ou seja, “dizer o direito”, poder que o Estado possui de aplicar o direito ao caso concreto, visando a solução de conflitos e interesses.

A jurisdição, então, trata-se de uma tarefa de complementação ao legislativo, uma fonte do direito, ao lado da lei, pois produz normas jurídicas.

Atualmente, a título de exemplo, não se pode confundir “texto de lei” com “norma legal”, isso porque texto é aquilo que se interpreta para então se extrair a norma.

Com as alterações sofridas, no tocante a “Fontes do Direito”, princípio se tornou espécie de norma jurídica, assim como as regras e, com base em um princípio, é possível postular um direito e decidir um caso fático (em busca de um “Estado Ideal”).

Segundo Fredie Didier Jr. (2013, p. 105), é possível, em uma concepção contemporânea de jurisdição, dizer que é uma função atribuída à terceiro (aspecto objetivo, exemplo de heterocomposição) imparcial (aspecto subjetivo), para, mediante um processo, reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas em juízo (devido processo legal), de modo imperativo e criativo, em decisão insuscetível de controle externo, e com aptidão para a coisa julgada para tornar-se definitivo o que foi decidido.

Assim, através do modo criativo de jurisdição, é possível ao judiciário atuar de forma interpretativa, através da norma jurídica geral do caso, mas essa interpretação sofrerá limites para observar os princípios que norteiam o processo, como a segurança jurídica, o devido processo legal, a proporcionalidade, a razoabilidade.

## 2.2 Equivalentes Jurisdicionais

Os equivalentes jurisdicionais são formas de solução de conflitos diversos da jurisdição, ou seja, toda e qualquer forma, que não a jurisdição, é chamada de equivalente jurisdicional.

Assim como a jurisdição, os equivalentes jurisdicionais também servem para solucionar conflitos e resguardar interesses, e como espécies de equivalentes jurisdicionais a lei prevê a autotutela, a autocomposição, e dentro da autocomposição, a mediação e a conciliação (DIDIER JR, 2013).

A autotutela é a solução do conflito imposta por um dos conflitantes, submetendo o outro, ou seja, é a forma de fazer justiça com as próprias mãos e pela força. Por esse motivo, em princípio, a autotutela é proibida, entretanto há casos residuais ainda permitidos. Como exemplo, a legítima defesa, o desforço incontínente, o direito de greve, o direito de retenção, o poder da administração de efetivar os próprios atos.

Já a autocomposição, considerada a melhor forma solução de conflito, trata-se de solução negocial do conflito, aonde o conflito é resolvido negocialmente pelos sujeitos do conflito. Pode concretizar-se de duas maneiras: transação e submissão e pode se dar extrajudicialmente ou judicialmente; sem a participação de terceiro ou com a sua participação. Como exemplo, a possibilidade de se fazer divórcio e inventários consensuais.

Os americanos costumam chamar a autocomposição de “alternative dispute resolution”, sendo toda forma de resolver o conflito sem ter que acessar o poder judiciário.

Na mediação, espécie de autocomposição, há um terceiro auxiliando da solução do conflito, o terceiro tem o propósito de facilitar um diálogo entre as partes, por isso é recomendada para os conflitos que envolvem relações jurídicas permanentes. Já na conciliação, o terceiro pode formular proposta, mais indicada

para os conflitos chamados de episódicos, aonde as partes não mantinham uma relação prévia.

Este tema passou a ter grande importância nos dias atuais, isso porque a resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça passou a regulamentar a mediação e a conciliação no Brasil, criando a “Política Nacional de tratamento Adequado aos Conflitos”.

### **3 GARANTISMO PROCESSUAL**

#### **3.1 Aspectos Processuais**

Há dois modelos de processo, o inquisitivo ou inquisitorial e o dispositivo ou adversarial. Trata-se de divisão realizada de acordo com a distribuição do trabalho entre o juiz e as partes (pela forma que eles se organizam entre as tarefas processuais).

O modelo inquisitivo é caracterizado pela predominância do papel do juiz no processo, na sua condução. O juiz nesse modelo é atuante. Já no modelo dispositivo, o juiz apenas terá o papel de julgar, atuando como expectador, sendo, as partes, protagonistas.

Alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr (2013), dizem que o problema está no fato de que nenhum sistema é puramente inquisitivo ou dispositivo, ou seja, há manifestações de ambos. Dessa forma, identifica-se o modelo de acordo com a predominância dessas manifestações.

O modelo de processo no Brasil, por exemplo, embora exista divergências, se aproxima do inquisitivo, tendo em vista que o juiz pode produzir prova de ofício para o seu convencimento na maioria dos casos, bem como escolher como executar sua decisão em outros.

### 3.2 Conceito

O garantismo processual é uma concepção filosófica que defende um modelo de processo dispositivo, partindo da premissa de que qualquer poder do juiz, além do de julgar, é manifestação do autoritarismo. Portanto, é preciso proteger as partes do protagonismo judicial.

A Espanha tem grande participação na fonte do garantismo processual civil, sendo que no Brasil, embora ainda venha ganhando força, o garantismo processual tem como principal responsável Gláuco Cumerato.

O ativismo judicial se revela em duas dimensões: material e processual, mas já há quem defenda pela existência de uma terceira dimensão, mais adequada para os países democráticos, que é o modelo cooperativo de processo.

A dimensão do ativismo material se revela com a proliferação de normas abertas como os princípios, ou de cláusulas gerais, com controle de políticas públicas pelo judiciário e expansão do controle de constitucionalidade. Já a dimensão do ativismo judicial processual se revela no incremento de poder para o juiz conduzir o processo, reforçando a inquisitividade do processo.

Para aqueles que defendem a existência de uma terceira dimensão do ativismo judicial, o modelo cooperativo de processo, este se caracteriza pela não condução do processo pelo protagonismo, mas sim cooperativista, envolvendo todos os sujeitos, gerando o princípio da cooperação do processo, resultado do princípio democrático.

## 4 CONCLUSÃO

A jurisdição é um ato de poder, de império, e recai sobre ela a inevitabilidade de sua observância, isso porque, não se trata de opinião do juiz e nem de ciência, mas sim comando, norma.

Importante ressaltar que, o poder de julgar é monopólio do Estado, porém, o Estado pode autorizar o exercício da jurisdição privada.

O juiz, de modo criativo, atua de forma a interpretar os textos de lei, sendo que a criatividade jurisdicional tem duas dimensões: norma jurídica individualizada (norma aplicada ao caso) e norma jurídica geral do caso (norma geral que o juiz identifica a partir de um caso).

Dessa forma, norma geral não é a lei, mas sim norma criada através da atividade jurisdicional, embora com base na lei, servindo como modelo para casos futuros semelhantes (precedentes).

A norma geral do caso trata-se então de “criatividade jurisdicional”, que deve sofrer limitações. Como principais limitações, tem-se: o direito positivo brasileiro e o próprio caso concreto.

Para Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 39), “A missão do Juiz consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem.”.

Conclui-se então, que a medida da criatividade judicial esta no fato do juiz não poder ser contrário à lei, devendo observar a norma (interpretação do texto de lei), sendo que, havendo omissão legislativa, embora seja o juiz obrigado a decidir, estará limitado ao que lhe foi pedido no caso concreto. É o que Fredie Didier Jr. chama de “Zona de Criatividade do Juiz” (DIDIER JR, 2013)

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Rio de Janeiro, Ed. Impetus, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 15 ed rev. ampl. e atua. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6<sup>a</sup> Ed. JusPodivm, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 3<sup>a</sup> Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47<sup>a</sup> Ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007.