

Marcus Orione Gonçalves Correia



Teoria Geral do Processo

5ª edição

Esta obra foi editada, convertida e disponibilizada
pelo site
LeLivros.com e seus parceiros.



Marcus Orione Gonçalves Correia

Juiz Federal. Livre-docente e Professor Associado do
Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e da
área de concentração em Direitos Humanos da pós-graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Teoria Geral do Processo

5ª edição

2009

3ª tiragem

2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR:
0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14)

3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ / PIAUÍ / MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85)

3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –

Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e
Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

– Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS / TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone:
(62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –

Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682

– Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
– Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
– Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51)
3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11)
3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13767-7

Correia, Marcus Orione
Gonçalves

Teoria geral do processo /

Marcus Orione Gonçalves

Correia. –

5. ed. – São Paulo : Saraiva,
2009.

Bibliografia.

1. Processo (Direito) 2.

Processo (Direito) - Brasil I.

Título.

08-10113 CDU-347.9(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual 347.9(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Editora Manuella Santos

Assistente editorial Rosana Simone Silva / Larissa
Casares

Produtora editorial Ligia Alves / Clarissa Boraschi
Maria

Estagiário Vinicius Asevedo Vieira

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira
Godoy / Eunice Aparecida de Jesus

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de
Freitas

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
/ Setsuko Araki

Serviços editoriais EKarla Maria de Almeida Costa /
Carla Crisitna Marques / Ana Paula Mazzoco

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição:
03-10-2008**

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

A Érica, com quem sonho, de mãos
dadas, todos os sonhos impossíveis.

ÍNDICE

Apresentação

Introdução

Capítulo I — Considerações iniciais 5

1. O sistema de solução dos conflitos: classificação, crise e alternativas

2. Conceitos de direito processual civil, penal e do trabalho

3. Definição, denominação e natureza

4. Fontes das normas processuais

5. Interpretação da norma processual

6. Eficácia da lei processual no espaço e no tempo

7. Princípios gerais do direito processual

7.1. Os princípios processuais existentes no Texto Constitucional

7.2. Demais princípios processuais

7.2.1. Os princípios processuais e o processo civil

7.2.2. Os princípios processuais e o processo penal

7.2.3. Os princípios processuais e o processo do trabalho

Capítulo II — Da jurisdição

1. Introdução
2. Princípios inerentes à jurisdição
3. Espécies de jurisdição
4. Distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária
5. Órgãos da jurisdição
 - 5.1. Supremo Tribunal Federal (STF)
 - 5.2. Superior Tribunal de Justiça (STJ)
 - 5.3. Tribunais Regionais Federais e juízes federais
 - 5.4. Tribunais e juízes do Trabalho
 - 5.5. Tribunais e juízes eleitorais
 - 5.6. Tribunais e juízes militares
 - 5.7. Tribunais e juízes dos Estados

Capítulo III — Da ação

1. Natureza jurídica e conceito
 - 1.1. Teoria imanentista (= teoria civilista)
 - 1.2. A polêmica Windscheid-Muther
 - 1.3. A ação como direito autônomo e concreto
 - 1.4. A ação como direito potestativo
 - 1.5. A ação como direito autônomo e abstrato
 - 1.6. O poder constitucional de ação
2. Condições da ação
 - 2.1. Possibilidade jurídica do pedido
 - 2.2. Interesse de agir
 - 2.3. Legitimidade
3. Elementos da ação

- 3.1. As partes
- 3.2. O pedido
- 3.3. A causa de pedir
- 4. Classificação das ações
 - 4.1. Quanto ao provimento jurisdicional pleiteado
 - 4.1.1. Ação de conhecimento
 - a) Ação meramente declaratória
 - b) Ação condenatória
 - c) Ação constitutiva
 - 4.1.2. Ação de execução
 - 4.1.3. Ação cautelar
 - 4.2. Classificação das ações penais
- 5. Ação e defesa
- 6. Concurso e cumulação de ações

Capítulo IV — Da competência

- 1. Conceito
- 2. Critérios determinativos e classificação da competência
- 3. Critérios objetivos
 - 3.1. Competência em razão da matéria (= competência *ratione materiae*)
 - 3.2. Competência em razão da pessoa (= competência *ratione personae*)
 - 3.3. Competência em razão do valor da causa
- 4. Critério funcional (= competência funcional)
- 5. Critério territorial (= competência de foro)

- 5.1. Foro geral (= competência territorial geral)
- 5.2. Foros especiais
- 6. Os critérios determinativos da competência no processo penal
- 7. Competências absoluta e relativa
- 8. Prorrogação da competência, conexão, continência, prevenção e perpetuação da jurisdição
 - 8.1. Prorrogação da competência
 - 8.1.1. Foro de eleição
 - 8.1.2. Ausência de oposição de exceção declinatória do foro e do juízo competente no prazo legal
 - 8.2. Conexão
 - 8.3. Continência
 - 8.4. Prevenção
 - 8.5. Perpetuação da jurisdição (= *perpetuatio iurisdictionis*)
- 9. Da declaração de incompetência

Capítulo V — Do processo 119

- 1. Conceito e natureza jurídica do processo
 - 1.1. O processo como contrato
 - 1.2. O processo como instituição
 - 1.3. O processo como situação jurídica
 - 1.4. O processo como relação jurídica
- 2. Características da relação jurídico-processual
- 3. Classificação dos processos

4. Estudo dos pressupostos processuais

Capítulo VI — Os sujeitos do processo e os serviços auxiliares da justiça

1. Introdução

2. O juiz

3. O Ministério Público

4. Os advogados

5. Serviços auxiliares da justiça

5.1. O escrivão ou diretor de secretaria

5.2. Oficial de justiça

5.3. Distribuidores

5.4. Contador

5.5. Perito

5.6. Intérpretes

5.7. Depositário e administrador

Capítulo VII — O litisconsórcio

1. Introdução

2. Classificações

3. Casos legais

3.1. Comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide (art. 46, I, do CPC)

3.2. Conexão pela causa de pedir (art. 46, III, do CPC)

3.3. Direitos e obrigações derivados do mesmo

fundamento de fato ou de direito (art. 46, II, do CPC)

3.4. A finalidade de questões por um ponto de fato ou de direito (art. 46, IV, do CPC)

4. Litisconsórcio necessário

5. Posição dos litisconsortes

Capítulo VIII — Assistência

1. Introdução

2. Conceito de assistência

3. Assistência simples e assistência litisconsorcial

4. Procedimento

Capítulo IX — Oposição

1. Introdução

2. Competência e limite temporal

3. Procedimento

Capítulo X — Nomeação à autoria

1. Conceito

2. Procedimento

Capítulo XI — Denúnciação da lide

1. Conceito

2. Legitimação

3. Procedimento

3.1. Denúnciação feita pelo autor

3.2. Denúnciação feita pelo réu

4. Efeitos da denúnciação da lide

Capítulo XII — Do chamamento ao processo

1. Conceito

2. Casos legais

3. Procedimento

Capítulo XIII — Atos processuais

1. Conceito, características e classificação

2. Atos processuais das partes

3. Atos processuais do juiz

4. Atos processuais dos auxiliares da justiça

Capítulo XIV — Nulidade dos atos processuais

1. Introdução

2. Dispositivos legais

Capítulo XV — O tempo e o lugar dos atos processuais

1. O tempo dos atos processuais

2. O lugar dos atos processuais

Capítulo XVI — Prazos processuais

1. Introdução

2. Classificação

2.1. Prazos legais, judiciais e convencionais

2.2. Prazos comuns e prazos particulares

2.3. Prazos dilatórios e prazos peremptórios

2.4. Prazos próprios e prazos impróprios

3. Contagem dos prazos

4. Preclusão

Capítulo XVII — Intercâmbio processual

1. Introdução

2. Citação

2.1. Introdução

2.2. Modos de realizar a citação

2.3. Efeitos da citação válida

2.4. Da citação no processo penal

3. Intimação

4. Das cartas

Bibliografia

APRESENTAÇÃO

Pode parecer estranho realizar a apresentação de uma obra apenas quando ela ingressa na sua quinta edição. No entanto, a estranheza é apenas aparente. Expliquemos.

Quando concebida, o Autor era ainda professor de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita (UNESP). Desde essa época, nutre afeição pelo direito processual.

Com o correr do tempo, passou a ministrar aulas na área específica dos direitos sociais, com preferência para o direito da seguridade social. A análise científica do Autor, portanto, passou a voltar-se com destaque para os direitos fundamentais sociais — embora, nos últimos anos, venha desenvolvendo o cotejo destes com os direitos fundamentais individuais, dedicando-se aos diversos fenômenos de exclusão social e sua implicação a partir da lógica do direito.

Portanto, poderia parecer que a presente obra ficou deslocada no contexto dos estudos do Autor. No entanto, também aqui há apenas uma aparência.

Primeiro, porque, no caso específico dos juristas, é indispensável, na batalha contra as exclusões, que eles voltem os olhos para esse instrumento de luta valioso que é o processo. Aliás, já escrevemos alhures que, em

interpretação evolutiva — indispensável no mundo moderno —, há que se cuidar para que os instrumentais do processo não inviabilizem a realização do direito — em especial quando este se destina aos mais fragilizados nas relações jurídicas.

Segundo, a atividade judicante do Autor traz-lhe o constante enfrentamento com questões processuais, que precisam ser refletidas à luz da efetividade do processo.

Por essas razões a vinda ao mundo jurídico de mais esta edição.

O Autor

INTRODUÇÃO

Pretende-se, aqui, realizar uma análise da teoria geral do processo em sua unidade. Geralmente se percebe, quando da leitura de obra sobre a matéria, a preocupação de seu enfoque apenas à luz do direito processual civil. O estudo unitário da teoria geral do processo, que nos propusemos realizar, implica a sua verificação de forma orgânica, com a constatação das similitudes, bem como das disparidades, das questões concernentes à matéria tomando como base não apenas o direito processual civil, mas também os direitos processuais penal e trabalhista. A tarefa é árdua e complexa, não obstante tenha-se buscado a maior abrangência possível na pesquisa do tema.

O intercâmbio entre os direitos processuais civil, penal e trabalhista, mormente quando analisado por meio da teoria geral do processo, é nítido.

Por outro lado, não há, por exemplo, como deixar de reparar a diversidade do objeto focado pelo processo civil e penal, com conseqüências diretas em algumas distinções entre os dois ramos. Nesse sentido é uníssona a doutrina.

Carnelutti, v. g., ressaltando o maior interesse da sociedade na imposição da sanção ao réu em relação ao direito penal, em vista das peculiaridades dos conflitos civil e penal, bem como da natureza das sanções

impostas, é claro ao concluir que: “Se comprende fácilmente que sobre la diferencia funcional ahora señalada se haya planteado una diversa estructura del proceso según que tienda a la aplicación de la una o de la otra sanción. Por eso, se distingue el proceso penal del proceso civil”¹. Da mesma forma, em outra obra, preleciona que “el proceso penal sugiere la idea de la pena; y esta la idea del delito. Por eso el proceso penal corresponde al derecho penal, como el proceso civil corresponde al derecho civil. Mas concretamente, el proceso penal se hace para castigar los delitos; incluso para castigar los crimines”². Ainda Carnelutti, agora em outra obra³, diz que a diferença entre o processo civil e o penal parte da diversidade da pena aplicada; o processo civil ocupa-se da restituição (sanção civil), e o processo penal, da pena (sanção penal). Isso provocaria uma diferença estrutural entre ambos os processos, a começar pela atuação das partes, com destaque para o Ministério Público, quando aparece nessa qualidade no processo penal.

Ao comentar o processo civil, Carnelutti⁴ afirma que, nele, a origem da discórdia é o conflito de interesses. Afinal, quem tem fome, por exemplo, quer pão, sendo que entre os não civilizados uma disputa por pão terminaria em luta, com a vitória do mais forte, enquanto entre os civilizados termina com a entrega da solução ao Estado, por meio do processo. Embora a

situação não seja de guerra entre os conflitantes, há um potencial de conflito indesejável para a sociedade, que confia a solução ao Poder Judiciário. Aqui o processo será civil, mesmo porque não ocorreu, ainda, delito que reclama pena. Prosseguindo o raciocínio de Carmelutti, se a demanda por causa do pão, em vez de ser resolvida pelo Judiciário, mediante o processo civil, fosse resolvida pela força, com a morte de um dos contendores, estaríamos diante de um delito, que, por reclamar pena, seria solucionado pelo processo penal.

Para Ugo Rocco⁵, enquanto o direito processual civil parte de relações substanciais de direito civil, o direito penal se funda em relações substanciais de direito penal: “el derecho, en cuanto atributivo o retributivo de bienes, o distributivo, o retributivo, o compensativo, o recompensativo, de bienes, es derecho civil; el derecho, en cuanto retributivo de males, es derecho penal”.

No entanto, mesmo diante das dessemelhanças, decorrentes do próprio interesse tutelado pelo direito material, não há como deixar de constatar a existência de uma constante colaboração entre os dois ramos.

Nosso estudo enfocará essas similitudes e as diferenças, sob a ótica, como já dito, da teoria geral do processo.

O mesmo se diga em relação ao processo civil e ao trabalhista.

São muitos os bens tutelados pelo direito material, o que acarreta a diversidade da incidência de várias

questões processuais. Nesse sentido já se destacava que, “todavia, um processo, visto e sentido nessa unidade fundamental, não significa admitir a identidade dos direitos processuais civil, penal e trabalhista. Com efeito, cada ramo do direito processual guarda a sua individualidade. E as diferenças entre os vários processos resultam de seu próprio escopo”⁶.

No entanto, colhe registrar que, a despeito dessa diversidade, o próprio art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que, “nos casos omissos, o direito processual comum (leia-se direito processual civil) será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível” com este último.

Portanto, há que, observadas as peculiaridades do bem tutelado, especialmente pelos respectivos direitos materiais, buscar-se, na medida do possível, a contribuição entre os diversos ramos do processo, para o aperfeiçoamento deste como um todo. Foi-se o tempo em que o processo penal ou o do trabalho precisavam buscar a sua autonomia, como ramos da ciência jurídica — e, portanto, procurava-se sempre a interpretação distanciadora do processo civil. É hora de avanço, e este somente será possível mediante uma análise orgânica dos três mais importantes ramos do direito processual. Essa análise, em sua unidade, da forma mais orgânica possível, não representa um retrocesso nas respectivas autonomias dos seus sub-ramos, mas a busca da maior efetividade de todos eles. Assim, ainda que de forma

mais acanhada em alguns instantes e menos em outros, pretendemos oferecer aos que leiam esta obra uma visão, na medida de nossas possibilidades, mais unitária da teoria geral do processo.

1 Francesco Carnelutti, *Derecho procesal civil e penal*, Buenos Aires: EJEA, 1971, v. 1, p. 55.

2 Francesco Carnelutti, *Como se hace un proceso*, Bogotá: Ed. Temis, 1989, p. 3.

3 Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires: EJEA, v. 1, p. 54-60.

4 *Como se hace un proceso*, cit., nota 2, p. 23 e 24.

5 *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá-Buenos Aires: Ed. Temis/Depalma, v. 1, 1983, p. 196 e 197.

6 Marcelo Pimentel, O direito processual civil e do trabalho, in Hugo Gueiros Bernardes (coord.), *Processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 1989, p. 19.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS: CLASSIFICAÇÃO, CRISE E ALTERNATIVAS

É tradicionalmente conhecida a distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo. Assim, tem-se como direito objetivo a conhecida *norma agendi*, ou seja, o direito visualizado sob o ângulo da norma de conduta a todos dirigida. Por outro lado, vê-se o direito subjetivo sob o prisma da faculdade de fazer valer o direito posto em norma, em vista de sua violação (*facultas agendi*).

Com a violação daquilo que é atribuído a cada um segundo a norma de conduta jurídica, abre-se ensejo à faculdade de se buscar a segurança jurídica, com o reconhecimento da mácula ao direito e suas conseqüências.

No entanto, como fazê-lo? Pelas próprias mãos?

Normalmente, não. A parcialidade da visão do direito inviabiliza a justiça pelas próprias mãos, fazendo com que de forma comum o Estado providencie a paz social por meio da solução do conflito. O Estado, a partir de um de seus Poderes, é que, com imparcialidade, seria o mais apto a solucionar a situação conflitiva.

Deve-se ter em mente, de início, que a noção de

conflito não se confunde com a de lide. Esta, no sentir de Carnelutti, seria o conflito de interesses deduzido em juízo. Portanto, tal noção somente estaria presente quando o conflito passasse à apreciação do Estado-Jurisdição. Logo, o conflito, em si, seria um dado sociológico, que antecede à lide. Essa constatação é importante, na medida em que nem todo conflito é deduzido em juízo. Portanto, o sistema de solução dos conflitos em geral não se cinge apenas à análise da atuação jurisdicional, mas também às suas alternativas extrajudiciais.

Pode-se depreender disso que o conflito se baseia em uma controvérsia, de fundo sociológico, com fundamento na concepção carneluttiana de que há insuficiência de bens para o atendimento de todas as necessidades.

Por outro lado, como bem esclarece Maria Helena Diniz¹, todo sistema jurídico congrega a construção resultante de um elo entre elementos jurídicos relacionados entre si.

O sistema de solução dos conflitos constitui, assim, um conjunto de meios e de formas de que o ordenamento jurídico é dotado para colocar fim às controvérsias em geral.

Partindo-se da clássica divisão das formas de solução de conflitos dada por Alcalá-Zamora y Castillo no seu *Processo, autocomposição e autodefesa*, tem-se que os conflitos se resolvem pela autodefesa, pela

autocomposição e pelo processo.

Pela autodefesa um dos sujeitos do conflito impõe, por meio de uma ação própria, a sua vontade sobre a do outro. É bom recordar que, a princípio, o direito repudia a forma autodefensiva de solução dos conflitos, já que se trata de resquício da indesejada “justiça pelas próprias mãos”. No entanto, há formas de autodefesa excepcionalmente permitidas pelo direito. Nesse sentido, confira-se o direito de greve, quando exercido dentro dos limites legais, ou mesmo a legítima defesa do direito penal.

Por meio da autocomposição, por sua vez, os próprios sujeitos do conflito lhe colocam fim, mediante ajustes que podem inclusive acarretar prejuízos para uma das partes (no caso de renúncia de direitos) ou para ambas (no caso de transação, em que, diante de dúvida em torno da solução do litígio, todos os conflitantes “abrem mão” de parte do que eventualmente poderia ser seu de direito).

Finalmente, pelo processo, as partes do conflito o transformam em lide, entregando ao Juiz-Estado a missão de solucionar a controvérsia.

A despeito da importância da classificação acima, entendemos mais adequada a separação no sistema de solução dos conflitos feita por Amauri Mascaro Nascimento — que, no nosso entender, adapta-se a toda e qualquer forma de conflito e não apenas ao trabalhista. Segundo esse doutrinador², ao lado da autodefesa e da

autocomposição, encontra-se a heterocomposição. Assim, preservada parte da classificação de Zamora y Castillo, a noção de heterocomposição, acrescida por Mascaro Nascimento, é mais abrangente, na medida em que, ao lado da solução pelo processo, possibilita a inclusão nessa forma também da via da arbitragem, uma vez que em ambos os casos a resolução é dada por terceiro e não pelas próprias partes.

Portanto, o sistema da solução dos conflitos é composto pela autodefesa, pela autocomposição e pela heterocomposição. Pela autodefesa, nas modalidades permitidas por lei, um dos conflitantes impõe ao outro a decisão do conflito por ação direta. Pela autocomposição, os conflitantes, de comum acordo, solucionam o caso da melhor forma. Pela heterocomposição, os sujeitos entregam a terceiros a resolução do litígio, submetendo-se à decisão destes.

A autocomposição, por sua vez, como bem acentua Wagner Giglio³ tem como técnicas mais comuns a conciliação e a mediação.

No dizer de Giglio, alguns apontam a escolha do mediador e o fato de este propor uma solução como elementos diferenciais da mediação em relação à conciliação. No entanto, insurge-se o autor contra tal proposição, já que em muitos países o mediador é imposto, além do que o conciliador, atualmente, pode ter participação extremamente ativa, propondo soluções⁴.

Aliás, a respeito da participação ativa do conciliador basta verificar a conciliação judicial promovida pelos juízes do trabalho em geral. A nota diferencial entre a mediação e a conciliação, proposta pelo próprio Giglio, estaria, assim, na finalidade de ambas. Enquanto o mediador contenta-se com qualquer composição, independentemente de sua justiça, o conciliador busca uma composição justa. Há que ressaltar, no entanto, uma visão um pouco distinta que alguns, atualmente, têm feito. Aliás, a respeito da mediação entendo como indispensável a leitura da *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, n. 2, referente a julho/dezembro de 2006. Ali é apresentado projeto institucional que bem define o tema a partir de projeto institucional desenvolvido com a colaboração do próprio Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Há que se ressaltar, ainda, que a conciliação tanto pode ser extrajudicial quanto judicial. Como os próprios nomes indicam, a conciliação extrajudicial é aquela que se dá fora de juízo, enquanto a judicial é a que se realiza em processo já instaurado perante juízo competente. Nesta última, a atuação do juiz é meramente homologatória, mesmo que com participação ativa, ficando a decisão da forma da solução do conflito efetivamente a cargo das partes — com o que justificável

a sua colocação também no plano da solução autocompositiva.

Ao lado das formas autocompositivas antes mencionadas há uma mais recente, típica do advento dos conflitos coletivos. Trata-se da negociação coletiva, em que os representantes dos grupos envolvidos buscam a solução coletiva do caso. No direito brasileiro, as negociações coletivas do direito do trabalho (convenções coletivas e acordos coletivos) são o exemplo mais comum dessa moderna forma autocompositiva de solução. No entanto, já há previsão de negociação coletiva também no plano do direito do consumidor — a respeito confira-se a convenção coletiva de consumo, prevista no Código de Defesa do Consumidor.

A heterocomposição, por seu turno, como já dito, pode-se dar tanto pela via jurisdicional quanto pela arbitragem.

Na via jurisdicional, o conflito de interesses é deduzido em juízo, proferindo o Juiz-Estado decisão substitutiva da vontade das partes.

Na arbitragem, os sujeitos do conflito escolhem a terceira pessoa que irá decidi-lo. Para tanto firmam um contrato (conhecido como compromisso) ou então decidem pela arbitragem em cláusula de contrato que celebraram (conhecida como cláusula compromissória), segundo a qual eventual conflito será decidido por essa forma heterocompositiva. Há, ainda, arbitragens

facultativas ou obrigatórias, conforme o ordenamento jurídico determine ou não sua indispensabilidade para certos conflitos — no entanto, em ambas o árbitro será eleito livremente pelas partes.

Observada a classificação anterior, deve-se reconhecer que a grave crise existente nesse quadro insere-se no plano da solução heterocompositiva dos conflitos, mais especificamente na solução heterocompositiva jurisdicional — que, no estudo da teoria geral do processo, é uma das grandes “vedetes” do tema.

Como bem recorda Ada Pellegrini Grinover⁵, durante muito tempo os métodos informais de solução dos conflitos foram considerados primitivos, representando o processo jurisdicional insuperável conquista da humanidade. No entanto, sendo inviável a atividade jurisdicional atender à crescente demanda de conflitos cuja apreciação lhe é submetida, o mito do monopólio da “dicção do direito” pelo Estado vem sendo vítima de intensa crítica.

A crise vivida pelo Judiciário em geral é de todos conhecida, partindo da insuficiência de recursos para a pronta tutela jurisdicional até o fenômeno do aumento das demandas, fruto da “conscientização dos direitos”. Aliás, esse quadro vem bem desenhado em artigo denominado “A democratização da justiça”, de autoria de Fátima Nancy Andrichi⁶.

Diante desse painel, propugna a autora pela deformalização das controvérsias, no sentido de se buscar, para a solução dos litígios, observada a sua natureza específica, equivalentes jurisdicionais como vias alternativas. Nesse sentido, no artigo já mencionado faz a apologia da conciliação extrajudicial, praticada na forma dos já existentes juizados de conciliação, com a possibilidade de solução dos conflitos a partir da atribuição de tarefas conciliatórias aos corpos intermediários (associações e sindicatos, por exemplo), desfazendo-se assim o conceito unitário de soberania estatal, com o reconhecimento e a implementação, pela via legal, da soberania social de grupos naturais e históricos. É claro, no entanto, que se deve ver com cuidado essas observações, sob pena de se respaldar indevidamente a fragilização do Estado e seu relevante papel, pelo menos hoje em dia, na solução dos conflitos. Além disso, há de se ter em mente, especialmente em questões envolvendo direitos sociais, o cuidado com as soluções extrajudiciais na perspectiva da defesa da parte mais fragilizada da relação instaurada.

Ainda quanto à conciliação como alternativa de solução de conflitos, há que mencionar as próprias conciliações judiciais — desde que as técnicas utilizadas para a obtenção destas não sejam deturpadas, como por exemplo no caso de conciliações judiciais obtidas a partir da advertência do próprio juiz de que as lides em geral arrastam-se anos a fio, incutindo, sobretudo no litigante

menos privilegiado economicamente, o medo da morosidade processual e forçando este à realização de qualquer acordo em juízo, ainda que visivelmente prejudicial ao seu direito.

No plano dos conflitos coletivos deve-se prestigiar, principalmente, as negociações coletivas. Como fatores positivos destas, Amauri Mascaro Nascimento⁷ destaca os seguintes elementos: sua flexibilidade para adequar as situações legais aos diversos setores da vida produtiva; o uso da justiça social e a possibilidade de intervenção dos interessados na adoção das soluções. É claro que, no atual modelo do trabalhismo, há apenas de se cuidar do excesso de entusiasmo como forma de solução dos conflitos coletivos, não se admitindo negociações *in pejus* para os trabalhadores a despeito de, a meu ver, inadequado posicionamento em sentido contrário.

Além das formas autocompositivas para a solução da crise na via jurisdicional, muitos têm preconizado ainda o prestígio à solução heterocompositiva pela via da arbitragem. No entanto, mesmo com o advento da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que versa sobre a arbitragem, pelo menos no direito pátrio tem-se verificado verdadeira desconfiança dos sujeitos na adoção dessa forma alternativa de solução dos conflitos em geral.

A despeito da crise antes apontada na solução jurisdicional dos conflitos, vale frisar que se assiste, paradoxalmente, a um crescente aumento do número de

controvérsias submetidas ao Judiciário. Em todas as classes sociais o receio quanto à eficácia das outras formas de solução dos conflitos, o aumento da consciência dos direitos e, apesar de tudo, a confiança na solução dos conflitos pelo Juiz-Estado fazem com que o estudo da via jurisdicional não deixe de ter sua devida relevância. No entanto, urge ressaltar que esse estudo deve-se fazer sempre a partir do viés da busca da maior efetividade possível que se possa extrair da solução pela via do processo. Nesse sentido tem-se presenciado, não raro, a preocupação dos juristas em geral com um novo enfoque do fenômeno jurisdicional, redimensionando-se inclusive os escopos dessa atividade — a respeito confira-se, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco em sua obra *A instrumentalidade do processo*. As noções de jurisdição, processo e ação — que serão, juntamente com outras questões correlatas, o centro de nossa atenção nesta obra — devem ser dimensionadas a partir dessa constatação.

2. CONCEITOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PENAL E DO TRABALHO

As normas de direito material disciplinam as relações jurídicas entre as pessoas, estabelecendo seus direitos e obrigações.

Já as normas de direito formal regulam as relações jurídicas no âmbito do processo, instituindo regras de

como as partes devem comportar-se em juízo a fim de fazerem valer suas pretensões de direito material.

O ramo da ciência jurídica que se ocupa do estudo das normas pertinentes à relação jurídico-processual é exatamente o direito processual.

Por outro lado, aos diversos ramos do direito material correspondem correlatamente ramos do direito processual. Assim, se existe um direito material civil, ao seu lado há um direito processual civil. Da mesma forma, ao direito material penal corresponde um direito processual penal, e ao direito material do trabalho corresponde um direito processual do trabalho. As peculiaridades da relação de direito material acabam por influir, dessa forma, na diversidade correspondente das relações de direito formal.

Não obstante, pois, o direito processual seja uno, existe a variedade de ramos antes mencionados, determinada, como dito, pela peculiaridade da relação jurídico-material. A unidade é clara, como se depreende dos seguintes elementos: os princípios fundamentais são comuns a todos os ramos do direito processual (assim, por exemplo, o princípio do contraditório existe tanto no processo civil quanto no trabalhista); as noções básicas da teoria geral do processo também são comuns a todos os ramos (destarte não há distinção entre os conceitos de ação, jurisdição e processo da forma como são utilizados, por exemplo, no processo penal e no processo civil); por fim, em caso de omissões

no processo do trabalho e penal, há aplicação subsidiária do processo civil.

3. DEFINIÇÃO, DENOMINAÇÃO E NATUREZA

O direito processual deve ser tido como o ramo da ciência jurídica que se ocupa dos procedimentos judiciais e da relação que se estabelece entre os sujeitos do processo.

O direito processual recebe algumas outras denominações, com as quais precisamos familiarizar-nos, em vista do seu uso por diversos autores.

Dessa forma, ora é chamado de direito formal, ora de direito adjetivo. Direito formal em oposição a direito material; direito adjetivo em contraponto a direito substantivo (outra denominação do direito material).

Essas duas denominações são constantemente criticadas, na medida em que conspiram contra a autonomia do direito processual, uma vez que sugerem uma indevida dependência do direito processual ao direito material.

Pergunta-se ainda se o direito processual é ramo do direito público ou privado.

Embora a distinção entre direito público e privado venha sofrendo cada vez mais restrições na doutrina, não foi ainda abandonada quando se tenta analisar a natureza jurídica dos diversos ramos da ciência jurídica.

A busca da natureza jurídica de certo ramo do

direito é importante, já que determina o conjunto de princípios e regras que lhe serão aplicáveis.

Vários são os critérios utilizados para diferenciar o direito público do privado.

Na concepção clássica de Ulpiano, já abandonada, o direito público nortearia relações em que houvesse prevalência dos interesses do Estado, enquanto o direito privado estaria ligado a relações em que prevaleceriam os interesses dos particulares. A teoria dos interesses, que vigia no direito romano, vem sendo abandonada, pois é cada vez mais difícil delinear onde começa o interesse do cidadão e onde inicia o do Estado.

Outra concepção que vem sendo abandonada quando se trata da presente matéria é a da delimitação das noções de direito público e privado segundo os sujeitos da relação jurídica estabelecida. Assim, seriam de direito público as relações jurídicas que possuem em um de seus pólos o Estado e de direito privado aquelas em que aquele se encontra ausente. A insuficiência dessa noção é clara. Há relações jurídicas das quais o Estado participa sem que se esteja diante de uma relação de direito público. Assim, quando celebra contrato de locação de imóvel para o funcionamento de uma repartição pública, o Estado encontra-se presente, sendo a relação, no entanto, de direito privado.

Por fim, vinga atualmente a noção de que a natureza da relação entre os sujeitos é que será determinante para se ter o devido conceito de direito público e de direito

privado. Assim, se na relação jurídica se encontra o Estado em posição de superioridade em face dos particulares, fazendo uso do seu poder de império (*jus imperii*), estamos diante de uma relação de direito público⁸. Outrossim, se o Estado participa da relação desprovido do *jus imperii*, em situação de igualdade para com o particular, encontramos-nos diante de uma relação de direito privado⁹ — o mesmo se dando quando a relação se estabelece entre particulares.

Embora este último critério seja, hodiernamente, o mais utilizado para a distinção entre direito público e privado, não há como olvidar a existência de normas de ordem pública em certos ramos do direito privado. Entendam-se tais normas como aquelas que, a despeito de não desfigurarem a relação como de direito privado, possibilitam nesta maior intervenção do Estado, em vista do elevado grau de interesse público em torno da matéria. Assim, por exemplo, ocorre nas normas relativas ao casamento no direito civil ou mesmo em um grande número de normas que regem as relações trabalhistas.

Posta a distinção acima, encontramos-nos habilitados a responder à pergunta inicialmente realizada: o direito processual (aqui compreendidos os direitos processuais civil, penal e trabalhista) deve ser entendido como ramo do direito público ou do direito privado?

Como interessa ao Estado a solução dos conflitos por meio do processo, para a busca da harmonia social a

partir da decisão soberana tomada pelo poder estatal, nas relações de direito processual esse mesmo Estado aparece em posição de superioridade (*jus imperii*). Devedor da prestação de decidir, o Estado, mediante a atuação do juiz, submete os particulares a essa mesma decisão, tendo estes de acatá-la. A vontade do Estado substitui a dos particulares a partir da decisão judicial. Logo, resta claro que, observada a noção antes exposta, o direito processual é ramo do direito público. Como consequência da conclusão anterior tem-se, por exemplo, que as normas de direito processual serão em sua maioria cogentes (ou seja, não se encontra na disposição das partes a possibilidade de alterá-las. Assim, hipoteticamente, mesmo que as partes concordassem de forma diversa, os prazos para defesa e recursos postos nos diplomas processuais não poderiam ser alterados por disposição delas).

4. FONTES DAS NORMAS PROCESSUAIS

Etimologicamente, a palavra “fonte” vem de *fons*, que significa lugar de onde provém ou de onde promana algo¹⁰.

Nas fontes do direito encontramos a origem das normas jurídicas. A origem histórica e social dessas normas se confunde com o que conhecemos como fontes materiais do direito¹¹. Por outro lado, existem as fontes formais, que nada mais são que os meios

originários pelos quais o direito se exterioriza, a partir da atuação de órgãos responsáveis pela revelação deste — tais como as leis ou os costumes. Aos juristas em geral vêm interessando, especialmente quando se fala em direito processual, as fontes formais.

No que pertine ao direito processual, destacam-se as seguintes fontes:

A Constituição é a fonte precípua de emanção de normas de qualquer ramo do direito, já que dela os demais dispositivos irão extrair elementos para sua validade e eficácia¹². Na Lei Maior são comuns as referências a normas de natureza processual, que darão substratos a todas as demais normas infraconstitucionais. Assim, como exemplo de normas processuais constantes da Constituição brasileira podem ser enumeradas as seguintes: art. 5º, LVI, LIX, LX, entre outras.

Também como fontes formais do direito processual aparecem as leis infraconstitucionais em geral. Desse modo, há normas ordinárias constantes de Códigos que versam sobre a matéria constitucional — nesse sentido o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 1973), de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 1941) ou de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 1969). Há ainda normas processuais constantes da Consolidação das Leis do Trabalho (Títulos VIII, IX e X).

Além das normas constitucionais e infraconstitucionais, os usos e costumes também

aparecem como fontes formais do direito processual. Deve-se entender como uso e costume a utilização reiterada de determinada prática, que acaba por criar, no seio da comunidade, uma conduta padronizada, no caso de natureza processual (que, muitas vezes, é incorporada futuramente pelos textos legais). Trata-se, na realidade, das praxes processuais.

Em menor escala, em vista da cogência típica das normas processuais, há ainda a presença do negócio jurídico como fonte de direito processual. Trata-se de ato bilateral que cria, modifica ou extingue direitos. É claro que, em vista da natureza pública do processo, o negócio jurídico será fonte reduzida de criação de direitos e obrigações processuais.

5. INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL

Primeiramente, deve-se ter em mente o conceito clássico de interpretação, segundo o qual interpretar é conhecer o conteúdo e a extensão das normas de determinado ramo da ciência jurídica.

Todas as regras jurídicas positivas trazem em si mesmas a razão de sua existência. Não se esgotam nas palavras que as traduzem. Não são compostas, única e simplesmente, por orações que poderiam facilmente ser dissecadas pelo mais profundo conhecedor de lingüística. São fruto de um momento e de uma projeção histórica — que lhes garantirá eficácia futura —, de um

todo normativo (composto por princípios e institutos), além de trazerem em si a própria imperfeição da palavra. Penetrar, verdadeiramente, nas expressões do direito significa mergulhar na “alma” das normas que o compõem. E esse mergulho, que nos dá o alcance e o sentido das expressões do direito, é a própria interpretação.

Assim, “interpretar a lei é atribuir-lhe um significado, medindo-lhe a exata extensão e a possibilidade de sua aplicação a um caso concreto. Consiste, portanto, em determinar-lhe o sentido, chamado, também, pensamento, espírito ou vontade da lei”¹³.

Ou ainda, segundo Carlos Maximiliano:

“Interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”¹⁴.

Por fim, somente para frisar as noções anteriores, ao realizar a distinção entre a hermenêutica e interpretação já discorria Luiz Fernando Coelho:

“A hermenêutica objetiva os princípios científicos que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do Direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processo especiais, procura realizar praticamente esses

princípios...”¹⁵.

Outrossim, deve-se ter em mente que existe distinção entre a interpretação e a aplicação de certa norma.

“A separação entre *interpretação* e *aplicação* decorre da concepção da primeira como mera operação de subsunção. No silogismo subsuntivo, a premissa maior é o texto normativo; a menor, os pressupostos de fato e a conseqüência jurídica. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não conforme à lei. Propõe-se então a distinção entre interpretação *in abstracto* e a interpretação *in concreto*. A primeira respeita ao texto, à premissa maior no silogismo; a segunda, à conduta, aos fatos. Esta última é tida como *aplicação*; a primeira como *interpretação*”¹⁶.

Portanto, ao analisar determinado ato do mundo jurídico, o intérprete se vale, quando se encontra perante determinada norma, de sua interpretação. Somente após realizada essa operação poderá subsumi-la ao caso prático.

Urge frisar, por outro lado, que os métodos tradicionais de interpretação — gramatical, teleológico, sistemático etc. — valem para quaisquer dos ramos da ciência jurídica. O que pode variar é a necessidade mais freqüente, diante de princípios básicos de cada ramo, da utilização de um ou de outro dos métodos. Assim, por exemplo, não há como negar que o princípio da

tipicidade do direito penal requer do intérprete a utilização preponderante do método exegético. Aliás, no direito penal, por exemplo, ao se inviabilizar a analogia em prejuízo do réu, há uma verdadeira limitação, por exemplo, de interpretações sistemáticas. Logo, os princípios inerentes a cada um dos ramos do direito trazem consectários inclusive na forma como se há de processar sua interpretação.

No caso do direito processual não é diferente; para a interpretação das normas processuais é indispensável a aplicação dos métodos comuns, não se esquecendo, no entanto, do disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a aplicação da lei — momento posterior à interpretação — deve atender aos fins sociais aos quais ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por outro lado, as normas processuais não devem, jamais, aparecer como obstáculo ao sucesso das normas de direito material.

Além da interpretação, há a possibilidade da integração das normas processuais. Nem sempre o direito escrito tem todas as soluções para o caso que lhe é apresentado. A integração consiste exatamente na técnica do preenchimento das lacunas (“vazios”) apresentadas pela lei.

Pelo princípio da indeclinabilidade, que, como veremos, informa a jurisdição, o juiz não pode esquivar-se de exercer o seu poder jurisdicional deixando de

decidir a questão que lhe é submetida: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (art. 126 do CPC). Dessa forma, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Como se vê, a integração, também no caso do direito processual, dá-se pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito. Ausente norma processual, o juiz deverá utilizar-se de uma dessas três técnicas para suprir a lacuna.

Pela analogia, o juiz irá aplicar à hipótese apresentada, que não vem regulamentada pelo ordenamento escrito, desfecho semelhante ao dado a caso parecido com o apresentado e que tem solução na ordem jurídica escrita. Como bem se expressa Carlos Maximiliano, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa ao caso semelhante”¹⁷.

Os usos e costumes são práticas reiteradas de conduta, aceitas consensualmente pela comunidade. No caso da ausência de norma processual, inexistente caso análogo, o intérprete deverá recorrer a eles. Ainda fazendo uso dos doutos ensinamentos de Carlos Maximiliano, o costume é tido como “uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei”. E, mais adiante: “Exerce o costume duas funções: a de Direito

Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as lacunas; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar de exegese”[18](#).

Por fim, permite-se, no caso de inviabilidade da utilização da analogia e dos usos e costumes, que o juiz — ou intérprete da norma processual — faça uso dos princípios gerais do direito, que nada mais são do que a base, o substrato da ciência jurídica.

No caso do processo penal, há previsão do art. 3º do Código segundo a qual “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Verifique-se, portanto, que esse dispositivo é mero desdobramento do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil[19](#).

6. EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO E NO TEMPO

A eficácia da lei processual no espaço é regida pelo princípio da territorialidade. Assim, deve-se aplicar a lei do lugar onde o processo estiver em curso. Nesse sentido confira-se o disposto no art. 1º do Código de Processo Civil, segundo o qual a jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional.

No que diz respeito ao processo penal, o Código, em relação à lei processual penal no espaço, também adotou

como regra o princípio da territorialidade (art. 1º, *caput*, do CPP). As exceções estão previstas nos incisos desse mesmo art. 1º.

Já quanto à eficácia da lei processual no tempo, primeiramente deve-se atentar para o disposto nos arts. 1º, §§ 3º e 4º, 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, em respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF), os processos já findos não poderão ser atingidos pela nova lei processual. Dessa forma, por exemplo, findo o processo, tendo transcorrido todos os prazos segundo a lei vigente, com legislação estabelecendo novos prazos processuais, não poderá haver a sua aplicação ao processo já finalizado²⁰.

Da mesma forma, para os processos que irão iniciar-se a lei a aplicar será a nova²¹.

A dúvida maior remanesce no que concerne aos processos em curso e à lei que lhes é aplicável — se a velha ou a nova. Para responder a essa dúvida, três correntes se fizeram presentes.

A primeira corrente é aquela que defende o sistema da unidade processual, ou seja, a despeito de formado por vários atos, o processo deve ser considerado uno, com o que se há de aplicar uma única lei. Optou-se pela aplicação da lei velha, a fim de se evitar a possibilidade de aplicação retroativa da lei nova.

A segunda corrente advoga a tese do sistema das

fases processuais, segundo a qual o processo é constituído de fases autônomas, a saber, a postulatória (em que há a postulação de ambas as partes), a probatória (constituída por todos os instantes em que há demonstração das alegações das partes), a decisória (em que há decisão final do processo, por sentença judicial) e a recursal (na qual as partes, mostrando seu inconformismo, recorrem da decisão judicial). Por essa corrente, cada uma das fases anteriormente elencadas é disciplinada por uma lei diferente (a nova ou a velha, segundo a fase se tenha iniciado sob a égide de uma destas).

Por fim, há os que defendem o sistema de isolamento dos atos processuais, sendo esta a corrente hoje abraçada pela doutrina em geral. A lei nova não atinge os atos já levados a efeito, mas se aplica àqueles a serem praticados independentemente das fases processuais. Assim, v. g., se já transcorreu determinado prazo processual, a lei nova não se aplica a ele. No entanto, se o prazo se encontra em curso no momento em que a nova legislação o modifica, o novo lapso se aplica àquele processo.

No que pertine ao direito processual penal, trazemos à colação as lições de Damásio E. de Jesus. Ao comentar o art. 2º do Código de Processo Penal (“a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”), preleciona o ilustre doutrinador:

“O legislador pátrio, no problema da eficácia temporal da lei processual penal, adotou o princípio de sua aplicação imediata. Não tem efeito retroativo, uma vez que, se tivesse, a retroatividade anularia os atos anteriores, o que não ocorre. Sobre a eficácia da lei processual penal no tempo, *vide* Rogério Lauria Tucci, *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*, São Paulo, 1975. No sentido do texto: STF, RTJ 93/94 e RT 548/411. Há tendência simpática no sentido de permitir-se a retroatividade, não obstante tratar-se de lei processual penal, quando regula direitos disciplinados na CF, como a liberdade, aplicando-se o parágrafo único do art. 2º do CP”^{[22](#)}.

7. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

Conforme ensina José Cretella Jr., “princípio é uma proposição que se põe na base das ciências, informando estas ciências”^{[23](#)}.

Portanto, os princípios gerais do direito processual devem ser tidos como proposições que se colocam na base da ciência jurídico-processual, informando-a.

Os princípios tanto nos auxiliam na compreensão do conteúdo e extensão do comando inserido nas normas jurídicas quanto, em caso de lacuna, atuam como fator de integração dessa omissão.

Outrossim, deve-se frisar que existem princípios

positivados e outros que não se encontram positivados (sendo estes últimos extraídos do conjunto de normas que lhes informam no ordenamento jurídico como um todo). Esse segundo tipo de princípio seria, em última análise, a norma invisível extraída do conjunto semelhante de normas visíveis existentes na ordem jurídica.

Feitas essas digressões preliminares, passemos à análise dos princípios processuais insculpidos no Texto Constitucional.

7.1. Os princípios processuais existentes no Texto Constitucional

Como já destacava Canotilho, “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo”²⁴.

Inicialmente, em conformidade com a exposição anterior, deve-se verificar que existem, na Constituição, princípios positivados e princípios não positivados.

No caso específico do direito processual, essencialmente, os princípios ali existentes se encontram positivados. Outrossim, princípios eventualmente não

insculpidos de forma expressa relativamente a esse ramo poderão, como se verá, subsumir-se nos já existentes de modo expresse, ou, ainda, existir de forma autônoma.

Primeiramente, estudar-se-á o princípio inscrito no art. 5º, LIV.

Trata-se do princípio concernente ao *due process of law* (devido processo legal). Conforme Calmon de Passos, para a ocorrência do devido processo legal é indispensável a presença de três condições: o desenvolvimento do processo perante juiz imparcial e independente, mediante amplo acesso ao Judiciário e com a preservação do contraditório²⁵. Frisa, ainda, o autor que existe uma parte fixa do *due process of law*, composta pelos elementos antes explicitados, e uma parte contingente, sendo que “o que é contingente e histórico diz respeito às fórmulas, procedimentos, expedientes técnicos e valorações de conteúdo postos pelo legislador e integrados pelos juízes, não à estrutura que tem de ser identificada, porquanto, faltando ela, em qualquer de seus aspectos, o que falta é o devido processo legal. E nisso justamente reside a nota que permite distinguir o Estado de Direito do Estado autoritário, em todas as suas modalidades”²⁶. Aliás, em relação a essa porção contingente do *due process of law*, já prelecionava Ada Pellegrini Grinover: “Justiça, irrepreensibilidade, ‘due process of law’, são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de

acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país”²⁷.

Portanto, pode-se afirmar que o *due process of law*, concebido para a maioria das relações jurídicas do século passado — centradas no individualismo —, poderia ser revisto, preservando-se a existência do juiz imparcial, o acesso à justiça e o contraditório. Acredita-se, desse modo, que o *due process of law* — em seu aspecto contingente — deve sofrer adaptação a uma nova realidade, qual seja, o advento das ações coletivas e de uma nova concepção do poder constitucional de ação — que será analisada a seguir. Portanto, para se assegurar o contraditório, a imparcialidade do juiz e o acesso ao Judiciário, novas técnicas foram desenvolvidas.

Passemos a analisar cada um dos aspectos do devido processo legal, observando as diretrizes apontadas anteriormente por Calmon de Passos (imparcialidade e independência do juiz, acesso à justiça e contraditório).

No que concerne à necessidade, para que exista realmente *due process of law*, de um juiz imparcial e independente, verifique-se o seguinte: atualmente, vem-se requerendo do juiz que este deixe de ser, como dito alhures, mero convidado de pedra do processo²⁸.

Aliás, em contraposição à figura do juiz dos tempos do liberalismo, que conduzia o processo sem intervir de

forma alguma — em consonância com a própria noção liberal da ausência de intervenção do Estado —, vem emergindo hodiernamente a figura dos poderes assistenciais do magistrado.

Os poderes assistenciais do juiz defluem, em prestígio à noção de justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitido — que não vem expresso na Constituição —, conhecido como princípio da paridade das armas.

Segundo desdobramento deste último princípio, é indispensável, para a própria garantia da igualdade das partes no processo, que, em situações de desigualdade, o juiz atue conduzindo o processo e assistindo o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo.

Assim, por exemplo, exige-se do juiz, no que concerne aos poderes instrutórios, que busque suprir a deficiência probatória das partes com a sua atuação *ex officio* — ressalte-se que, embora a atuação assistencialista não se deva cingir à fase instrutória, permeando toda a relação jurídico-processual, é na instrução que tem o campo mais vasto para a sua expressão.

A doutrina moderna vem enfrentando, em relação ao tema acima, tormentoso problema, do qual não devemos nos esquivar de discutir sob a singela escusa de que a matéria suscita dúvidas e controvérsias, encontrando-se ainda no mero plano das especulações. Trata-se da análise da equação envolvendo a atuação assistencial

do juiz na condução do processo e os limites impostos pelo princípio processual da imparcialidade.

Para o estudo da questão, há que se colocar uma premissa necessária ao desenvolvimento do estudo do tema.

Há que se proceder, assim, à constatação, já consolidada pelo tempo, de que o processo, quanto à sua natureza, é uma relação jurídica.

Destarte, “é inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexó que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus”²⁹.

Encontramo-nos, pois, diante de uma relação jurídica extremamente complexa — complexidade esta decorrente especialmente do fato de que há mutabilidade das posições dos sujeitos, segundo os diversos atos processuais (o que, aliás, somente se dá em virtude de o processo tender a uma prestação final, a sentença, diferida no tempo).

Desse modo, por exemplo, ora o juiz — um dos sujeitos dessa relação — tem deveres (como o de prestar a tutela jurisdicional ou o de zelar pela “urbanidade” no

processo), ora tem poderes (como o poder de polícia em audiência). A mesma variabilidade de posições perante a relação jurídica instaurada se dá com os demais sujeitos do processo.

Tecidas essas considerações preliminares, indague-se, diante da premissa: existe, nessa relação, o poder de o juiz assistir a parte mais frágil na relação jurídico-processual inaugurada?

Inicialmente, há que se entender poder como a capacidade atribuída a alguém de sujeitar outras pessoas ao seu comando, o que irá, naturalmente, acarretar modificações na esfera jurídica destas. A esse poder corresponde o dever de sujeição destas à ordem imposta, ainda que resulte em alterações jurídicas desfavoráveis.

Todo poder deve ter uma fonte de legitimação. Assim, os poderes do juiz no processo são legitimados, hoje em dia, pelo direito, escolhido pelo povo.

Considerando-se, portanto, o direito, há que se constatar o que se segue: não mais se pretende um direito processual em que o processo, uma das suas noções basilares, decorra de uma atividade jurisdicional desprovida de escopos sociais e políticos.

Como bem lembrado por Cândido Rangel Dinamarco³⁰, “na realidade as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com crença de ser suficiente explicar a função jurisdicional, que antes de

tudo é política, em face da mecânica do direito”. Ainda na trilha de Dinamarco, tem-se que o redimensionamento dessa visão teleológica é indispensável, passando a considerá-la também a partir de seus escopos sociopolíticos. Assim, além de se abandonar uma visão reducionista do fenômeno jurídico, com essa tomada de consciência finalística da jurisdição — e, como consectário, do processo —, possibilita-se o “correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe”, a fim de se potencializar os resultados obtidos pela atuação jurisdicional.

Portanto, diante de todas as observações anteriormente expostas, é possível dizer que há legitimidade, a partir dos instrumentais jurídicos hoje existentes, para a ocorrência de um poder assistencial do juiz no processo.

Por poder assistencial deve-se entender a capacidade de o juiz influir na esfera jurídica das partes, promovendo a igualdade entre litigantes inicialmente desiguais na relação jurídico-processual. A partir da atuação constante, o juiz envida esforços para, na promoção da igualdade efetiva entre os litigantes, facilitar o acesso à justiça, no sentido amplo, à parte menos favorecida na relação jurídico-processual. Assim, compensa-se a desigualdade processual com a participação efetiva do juiz em favor da parte menos assistida.

Em princípio deve-se assentar que, ao restituir a

igualdade das partes, a partir do assistencialismo à parte mais fragilizada processualmente, o juiz não conspira contra o princípio da imparcialidade, já que restaura a paridade das armas no processo. Não é possível conceber a existência de imparcialidade em uma relação em que, já de início e diante da própria natureza da demanda, uma das partes estivesse em situação de desigualdade.

Por exemplo: ao estabelecer a igualdade entre o consumidor mais fragilizado e a grande empresa, detentora de maiores facilidades processuais, especialmente probatórias, o juiz nada mais fez do que possibilitar, na relação processual, a restauração do tratamento igualitário — portanto, houve, aqui, preservação da própria imparcialidade, já que parcial seria o juiz que deixasse a parte menos assistida incapacitada de se igualar à outra no plano processual.

Frise-se, ainda, em consonância com todo o exposto, que a parte assistida deverá encontrar-se em situação processual menos favorável, decorrente de sua posição ante os fatos produzidos no processo. No entanto, não há como olvidar que, na maioria das vezes, essa condição no processo retrata uma situação fática anterior mais desfavorável. De quem é desconhecido, *verbi gratia*, que grandes empresas multinacionais, inicialmente, possuem condições de se encontrar mais bem representadas em juízo, em vista do poder econômico que possuem, do que o simples morador

(considerado isoladamente e não de forma associativa) de um bairro prejudicado pela atuação poluente dessa empresa? Nesse caso, por exemplo, nada obsta uma participação mais ativa do juiz no processo — já que somente esta garantirá o acesso à ordem jurídica justa.

Logo, ao contribuir para que se desse a paridade das armas no processo, a partir da equiparação das situações processuais, o juiz nada mais fez do que atuar em favor da preservação do princípio da imparcialidade — atuando de forma efetiva para a garantia do pleno acesso à justiça.

Ressalte-se que se busca, quando se fala em imparcialidade, que as partes estejam eqüidistantes do juiz. A eqüidistância, por sua vez, somente ocorrerá se o juiz buscar para perto de si, na mesma proporção da outra, a parte menos favorecida na relação que se iniciou. A princípio, por força das vantagens de uma das partes, a semelhança de distâncias é inexistente. Portanto, parcial será o juiz que, quedando-se inerte, não promover diligências no sentido de trazer a parte mais frágil na relação jurídico-processual para próximo de si, preservando, assim, a conhecida eqüidistância.

Conforme já se prelecionou, “embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa

‘igualdade de armas’ — a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo”³¹.

Portanto, quando se trata da atuação assistencial do juiz — questão intimamente ligada à busca da garantia da paridade das armas no processo e, como consectário, ao amplo acesso à justiça —, há que se saber até onde avançar e a que custo.

Na busca da utopia da igualdade efetiva das partes, há que se ir o mais longe possível, daí a indispensabilidade do prestígio aos poderes assistenciais no processo.

O custo é claro: há que se distanciar, para a sua justificativa, de todo um ensinamento jurídico herdado das concepções clássicas. Custa, portanto, o redimensionamento de toda uma herança jurídica histórica deixada por diversas gerações.

Assim, é necessário frisar que, diante da nova ordem, especialmente com o advento da Constituição de 1988, a postura do juiz deve corresponder de modo satisfatório às novidades ali colocadas. Prestigiado constitucionalmente, de forma plena, o direito de acesso

à ordem jurídica, os poderes assistenciais do juiz no processo devem ser vislumbrados a partir dessa realidade inédita. E, como já prelecionou, com a habitual argúcia, Ada Pellegrini Grinover³², “acresça-se a dificuldade de adaptação a uma ordem jurídica profundamente inovadora, traçada pela Constituição, a demandar do juiz a postura de árbitro de controvérsias de dimensões sociais e políticas; e ter-se-á a medida da grande dificuldade de entrosamento entre a mentalidade do juiz brasileiro e as novas funções que institucionalmente lhe demandam”.

De tudo quanto exposto, percebe-se que o tema ainda é capaz de suscitar diversas celeumas. No entanto, diante da nova realidade processual que se nos apresenta, não há mais que se admitir a atuação conformista do juiz. Afinal, na democracia participativa, que deve nortear também os rumos do processo, todos os cidadãos devem participar — e o juiz, cidadão, também, e principalmente, na direção da relação jurídico-processual, não pode quedar-se inerte, como “mero convidado de pedra”.

Destarte, mesmo diante da estreiteza que possa aparentar a lei processual, há que se constatar que a mobilidade dentro de seus limites depende de um exercício constante de interpretação mais consentânea com a realidade dos escopos da atuação jurisdicional. Aliás, como visto, o estreitamento da leitura dos limites legais — especialmente com as normas processuais da

nossa atual Constituição, que prestigia, como nunca, o amplo acesso à ordem jurídica justa — decorre mais de uma deficiência de formação jurídica. Herdeiros que somos de uma visão ultrapassada dos fenômenos processuais e da finalidade da atuação jurisdicional, ainda vem sendo constatado um apego freqüente às fórmulas tradicionais para a solução de fenômenos típicos de uma modernidade processual que já se nos apresenta factível.

Já quanto ao outro requisito do devido processo legal — isto é, o acesso à justiça —, o próprio Texto Constitucional facilitou o acesso ao Judiciário ao prestigiar, por exemplo, a justiça gratuita (art. 5º, LXXIV) ou a isenção de custas nas ações populares e no *habeas data* (art. 5º, LXXVII). Aliás, mesmo a questão anteriormente analisada possui íntima relação com o acesso à justiça.

No entanto, o tema do acesso à justiça — e, mais do que isso, a “ordem jurídica justa”, aproveitando a feliz expressão utilizada por Kazuo Watanabe — é bastante amplo, não se resumindo apenas à maior facilidade de ingresso com a ação no Judiciário. Implica, ainda, a análise da busca da efetividade da ação proposta — já que somente assim terá ocorrido amplo acesso a essa almejada ordem jurídica justa. Como dito, o amplo acesso é à justiça, e não meramente ao Judiciário — o que reforça a tese da extrema grandiosidade da matéria.

Passemos, agora, à análise do princípio do

contraditório — um dos aspectos do devido processo legal —, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O contraditório consiste na possibilidade de uma das partes se manifestar contrariamente à pretensão deduzida pela outra parte, podendo inclusive apresentar contraprova³³. Frise-se que o contraditório vige durante toda a relação jurídico-processual; sempre que uma parte se manifestar, deve-se abrir oportunidade à outra para contraditar. Logo, o contraditório existe não somente no que concerne à fase postulatória, estendendo-se às demais fases do processo. Como já colocado por Liebman, “esse princípio imprime a todo o procedimento uma estrutura contraditória, uma vez que o juiz atua sobre todas as partes e estas devem poder assistir ao seu desenrolar, defendendo e comprovando as suas razões”³⁴.

Perceba-se que a noção de contraditório é essencialmente potencial; aberta a possibilidade de manifestação da parte sem que esta se manifeste, não se pode dizer que houve mácula ao contraditório. Assim, por exemplo, ocorre com a revelia, em que, embora haja devida possibilidade de apresentação de contestação por parte do réu, este se queda inerte.

Urge frisar que não fere o contraditório a concessão de liminares *inaudita altera pars* ou de tutela antecipada. Nesses casos, pretende-se apenas, presentes os requisitos legais, evitar o imediato

periclitamento do direito, devendo-se, logo a seguir, abrir oportunidade de manifestação à outra parte. O periclitamento do direito implicaria a inviabilidade da própria instauração da relação jurídico-processual, sem que nem sequer pudesse, no momento devido, ocorrer o contraditório.

Outro princípio diretamente relacionado com os anteriores é o da igualdade, extraído, inclusive para o direito processual — bem como para outros ramos do direito —, do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Embora já se tenha, indiretamente, tratado desse princípio ao se mencionar a “paridade das armas no processo”, cabe, aqui, uma única observação complementar. Esse dispositivo, além de vir previsto na Constituição Federal, vem expresso também no art. 125, I, do Código de Processo Civil. Também deve ser vislumbrado, como se verificou anteriormente, sob a ótica dos poderes assistenciais do juiz.

Há, ainda, o princípio do juiz natural, segundo o qual o processamento e o julgamento das causas deve-se dar perante juiz investido do poder jurisdicional, com a competência devidamente indicada pela Constituição Federal. Proíbe-se, ainda em consonância com esse princípio, a criação de tribunais de exceção, ou seja, aqueles concebidos *ad hoc* (para o processamento e julgamento de certo caso). As normas concernentes ao princípio, inclusive a proibição dos tribunais de exceção, vêm previstas no art. 5º, LIII e XXXVII, da Constituição

Federal. A respeito do princípio do juiz natural, já destacava Liebman: “a locução ‘juiz natural’ equivale à de ‘juiz previamente instituído em lei’, isto é, juiz instituído e determinado com base em critérios gerais fixados com antecedência e não com vistas a certas controvérsias em particular”³⁵.

Por fim, deve-se destacar, *en passant*, os princípios da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), da publicidade (arts. 5º, LX, e 93, IX)³⁶ e do duplo grau necessário. Registre-se que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, houve a introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Portanto, pode-se afirmar a existência do princípio constitucional da celeridade.

Feitas as digressões anteriores sobre aqueles princípios que efetivamente entendemos existir na Constituição, ressalte-se que outras normas podem até mesmo trazer preceitos indispensáveis ao direito processual, mas não se deve entender que elas encerram, em seu texto, princípios processuais, como por exemplo aquela referente às provas, existente no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

7.2. Demais princípios processuais

7.2.1. Os princípios processuais e o processo civil

Além dos princípios processuais constitucionais, há aqueles que defluem dos demais componentes do sistema processual.

Destarte, inicialmente, há os princípios dispositivo e inquisitivo. Pelo princípio inquisitivo, há plena liberdade de iniciativa do juiz na instauração e no desenvolvimento regular da relação jurídico-processual. Já pelo princípio dispositivo, toda a iniciativa do processo é atribuída às partes, quer quanto à sua instauração, quer quanto ao seu desenvolvimento³⁷.

Atualmente, nenhuma legislação processual adota integralmente apenas um dos dois princípios anteriores. No caso específico da legislação nacional, o Código de Processo Civil adota como regra o dispositivo, como se depreende de seu art. 2º; no entanto, há regras de mitigação desse princípio, como se depreende dos arts. 262 e 130 do Código de Processo Civil, além do próprio raciocínio anteriormente desenvolvido a respeito do princípio da paridade das armas no processo.

Ao lado dos princípios anteriores, deve-se atentar também para o princípio da boa-fé e da lealdade processuais. Para que o processo seja útil e eficaz a toda a sociedade, é indispensável que os atos sejam realizados com boa-fé e lealdade. Assim, não há como admitir, por exemplo, chicanas processuais. Nesse sentido, confirmam-se os arts. 16 a 18, 129, 600 e 601 do

Código de Processo Civil.

Há que se realçar, por fim, o princípio da oralidade. Este, por sua vez, é constituído por outros subprincípios e regras, a saber:

1) *da imediação*: por este, “só aquele que convive com o procedimento, ouviu os relatórios das partes e tomou parte na produção das provas, está em posição de assumir responsabilidade plena pela decisão”³⁸.

2) *da concentração dos atos processuais*: a concentração “significa a reunião de atos num mesmo momento processual, v. g., a audiência, reunião da instrução, discussão e julgamento, todos encadeados e que possibilitam uma conclusão mais real e adequada aos fatos e ao direito”³⁹.

3) *da identidade física do juiz*: o juiz da instrução da causa deve, necessariamente, coincidir com o juiz que irá julgar a causa. No processo civil, observe-se o disposto no art. 132 do Código, que somente admite as exceções ali consignadas.

Antes da mudança promovida no art. 132 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.637, de 1993, esse dispositivo continha como previsão de exceção ao princípio da identidade física ali insculpido a hipótese de transferência (também conhecida como remoção). No entanto, não existindo razões para essa exceção, a Lei n. 8.637, de 1993, excluiu a transferência (ou remoção) como hipótese para a inobservância deste último. A respeito

confira-se parte do relatório do Recurso Especial n. 19.826-0/PR, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo:

“(…) Embora essa alteração não repercuta de modo direto sobre a espécie de que se cuida, posto só incidente sobre atos processuais posteriores à sua edição, reflete a orientação jurisprudencial e doutrinária, que se veio cristalizando em torno da interpretação do referido preceito, tal como concebido pelo legislador de 1973. Em sua nova redação, conquanto tendente a possibilitar maior flexibilidade em relação ao princípio da identidade física do juiz, não mais se contemplou a ‘transferência’ como causa de desvinculação em já estando concluída a instrução. Agora, os casos ressalvados são os de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, nos quais se permite ao sucessor do juiz que tenha encerrado a etapa probatória sentenciar. As três primeiras situações (convocação, licença e afastamento) justificam-se como exceção na medida em que importam em retardo não raras vezes indefinido na entrega da prestação jurisdicional, do que advém prejuízo às partes, sendo-lhes menos gravoso a submissão a julgamento pelo sucessor, ainda que em detrimento do referido princípio. Já as duas últimas (promoção e aposentadoria) encontram explicação na passagem para outra entrância ou instância e nesse caso a terminologia própria é acesso — ou perda de jurisdição. O que, em conclusão, impende ficar assentado é que, já estando encerrada a instrução, a

simples remoção (impropriamente nominada ‘transferência’) do magistrado que a tenha conduzido e concluído, ainda que para outra comarca de mesma entrância, não o desvincula do feito permanecendo ele incumbido de proferir sentença (...)”.

O julgado acima deu origem à seguinte ementa:

“Processo Civil — Princípio da identidade física — Código de Processo Civil, artigo 132 — Sentença proferida por juiz diverso do que conduziu e concluiu a instrução — ‘Transferência’ (‘Rectius’, Remoção) para outra Vara da mesma Comarca — Recurso desacolhido — 1 — Encontrando-se já encerrada a instrução do feito, a simples remoção do juiz que a tenha conduzido e concluído, máxime se realizada para outra Vara da mesma Comarca, não faz cessar a vinculação, incumbindo-lhe proferir sentença. 2 — Interpretação que se coaduna com a nova redação do artigo 132, dada pela lei n. 8.637/93, que não mais contemplou a remoção — impropriamente denominada ‘transferência’ pelo legislador de 1973 — como causa de desvinculação nas hipóteses em que finda a fase instrutória” (REsp 19.826-0-PR, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24-8-1993, v. u.).

Na mesma linha, há que destacar os seguintes julgados:

“Processo Civil. Conflito Negativo de Competência. Identidade Física do Juiz. Artigo 132 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.637/93.

Remoção de Juiz Federal para outra Subseção Judiciária. Vinculação ao Processo. 1. O juiz que tenha concluído a instrução processual, ainda que removido para outra Subseção Judiciária, continua vinculado ao processo para julgamento da lide, não constituindo a remoção situação abrangida pela expressão afastamento por qualquer motivo previsto no artigo 132 do Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte. 2. A expressão ‘afastamento por qualquer motivo’ alcança apenas aquelas situações em que o juiz não se encontra no exercício da judicatura, o que não é hipótese da remoção. 3. Conflito de competência procedente para declarar a competência do juiz suscitado que presidiu a audiência e concluiu a instrução” (TRF da 3ª Reg., 3ª Seção, CComp 2002.03.00.018171-2, rel. Des. Galvão Miranda, *DJU*, 23 abr. 2004, p. 285).

“Processual Civil. Conflito Negativo de Competência. Ação de Concessão de Benefício de Amparo Social. Princípio da Identidade Física do Juiz. Remoção de Juiz Federal. I — Dispõe o artigo 132 do Código de Processo Civil que o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. II — A remoção do magistrado não está elencada entre as exceções legais ao princípio da identidade física do juiz, motivo pelo qual juiz que presidiu a audiência e concluiu a instrução processual

não desvincula do julgamento do processo. III — Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado” (TRF da 3ª Reg., 3ª Seção, CComp 2002.03.00.017934-1, rel. Des. Sergio Nascimento, *DJU*, 22 dez. 2003, p. 119).

Por fim, colhe registrar a existência de julgados que versam exatamente sobre a indispensabilidade do respeito ao princípio da identidade física. Nesse sentido:

“Processo civil. Identidade física do juiz. Nulidade da sentença reconhecida pelo tribunal *a quo*. O juiz que concluir a audiência só não julgará a lide se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado (CPC, art. 132, *caput*); não se exonera dessa obrigação o juiz que permanece atuando na vara onde ultimou a instrução. Recurso especial conhecido e não provido” (REsp 493838, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ*, 1º mar. 2004, p. 180).

“Processo Civil e Previdenciário. Pensão por Morte. Identidade Física do Juiz — art. 132 do CPC. Nulidade da Sentença. I — Pelo princípio da identidade física do juiz, o mesmo juiz que haja concluído a instrução da causa deve ser o mesmo a proferir o *decisum*. II — Há a presunção de que o julgador, que iniciou a audiência e concluiu a instrução, tem a possibilidade de avaliar a credibilidade das informações prestadas, através de contato direto e pessoal com as partes e testemunhas, tomando-lhes os depoimentos e exigindo-lhes esclarecimentos, de forma a poder formar o seu convencimento com muito mais segurança do que aquele

juiz que não teve esse contato. III — A sentença proferida por juiz diverso do que concluiu a colheita da prova oral — relevante para a causa posta em juízo — torna-se nula, pela incompetência funcional absoluta do sentenciante” (TRF da 2ª Reg., 6ª T., AC 2001.51.07.000409-4, rel. Juiz Sergio Schwaiber, DJU, 29 abr. 2003, p. 208).

4) *da irrecurribilidade das interlocutórias*: as decisões interlocutórias, como se verá, são aquelas que, sem findar o processo, resolvem questões controvertidas no curso da relação processual. O ideal de uma justiça oral e mais célere é que essas decisões sejam irrecurribéis. No entanto, no processo civil pátrio tal incorre, já que as interlocutórias são passíveis de recurso (agravo de instrumento).

7.2.2. *Os princípios processuais e o processo penal*

Primeiramente, urge frisar que inexistente a identidade física do juiz no processo penal, conforme iterativa jurisprudência⁴⁰ e doutrina⁴¹.

Aliás, há que se observar que, “conforme a doutrina, os princípios gerais do processo penal são identificados através da seguinte classificação: a) Princípios relativos à promoção processual: I — princípio da oficialidade; II — princípio da legalidade; III — princípio da acusação; b) Princípios relativos ao prosseguimento processual: I — princípio da investigação; II — princípio da

contraditoriedade; III — princípio da audiência; IV — princípio da suficiência; V — princípio da concentração; c) Princípios relativos à prova: I — princípio da investigação ou da ‘verdade material’; II — princípio da livre apreciação da prova; III — princípio do ‘in dubio pro reo’; d) Princípios relativos à forma: I — princípio da publicidade; II — princípio da oralidade; e III — princípio da imediação”⁴².

O princípio *da oficialidade* é caracterizado pelo “caráter público das iniciativas da reação legal deflagradas contra o delito”⁴³. Exemplo desse princípio, no nosso processo penal, é a consagração da ação penal pública como regra. O princípio *da legalidade*, pelo qual se exige uma lei prévia reguladora do procedimento adequado, é desdobramento no nosso direito do devido processo legal, já estudado anteriormente. Pelo princípio *da acusação*, a acusação a cargo do Ministério Público é que define os limites da lide. O princípio *da investigação*, ligada à atividade instrutória, encontra-se ligado intimamente à busca da verdade material no processo penal. O *da contraditoriedade* se confunde com o já estudado princípio *do contraditório*. O princípio *da audiência* se manifesta em duas modalidades em nosso ordenamento. Assim, “haverá a presença direta do acusado perante a autoridade judiciária, quando estiver preso ou comparecer espontaneamente, procedendo-se ao interrogatório cuja

realização, em tais circunstâncias, é obrigatória sob pena de nulidade (CPP, arts. 6º, V; 185 e 564, III, e, segunda parte). E ocorrerá o exercício indireto do direito de audiência quando o acusado comparecer perante a autoridade através de petição de seu defensor”⁴⁴. Pelo princípio *da suficiência*, busca-se evitar obstáculos, em vista de questões prejudiciais, ao exercício da pretensão punitiva do Estado. A respeito devem ser vistos os arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal. O princípio *da livre apreciação da prova*, segundo o qual o juiz deve ter liberdade para melhor apreciar as provas produzidas no processo, em nosso entender, não é pertinente à teoria geral do processo, mas sim à teoria geral das provas. Segundo Ariel Dotti⁴⁵, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o princípio do *in dubio pro reo* estaria consagrado, no plano processual, no art. 386 do Código de Processo Penal, segundo o qual, não havendo prova suficiente, o juiz deve absolver. Os princípios *da publicidade, da oralidade, da imediação, e da concentração*, por sua vez, foram todos estudados anteriormente, aplicando-se ao processo penal da forma já analisada. Tem-se defendido, ainda, a existência do princípio *da presunção da inocência*, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”)⁴⁶.

7.2.3. *Os princípios processuais e o processo do trabalho*

No processo do trabalho, há que se observar que, considerando-se todos os princípios processuais já enumerados de forma genérica, constitucionalmente ou não, há certas peculiaridades que devem ser ressaltadas.

Como já se ressaltou alhures, os princípios do processo trabalhista, “apesar de, em grande parte, terem sua origem no processo civil, vêm adquirindo, com a aplicação de suas regras pelos tribunais e juízes, um cunho peculiar”⁴⁷.

Assim, por exemplo, “a índole protecionista do direito material (do trabalho) tem de refletir no processo, não a ponto de gerar desigualdade de tratamento entre as partes na tramitação da causa, mas, por exemplo, quanto aos critérios da avaliação da prova; em especial, quando esteja em jogo interesse material ou moral do empregado numa dispensa por justa causa”⁴⁸. Aqui, fazemos remissão à parte do estudo em que tratamos do poder assistencial do juiz e a imparcialidade. No processo do trabalho, em que a desigualdade dos litigantes é, geralmente, flagrante, aquelas observações se revelam em todo o seu ápice — devendo servir, inclusive, como fonte de inspiração, mormente para os juízes cíveis em geral.

Por seu turno, Wagner D. Giglio, ao justificar a

autonomia do processo trabalhista, chega a falar na existência de princípios próprios. Após discorrer sobre a instrumentalidade do processo, que serve efetivamente ao direito material, assevera que as características próprias do direito material do trabalho “imprimem marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade desaparece, mas persiste no processo”⁴⁹. Assim, advoga a existência, no processo do trabalho, também do princípio protetor. Como vimos anteriormente, a atuação assistencialista do juiz também passou a ser uma preocupação do processo civil, quando há desigualdade entre os litigantes. E, no processo penal, também aparece em algumas situações em vista da presença do princípio d o *in dubio pro reo*. Portanto, o princípio protetor, guardadas as peculiaridades de cada ramo, não é mais típico apenas do processo do trabalho. Discorre Giglio, por fim, a respeito dos princípios da despersonalização do empregador e da simplificação procedimental⁵⁰. Contudo, ambos também não podem ser considerados princípios. Além disso, no caso da busca da simplificação procedimental, não se pode dizer que esta é um ideal apenas do processo trabalhista, pois, atualmente, vem sendo perseguida também, e na medida do possível, no processo civil.

1 Cf. *Conflicto de normas*, São Paulo: Saraiva, 1987.

2 Amauri Mascaro Nascimento, *Direito sindical*, São Paulo: Saraiva, 1989.

3 Os conflitos trabalhistas, a arbitragem e a justiça do trabalho, *LTr*, v. 47, mar. 1983, p. 271-80.

4 Nesse sentido confirmam-se as lições de Octavio Bueno Magano, *Manual de direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 1988, v. 3.

5 Conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe (coord.), *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

6 Publicado na *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, v. 1, n. 3, set./dez. 1997, p. 70-5.

7 A negociação coletiva no contexto democrático: sistema brasileiro e avaliação de experiências pós-corporativas estrangeiras, *LTr*, São Paulo, out. 1985, v. 49, n. 10, p. 1169-86.

8 Explica Ugo Rocco que “cuando el Estado, aún limitando sus poderes, conserva, sin embargo, para sí una posición predominante frente al ciudadano, de modo que en sus derechos haya fuerza superabundante que constituye la soberanía, la relación que ello se sigue es ciertamente de derecho, pero de derecho público: el Estado se presenta,

todavía, provisto de soberanía, es decir, como verdadero y propio Estado” (cf. *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá-Buenos Aires: Ed. Temis/Depalma, 1983, v. 1, p. 182).

9 “Otras veces, en cambio, ocurre que la autolimitación es mayor, y se sitúa en una condición de igualdad frente a los ciudadanos, sino que aparecen como de la misma naturaleza que los que pueden corresponder a cualquier ciudadano. En tal caso, el Estado hace espontáneamente dejación de su soberanía, y se sitúa en una condición de igualdad frente a los ciudadanos, y entonces las relaciones que de ello se siguen, son de derecho privado” (Ugo Rocco, *Tratado*, cit., v. 1, p. 182).

10 “El concepto de fuente de derecho es un derivado, una manifestación de sentido figurado, que tiene como modelo la fuente natural, o manantial; aquello dónde surge, dónde se origina y cómo se manifiesta el derecho” (Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 67).

11 “Son fuentes materiales los orígenes o fundamentos reales, las causas verdaderas de que la norma existe y se manifiesta de una o otra forma” (Barrios de Angelis, *Introducción*, cit., p. 67).

12 Como já afirmó Eduardo J. Couture, “el régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución. El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por el constituyente” (*Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1978, t. 1, p. 21).

13 Arnaldo Süsskind, Délio Maranhão e Segadas Vianna, *Instituições de direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 167.

14 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

15 Luiz Fernando Coelho, *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 53-4.

16 Eros Roberto Grau, Equidade, razoabilidade e proporcionalidade, *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, n. 78, p. 29, set. 2004.

17 *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 208.

18 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 189.

19 No entanto, “não se deve supor que na interpretação extensiva alguma idéia nova se acrescente à lei; ou que na interpretação restritiva algo se lhe retire. O que realmente se passa é que a lei se exprime por palavras; algumas vezes nela se encontram sinédoques, isto é, o emprego do todo em vez da parte, o plural pelo singular, o gênero em lugar da espécie, ou vice-versa (p. ex.: nas comarcas com mais de mil almas; o homem é racional). Se a lei emprega uma expressão genérica para designar uma espécie (p. ex.: todo mortal deverá ser recenseado, ao invés de todas as pessoas) é preciso interpretá-la restritivamente, pois restrito é o sentido nela. Se ela usa a parte para significar o todo (p. ex.: são direitos do cidadão, na aceção de pessoas, cidadãos ou estrangeiros), cumpre interpretá-la extensivamente. E é isso que diz o art. 3º: ‘a lei processual penal admitirá interpretação extensiva’. Se, por exemplo, uma lei processual fala em crime

para designar infração penal, ela deve ser estendida às contravenções que não são crimes, em sentido estrito, mas o são no significado amplo da palavra” (Hélio Tornaghi, Curso de processo penal, São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 25 e 26). Por outro lado, o mesmo autor menciona a aplicação analógica como forma de se fazer atuar a analogia (Curso, cit., v. 1, p. 26). A respeito dessas duas modalidades de interpretação, há que se observar, ainda, as seguintes lições: “O art. 3º admite expressamente a interpretação extensiva e a aplicação analógica, o que se compreende, pois no próprio Direito Penal Substantivo, aquela é admissível, desde que se considere como tal a ampliação do sentido ou alcance das palavras da lei, para que elas correspondam à vontade desta; como admissível é também a analogia in bonam partem, quando se trata de evitar decisões iníquas, que não condizem com as finalidades de uma justiça substancial, tratando-se, em regra, de exclusão de crime, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade. Enquanto nesse Direito a analogia sofre essa restrição, isto é, só se admite a favorável ao acusado, no Processual é ampla” (E. Magalhães Noronha, Curso de direito processual penal, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13).

20 “Es evidente que los procesos concluídos bajo el imperio de la ley anterior, no pueden ser influídos por las nuevas normas procesales: puesto que el proceso e la jurisdicción han cumplido su cometido, el resultado final de ellos queda firme, sin ser tocado por las nuevas normas de derecho procesal, salvando así los efectos que se siguen del proceso” (Rocco, *Tratado*, cit., v.1, p. 222).

21 “Ninguna cuestión puede surgir, por otra parte, respecto

de los procesos que deben iniciarse todavía, ya que es evidente que tendrán ellos que atenerse a las regras establecidas en la nueva ley procesal” (Rocco, *Tratado*, cit., v. 1, p. 222).

22 *Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997.

23 Apud Pedro Vidal Neto, *Natureza jurídica da seguridade social*, tese de concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1993.

24 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 385.

25 *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 86.

26 Calmon de Passos, *O devido processo legal*, cit., p. 86 e 87.

27 *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

28 A respeito veja-se, por exemplo, Enrico Allorio, que, em sua obra *Problemas de derecho procesal* (Buenos Aires: EJE, 1963, p. 308 e 309 e 390-6), faz constante apologia do juiz com amplos poderes instrutórios.

29 Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 252.

30 30. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 150.

31 Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988, p. 15.

32 *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 25.

33 “Así vemos en el proceso, a las partes, combatir la una contra la otra, y este combate lleva al choque e los pedernales, de manera que termina por hacer que salte la chispa de la verdad” (Carnelutti, *Como se hace un proceso*, Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 75).

34 Cf. *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 11.

35 35. Liebman, *Manual*, cit., v. 1, p. 10.

36 “A publicidade, como princípio do direito processual, se desdobra em dois aspectos; o primeiro, de que qualquer pessoa pode presenciar a realização dos atos processuais, examinar os autos e obter certidão; o segundo, de que os atos das partes e do juiz devem ser levados ao conhecimento da parte contrária (López da Costa, *Direito Processual Civil*). A única exceção é a das ações que corram em segredo de justiça, porque assim o exige o interesse público (novo CPC, art. 155, além de certas ações de família); naquele inclui-se o fundamento mais freqüente, o decoro. A Justiça deve evitar o segredo, pois a publicidade inspira superior confiança nela” (Valentin Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, comentário ao art. 770).

37 Comentando o direito processual civil alemão, Karl Heinz Schawb discorre sobre esses princípios da seguinte forma: “a) No processo civil, a instauração do procedimento depende sempre da iniciativa das partes. (...) *Ex officio* (de ofício) não se instaura nenhum procedimento no direito

processual civil. b) Ao contrário, levar o processo a termo, isto é, aos cuidados do *procedere*, conforme nosso direito contemporâneo, são, em maior parte, tarefa do juízo (...) Somente através de uma concentração do prosseguimento na órbita do juízo, pode ser afastado o perigo da procrastinação do processo” (Introdução ao direito processual civil alemão, *Revista de Processo*, jul./set. 1976, n. 3, p. 58). Essas concepções se aplicam perfeitamente ao nosso ordenamento jurídico.

38 Schawb, Introdução..., *Revista cit.*, n. 3, p. 58.

39 Cf. José Rubens Costa, *Manual de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 31. A respeito desse princípio, vejam-se ainda as seguintes lições: “Y concentración vale por cumplimiento del proceso en una o en pocas audiencias cercanas, sin paréntesis que lo interseccionen interrumpiéndolo y hagan perder así, en el momento del juicio, el recuerdo de cuanto se vió y se oyó en la instructoria” (Allorio, *Problemas de derecho procesal*, cit., p. 13).

40 No que pertine à matéria, por exemplo, confira-se o seguinte julgado: “Exceção de suspeição: promoção do juiz excepto, que não prejudica a exceção. Dado que o eventual reconhecimento da suspeição do juiz implica nulidade de todos os atos por ele praticados no processo, o afastamento do juiz excepto, por força de promoção, não prejudica a exceção de suspeição oposta, tanto mais quanto — *não se aplicando ao processo penal o princípio da identidade física* (STF, HC 67.420, Sydney Sanches) — os atos instrutórios presididos pelo excepto, em princípio,

permanecem válidos e eficazes” (HC 68.970, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 17-12-1991, *DJ*, 6 fev. 1992).

[41](#) Veja-se, por exemplo, Paulo Lúcio Nogueira, *Curso completo de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13.

[42](#) René Ariel Dotti, Princípios do processo penal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 117, jan./ mar. 1993, p. 92.

[43](#) René Ariel Dotti, Princípios..., *Revista cit.*, n. 117, p. 93.

[44](#) René Ariel Dotti, Princípios..., *Revista cit.*, n. 117, p. 100.

[45](#) Princípios..., *Revista cit.*, n. 117, p. 106.

[46](#) Veja-se Nogueira, *Curso*, cit., p. 12.

[47](#) Isis de Almeida, *Manual de direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 1991, v. 1, p. 37.

[48](#) Isis de Almeida, *Manual*, cit., v. 1, p. 46.

[49](#) *Direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 1987, p. 76.

[50](#) Wagner Giglio, *Direito processual do trabalho*, cit., p. 78.

Capítulo II

DA JURISDIÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O homem, como animal político, vê na agregação organizada uma das mais eficazes formas de solução de seus problemas. Daí a concepção do Estado.

Não obstante, em face do agigantamento natural do Estado, Montesquieu sistematizou uma forma de separação dos Poderes que já vinha, ainda que de forma incipiente, desenhada nos escritos de Aristóteles e de Locke. A partir da idéia de que o próprio poder controlaria o poder, a partir de sua compartimentação, criou-se um sistema de “freios e contrapesos”.

Com isso, concebeu-se a tripartição dos Poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Em sua obra *Do espírito das leis*, Montesquieu já atenuava a rigidez da divisão entre os diversos Poderes do Estado. Da leitura, especialmente do Capítulo VI do Livro XI, da mencionada obra, constata-se que o autor, contrariamente ao que entendem alguns, não vê os Poderes como algo estanque; pelo contrário, admitindo a unidade do poder estatal, mencionava a ingerência de um dos Poderes do Estado em assuntos aparentemente excluídos de sua esfera de apreciação. Portanto, como já afirmava Léon Duguit, “a confusão entre a separação de

funções não provém de Montesquieu, mas de seus intérpretes”1.

O Estado tem sido concebido, através dos séculos, como ente que existe para a plena realização do homem, quer considerado isoladamente, quer vislumbrado no interior de um grupo social. No entanto, surge-lhe, opostamente, uma vocação para se agigantar, tornando-se “voraz devorador” do próprio homem, para o qual deveria atuar na figura de servidor. Dessa maneira, concebeu-se uma divisão interna dos Poderes que se enquadra em qualquer tipologia clássica externa dos governos.

O homem, que cria o Estado, precisa proteger-se do Estado. Assim, a divisão funcional do poder estatal é uma forma de o indivíduo e a coletividade não ficarem subjugados a uma vontade pessoal ou do pequeno grupo que os governa, com o que a separação dos Poderes aparece hoje como uma das garantias dos direitos humanos fundamentais².

No entanto, urge frisar, como já ressaltamos, que a tendência moderna é a aceitação de maior flexibilidade nos limites da competência de cada um dos Poderes. A nenhum deles é reservada com exclusividade a realização de certa função, sendo o critério para a sua distinção o da preponderância das atividades desenvolvidas.

Destarte, houve, segundo Celso Bastos, “uma perda gradativa da pureza de cada uma das funções do

Estado”, passando cada um dos Poderes a realizar também atividades atípicas³.

Há que se distinguir, assim, entre as atividades típicas realizadas individualmente pelos Poderes da República e suas atividades atípicas.

A cada um dos Poderes fica reservado o exercício precípua de uma atividade específica, a saber: ao Poder Legislativo cabe a atividade principal de natureza normativa; ao Executivo reserva-se a atividade principal de caráter administrativo; ao Judiciário fica reservada a atividade principal de índole jurisdicional.

No entanto, nenhum desses poderes realiza as funções antes nominadas de forma exclusiva. Assim, por exemplo, o Judiciário também realiza atividade administrativa, quando organiza a forma de atuação de seus servidores ou quando os tribunais editam resoluções, voltadas ao melhor andamento dos serviços cartorários. O Legislativo, por sua vez, também julga, como no caso, por exemplo, de crimes de responsabilidade cometidos pelo presidente da República. O Executivo, v. g., normatiza quando edita medidas provisórias. No entanto, todas essas funções são atípicas, não sendo as preponderantemente realizadas pelos Poderes, sob pena de se desvirtuar a sua razão institucional de existir.

Devemos, diante do exposto, ter em mente o que significa cada uma dessas atividades, pois somente assim será possível discernirmos a atuação jurisdicional

das demais atuações estatais — o que é imprescindível, já que à teoria geral do processo interessa sobretudo a atividade jurisdicional⁴.

A função normativa ou legislativa — desempenhada preponderantemente pelo Poder Legislativo — decorre da atividade primária do Estado. Fazer leis é “cronologicamente a primeira manifestação de vitalidade do Estado”, sendo a atividade inicial da qual as demais irão defluir. Normatizar ou legislar, como forma de atuação estatal, consiste na produção de padrões de conduta gerais, abstratos e obrigatórios. A generalidade da lei é patente, na medida em que atinge a todos indistintamente. Sua abstração decorre do fato de que a sua previsão se faz em abstrato, sendo que somente irá atuar a partir da sua concretização perfeita em determinada situação. Já a obrigatoriedade é resultado da coercibilidade da qual a atuação normativa deve ser revestida, sob pena de ineficácia do comando insculpido na lei. A função normativa, da qual o Legislativo é o principal arauto, decorre de um processo legislativo previsto na própria Constituição. Observadas as formalidades, portanto, para o desempenho dessa atividade, há possibilidade de desencadeamento da atuação dos demais Poderes estatais, já que atuam sempre em conformidade com o comando legal.

Tanto a atividade administrativa (típica do Executivo) quanto a jurisdicional (típica do Judiciário) decorrem da atuação da lei, somente se diferenciando na

forma dessa atuação. Dessa forma, a atividade jurisdicional decorre do ato de fazer atuar a lei diante de uma situação litigiosa, enquanto, pela atividade administrativa, a lei pode ser atuada *ex officio*. Expliquemos: o juiz somente poderá dizer o direito, segundo as leis, diante de uma situação controvertida; já o administrador poderá dizer a lei mesmo sem controvérsia. Havendo uma discórdia, v. g., em torno da propriedade de determinado bem, se os conflitantes deduzirem a controvérsia em juízo, aí sim o juiz poderá decidir a demanda — não poderá, no entanto, a seu bel-prazer, dizer o direito sem que a controvérsia lhe seja deduzida. Por outro lado, quando há convocação para o cumprimento das obrigações por meio das Forças Armadas, o Executivo nada mais fez do que atuar a lei de ofício, ou seja, sem qualquer provocação, por ato próprio. Não obstante, como poderá ocorrer situações em que há controvérsia também em torno do ato administrativo, esse elemento, por si só, não é suficiente para caracterizar a atividade administrativa — v. g., no caso de lançamento do tributo antes de sua cobrança, quando se permite ao administrado insurgir-se contra esse ato, mediante a defesa administrativa. Nessa hipótese, houve controvérsia também na esfera administrativa. Por outro lado, há situações em que a atividade jurisdicional independe de controvérsia, embora dependa de provocação necessariamente, como no caso, que estudaremos no momento próprio, de

jurisdição voluntária. Assim, ao lado desse elemento, outros devem ser verificados quando se pretende diferenciar as atividades jurisdicional e administrativa.

Há, ainda, a diferença na definitividade da interpretação do direito. Enquanto, na atividade jurisdicional, a interpretação do direito é definitiva, o mesmo não se dá com a atuação administrativa, em que a interpretação é que acaba por criar uma obrigação para o indivíduo. Ora, no caso do Judiciário, depois de esgotadas todas as instâncias possíveis ou na falta de recurso, a interpretação do direito dada por um de seus órgãos é definitiva, não podendo ser mais revista. O mesmo, no entanto, não ocorre quanto à atuação do Executivo, já que a interpretação poderá ser revista, ainda que pelo Poder Judiciário. Assim, mesmo após a manifestação de todos os órgãos do Executivo a respeito da existência e validade da cobrança de dado tributo, o contribuinte insatisfeito poderá, ainda, buscar a revisão dessa interpretação no Poder Judiciário. Como conseqüência do exposto anteriormente, tem-se que na atividade jurisdicional há trancamento definitivo da situação litigiosa — com a ocorrência do que chamamos de coisa julgada, isto é, a impossibilidade da revisão da decisão judicial, depois de transcorridas todas as instâncias ou da ausência de recurso no âmbito de uma destas —, o mesmo não se dando, no entanto, na atividade administrativa.

Cotejada, dessa forma, com as demais atividades do

Estado, temos já o perfil da atividade jurisdicional⁵ — e, sendo a jurisdição uma das pedras de toque da teoria geral do processo, há efetivamente indispensabilidade, para esta obra, do seu exato delineamento. Sintetizando, poderíamos extrair as seguintes características peculiares à jurisdição:

Primeira, a jurisdição é atividade substitutiva, no sentido de que o Estado, com a sua atuação coativa, substitui a vontade dos indivíduos. Estes podem não desejar determinada solução dada pelo Judiciário, mas, uma vez provocado este e tendo havido de sua parte uma decisão que transitou em julgado, os indivíduos nada podem fazer a não ser acolher a interpretação dada por aquele Poder.

Segunda, a jurisdição é atividade instrumental, já que se trata de instrumento de atuação do direito material. Assim, mesmo não negando a autonomia do direito processual, não há como se fazer de uma de suas noções fundamentais, a jurisdição, a razão de ser do direito, já que se trata de um meio em si mesmo e não de um fim.

Terceira, a jurisdição é atividade declarativa ou executiva, já que declara a vontade concreta da lei ou executa o comando estabelecido na sentença ou em outro título executivo reconhecido legalmente. É claro que esta função declarativa não se circunscreve às regras, devendo ser estendida ao reconhecimento no sistema da existência dos princípios. Logo, declara-se o

direito segundo as regras e, sobretudo, os princípios.

Quarta, a jurisdição é atividade desinteressada e provocada. Como já dito, a jurisdição é inerte, e, para que prevaleça a imparcialidade do juiz, é indispensável que ocorra a provocação por parte dos conflitantes. Por outro lado, embora interesse ao Estado a solução do conflito, para a pacificação social, não está interessado, *a priori*, na solução em favor dessa ou daquela parte.

Quinta, a jurisdição decorre de uma situação de litígio — exceto, como veremos no momento oportuno, no caso da jurisdição voluntária.

Sexta, a jurisdição traz em seu bojo a idéia da definitividade da decisão proferida por um dos órgãos jurisdicionais. Aqui está presente a idéia de coisa julgada da sentença, que, no sentir de Liebman, nada mais é do que a qualidade da sentença de se tornar imutável.

2. PRINCÍPIOS INERENTES À JURISDIÇÃO

A atividade jurisdicional é informada por diversos princípios, os quais destacaremos a seguir. Inicialmente, tem-se o princípio do juiz natural, pelo qual a fonte primária e principal da atribuição da atividade jurisdicional aos diversos órgãos é a Constituição. Assim, a lei infraconstitucional não pode contrapor-se à Constituição no que concerne à atribuição de competência aos diversos órgãos jurisdicionais ou

mesmo a criar juízos ou tribunais de exceção. Estes seriam os criados excepcionalmente, apenas para o julgamento de determinadas situações, desaparecendo após findas estas. Não se pode chamar de juízo de exceção, por exemplo, uma das justiças especializadas, como, v. g., a Justiça do Trabalho. Estas consistem em juízos que existem para o julgamento de determinadas causas, especialmente segundo a sua natureza, constituindo importante fator de celeridade e de concessão de justiça material⁶.

Além do princípio anterior, informa a jurisdição o princípio da indeclinabilidade. Pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a todos é possibilitado o acesso ao Judiciário em busca da solução de suas situações litigiosas. Portanto, o juiz passa, com o ingresso da ação, a ter o dever de prestar a tutela jurisdicional, mesmo no caso da inexistência da lei — quando deverá decidir segundo a analogia, os costumes ou princípios gerais do direito. Daí não ser incomum dizer que a jurisdição é um poder/dever. O juiz tem o poder de dizer o direito, ao mesmo tempo em que este se consubstancia em um seu dever.

Há que se destacar também o princípio da indelegabilidade. O juiz exerce a atividade jurisdicional não em nome próprio, mas de toda uma coletividade, na figura do Estado. Logo, enquanto órgão do Estado, escolhido mediante concurso de provas e títulos ou outros meios (no caso dos tribunais superiores), exerce

atividade pública, que não pode ser delegada a outra pessoa, nem mesmo a outro Poder do Estado.

Já o princípio da aderência da jurisdição ao território significa que a jurisdição pressupõe um território em que é exercida. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal exerce a jurisdição sobre todo o País, e o Tribunal de Justiça de cada Estado-Membro sobre o território deste.

3. ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

Enquanto manifestação da soberania do Estado, a jurisdição é indivisível. No entanto, para efeitos didáticos e mesmo de organização forense, admitem-se algumas classificações.

Primeiramente, costuma-se falar em jurisdição penal, civil e especial. A primeira seria atribuída aos juízos responsáveis pela dicção do direito material penal. Assim, ao determinar a aplicação de uma pena para o delito de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, o juiz atuou com jurisdição penal.

A segunda seria atribuída aos juízos responsáveis pela dicção do direito material civil. Ao decidir uma ação de alimentos, o juiz teria atuado com jurisdição civil. Embora em muitas comarcas do interior juízes atuem com jurisdição cumulativamente civil e penal, ora dizendo um, ora dizendo outro direito, já existe a prática reiterada de se organizar a justiça, atribuindo-se a juízes de

determinadas varas jurisdição penal e de outras jurisdição civil. Essa técnica é extremamente importante, em nosso entender, para maior racionalização da prestação da tutela jurisdicional.

Por fim, a jurisdição especial seria aquela atribuída aos juízes do trabalho, eleitorais e militares — que dizem esses direitos especializados.

Além da classificação anterior, há outra, sobre a qual nos deteremos com maior cautela. Trata-se da distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. Dada a delicadeza do tema, abriremos tópico apenas para a sua análise.

4. DISTINÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Na jurisdição contenciosa, que seria, no dizer de muitos, a jurisdição propriamente dita, existe um conflito de interesses deduzido em juízo e a produção da coisa julgada. Como exemplo, teríamos uma ação em que se reivindica a propriedade de determinado bem imóvel.

Por outro lado, muitas vezes, embora não haja conflito de interesses, ou seja, situação litigiosa, dada a relevância ou a própria natureza da matéria discutida, é indispensável a presença do juiz. Aqui, estaríamos diante da conhecida jurisdição voluntária (também chamada de jurisdição graciosa ou administrativa)⁷, em que há apenas atuação administrativa do juiz, isto é,

administração pública, a partir da atuação judicial, de interesses privados. Nessa jurisdição compete ao juiz, em atividade meramente homologatória, verificar se houve observância das normas jurídicas na realização do ato jurídico.

Feitas essas considerações, poderíamos estabelecer o seguinte paralelo entre as duas espécies de jurisdição⁸:

JURISDIÇÃO CONTENCIOSA	JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
Existência de controvérsia	Inexistência controvérsia
Ocorrência de coisa julgada	Não há coisa julgada
Existência de processo	Existência mero procedimento
Existência de partes	Existência interessados

Em relação às características da jurisdição contenciosa e voluntária postas acima, há apenas que esclarecer alguns pontos.

Existindo controvérsia, obviamente que passadas todas as instâncias ou inexistindo recurso, quando se

decidir a demanda, a decisão não poderá mais ser alterada, fazendo coisa julgada. Este o pressuposto para a própria pacificação social, já que a controvérsia, com a sentença judicial, deixará de existir. Não se poderia tolerar a indefinível falta de solução do litígio. O mesmo, no entanto, não se dá com a jurisdição voluntária, já que, não havendo litígio, poderá ocorrer a alteração do conteúdo do julgado.

Do mesmo modo a controvérsia é responsável pela existência de uma relação jurídico-processual nos casos de jurisdição contenciosa. O processo, além de procedimento, como veremos mais tarde, é relação jurídica, em que emerge uma série de obrigações, direitos, deveres e poderes. Essa relação complexa não se encontra presente quando falamos de jurisdição voluntária, em que há mera soma de atos concatenados entre si — noção de procedimento.

Ainda da controvérsia emerge que, na jurisdição contenciosa, existem partes (o que vem da idéia de parcialidade dos envolvidos na demanda, isto é, autor e réu). Já na jurisdição voluntária, como incorre controvérsia, não está presente a parcialidade dos pretendentes da atuação jurisdicional. Portanto, correto dizermos que nesta última existem apenas interessados e não partes.

De tudo quanto exposto, percebe-se que o juiz, na jurisdição voluntária, exerce funções meramente notariais. Para muitos, tal atividade nem sequer seria

jurisdicional, já que a atuação do juiz é meramente administrativa — aproximando-se da figura da atividade administrativa antes mencionada, com todas as suas características já ressaltadas.

O Código de Processo Civil, em seus arts. 1.113 e s., contempla diversas situações em que nos encontramos diante de casos de jurisdição voluntária. No processo do trabalho, por seu turno, raras são as hipóteses de jurisdição voluntária. Trata-se, na realidade, de processo submetido nitidamente à jurisdição contenciosa, o mesmo ocorrendo com o processo penal.

5. ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO

A jurisdição, enquanto manifestação da soberania estatal, deve ser vislumbrada em sua unidade, portanto a missão de dizer o direito não poderia, a princípio, ser dividida. No entanto, para efeito de uma racionalização da atividade jurisdicional, nada obsta — pelo contrário, tudo recomenda — que existam diversos órgãos, cada um responsável por dizer determinado direito, para determinadas pessoas, em determinadas localidades, segundo critérios lógicos de divisão de atribuições postos inicialmente na própria Constituição Federal. Assim, nesta última está delineada a atuação de cada um desses órgãos da jurisdição.

O ingresso nos órgãos jurisdicionais dá-se por concurso público de provas e títulos, ocorrendo a

promoção dos juízes, alternadamente, por antiguidade e por merecimento.

Para o adequado exercício das atribuições jurisdicionais pelos membros desses órgãos, os magistrados, atribuem-se-lhes as seguintes garantias: da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos (art. 95 e incisos da CF).

Assim, salvo observado o disposto no art. 95, I, da Constituição, não se pode destituir ou aposentar os juízes em exercício; da mesma forma, salvo interesse público e observado o voto da maioria absoluta do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (art. 93, VIII, da CF), não se pode remover o juiz; por fim, há que se lhe garantir que os vencimentos sejam irredutíveis. Somente a partir dessas garantias mínimas o juiz, sentindo-se livre das intempéries externas, terá tranquilidade para cumprir adequadamente a sua missão de pacificação social.

São órgãos da jurisdição os seguintes: a) Supremo Tribunal Federal (STF); b) Superior Tribunal de Justiça (STJ); c) Tribunais Regionais Federais (TRFs) e juízes federais; d) Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e Varas do Trabalho; e) Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e juízes e juntas eleitorais; f) Tribunais e juízes militares; g) Tribunais e juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Passemos, agora, a analisar cada um dos órgãos antes mencionados, sob os seus diversos aspectos.

5.1. Supremo Tribunal Federal (STF)

O Supremo Tribunal Federal é constituído de onze ministros, com idade mínima de trinta e cinco e máxima de sessenta e cinco anos. Sua nomeação é feita pelo presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria do Senado Federal.

A esse órgão está reservada a função maior de guarda do respeito aos preceitos constantes da Constituição Federal. No entanto, possui algumas outras atribuições.

O Supremo Tribunal Federal tem: a) competências originárias (enquanto primeiro e único órgão a julgar determinados feitos); b) competência recursal ordinária (enquanto instância revisora de determinadas causas previstas constitucionalmente) e c) competência recursal extraordinária (enquanto instância revisora de eventual afronta à Constituição Federal).

Os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal vêm elencados no art. 102, I e suas letras, da Constituição Federal. Destarte, exemplificativamente, compete-lhe julgar, como primeiro e único órgão competente, as ações diretas de inconstitucionalidade e as infrações penais comuns do presidente da República, entre outras causas.

Os casos de competência recursal ordinária do Supremo estão elencados no art. 102, II, do Texto Constitucional. Assim, v. g., em casos de crimes

políticos, cabe recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Já a competência recursal extraordinária da Suprema Corte vem disposta no art. 102, III, da Constituição Federal.

5.2. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça é composto, no mínimo, de trinta e três ministros, devendo estes ter entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos no momento de sua nomeação.

Os ministros são nomeados pelo presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado, dentre brasileiros com notável saber jurídico, sendo esse tribunal, observada a forma do art. 104, parágrafo único, da Constituição Federal, composto por juízes dos Tribunais Regionais Federais, desembargadores dos Tribunais de Justiça, advogados e membros do Ministério Público federal, estadual, do Distrito Federal e Territórios.

O Superior Tribunal de Justiça é novidade do Texto Constitucional de 1988, concebido que foi para desafogar o Supremo Tribunal Federal, recebendo parte da competência que era reservada a este último — mais especificamente a revisão da afronta a leis federais. Assim, enquanto o Supremo é tido precipuamente como guardião do sistema constitucional, o Superior Tribunal de Justiça é de forma precípua guardião do sistema

federativo, devendo zelar, como principal atribuição estabelecida pela atual Constituição, pela preservação da lei federal.

Esse tribunal tem competências: a) originária (enquanto julgador primeiro e único de certas causas); b) ordinária (enquanto órgão revisor de certas causas) e c) especial (enquanto revisor de causas em que há afronta à lei federal).

A competência originária do Superior Tribunal de Justiça vem estabelecida no art. 105, I e letras, da Constituição Federal. Julga ele, por exemplo, nessa hipótese, os crimes comuns cometidos pelos governadores e os mandados de segurança interpostos contra ato de ministro do Estado.

Sua competência recursal ordinária vem prevista no art. 105, II e letras, da Constituição. Como exemplo dessa espécie de competência, pode-se destacar os *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou tribunais dos Estados.

Por fim, a competência recursal especial do Superior Tribunal de Justiça vem arrolada no art. 105, III e letras, da Constituição Federal. Trata-se de uma série de hipóteses recursais em que haja mácula à lei federal.

5.3. Tribunais Regionais Federais e juízes federais

Segundo o art. 106 da Constituição Federal, são órgãos da Justiça federal: os Tribunais Regionais

Federais e a Justiça federal.

Como se observa do art. 109 da Constituição Federal, essa justiça é responsável especialmente por causas envolvendo interesses da União, de suas autarquias e empresas públicas. Além dessas causas, excetuadas algumas postas no próprio art. 109, I, do Texto Constitucional, esses órgãos possuem outras importantes atribuições, tais como o julgamento de crimes contra a organização do trabalho e disputas indígenas. Aliás, para se conferir a competência da Justiça federal basta a leitura do art. 109 da Constituição.

Os juízes federais de primeira instância são os responsáveis pela primeira apreciação desses feitos que, por sua vez, são objeto de recursos junto aos Tribunais Regionais Federais — que apareceram, em substituição ao extinto Tribunal Federal de Recursos, como forma de descentralização dos órgãos revisores de segunda instância de causas da Justiça federal. No momento, os Tribunais Regionais Federais totalizam o número de cinco, alcançando regiões maiores ou menores, que congregam diversos Estados-Membros. Além dessa competência recursal ordinária (prevista no art. 108, II, da CF), os Tribunais Regionais Federais possuem competência recursal originária, prevista no art. 108, I e suas letras, da Constituição (como, por exemplo, o julgamento dos juízes federais nas suas respectivas áreas de competência no caso de crimes comuns).

Os Tribunais Regionais Federais são integrados, no

mínimo, por sete juízes, com idade mínima de trinta e máxima de sessenta e cinco anos, sendo compostos de juízes federais de primeira instância, advogados e membros do Ministério Público federal.

5.4. Tribunais e juízes do Trabalho

Segundo o art. 111 da Constituição Federal, são órgãos da Justiça do Trabalho o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e os Juízes do Trabalho.

A organização da Justiça do Trabalho vem disposta, em consonância com o Texto Constitucional, no art. 644 da Consolidação das Leis do Trabalho. A única peculiaridade desse dispositivo é a inclusão dos juízes de direito entre os órgãos da Justiça Laboral. Frise-se, no entanto, que os juízes de direito somente atuarão com jurisdição trabalhista — isto é, dizendo o direito do trabalho — nas comarcas não compreendidas pela jurisdição das Varas do Trabalho (art. 668 da CLT). Essa previsão legal encontra-se em consonância com o art. 112 da Constituição Federal. Obviamente que, tratando-se de exercício de jurisdição trabalhista, os recursos das sentenças dos juízes de direito deverão ser remetidos à solução dos órgãos trabalhistas de instâncias superiores (TRTs e TST). No entanto, “instalada Vara do Trabalho é ela competente para as causas trabalhistas em curso no Juízo estadual. Exceção ao princípio da *perpetuatio*

jurisdictionis (art. 87 do CPC) (STJ, CComp 360-MG, Cláudio Santos, Ac. 2ª Seção)”⁹.

O Tribunal Superior do Trabalho é formado por vinte e sete ministros com idade mínima de trinta e cinco e máxima de sessenta e cinco anos, nomeados pelo presidente da República após a aprovação do Senado Federal. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seus arts. 690 a 709, dispõe sobre a composição e o funcionamento do órgão, além das atribuições do presidente, do vice-presidente e do corregedor.

Os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, por sua vez, são nomeados pelo presidente da República. Nos arts. 670 a 689 da Consolidação das Leis do Trabalho encontramos as principais normas a respeito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

O ingresso do juiz do trabalho togado dá-se mediante concurso de provas e títulos, ocorrendo a promoção, alternadamente, por antiguidade e merecimento. Nesse sentido, vejam-se as normas constantes dos arts. 654 da Consolidação das Leis do Trabalho e 93 da Constituição Federal.

A competência da Justiça do Trabalho vem prevista no art. 114 da Constituição Federal, com destaque para a solução das controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, antes mencionados, devem ser lidos com as adaptações decorrentes da Emenda Constitucional n. 24,

de 1999, em que as Juntas de Conciliação e Julgamento foram substituídas pelas Varas do Trabalho com a supressão dos juízes classistas e manutenção apenas dos juízes togados trabalhistas.

5.5. Tribunais e juízes eleitorais

Compõem a Justiça Eleitoral os seguintes órgãos: o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Eleitorais, os juízes eleitorais e as juntas eleitorais.

Trata-se de órgãos que, como se vê da própria denominação, ocupam-se apenas de matéria eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral é composto de, no mínimo, sete juízes, escolhidos na forma do art. 119 da Constituição Federal.

Existe um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal, observando a sua composição o disposto no art. 120 da Constituição.

5.6. Tribunais e juízes militares

Os órgãos da Justiça Militar são os seguintes: o Superior Tribunal Militar, os Tribunais Militares Regionais e os juízes militares.

A competência de tais órgãos circunscreve-se ao julgamento dos crimes militares, tais como definidos em lei própria (art. 124 da CF).

O Superior Tribunal Militar é composto de quinze

ministros nomeados pelo presidente da República, após a aprovação do Senado, observada a composição do art. 123 da Constituição Federal.

5.7. Tribunais e juízes dos Estados

Estamos aqui diante do estudo dos Tribunais de Justiça estaduais e dos juízes estaduais.

A competência desses órgãos, observada a Constituição Federal, tem a previsão própria na Constituição de cada Estado-Membro, ficando sua organização a cargo das leis de organização judiciária dos Estados.

O ingresso na carreira de juiz estadual de primeira instância se dá por concurso de provas e títulos, na qualidade de juiz substituto.

1 *Traité de droit constitutionnel*; la théorie générale de l'État, Paris: Ed. De Boccard, 1928, v. 2, p. 663.

2 Nesse sentido confira-se Agustín Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 51 e 52.

3 *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 167.

4 Calamandrei menciona que a distinção dessas três funções, que constituem a própria manifestação de soberania do Estado, pode-se dar teoricamente pelo uso de três critérios: o orgânico, o formal e o substancial. Adotar o critério orgânico implicaria a distinção da função simplesmente a partir do órgão que a exerce. O critério formal corresponde a uma distinção realizada a partir da forma que reveste os atos das três funções estatais. Já o critério substancial implica a análise da natureza ou conteúdo do ato em si e mesmo os seus efeitos jurídicos, independentemente do órgão que o exerce (*Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJE, 1986, v. 1, p. 186). Tendo em vista que hoje em dia os atos normativos, jurisdicionais e administrativos são exercidos com certa frequência por qualquer dos órgãos dos Poderes, entendemos que a melhor forma de se constatar cada uma das funções estatais será a adoção do critério substancial.

5 Aqui, observadas as características antes indicadas, vários são os conceitos de jurisdição que poderiam ser extraídos da doutrina. Elencaremos a seguir alguns, para melhor esclarecimento do tema em análise. Partindo do enfoque subjetivo, ou seja, da jurisdição como decorrente da atuação estatal, Adolfo Armando Rivas concebe a jurisdição como “una potestad estatal, un poder” (confira-se o artigo Ideas para una teoría general del proceso, *Revista de Proceso*, n. 51, jul./set. 1988, p. 91). Piero Calamandrei a considera uma “potestad o función (llamada jurisdiccional o judicial) que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales” (*Instituciones*, cit., v. 1, nota 62, p. 114). Já para Ugo Rocco,

entende-se por jurisdição “la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se substituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, declarando en lugar de ellos si existe y cuál es la tutela que una norma concede a un determinado interés, imponiendo al obligado, en lugar el derecho-habiente, la observancia de la norma, y realizando mediante el uso de su fuerza coactiva, en vez del derecho habiente, directamente aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha declarado cierta” (*Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá-Buenos Aires: Ed. Temis/Depalma, 1983, v. 1, p. 53).

6 Não raras vezes, a jurisprudência menciona de forma expressa o princípio do juiz natural como forma de solução para intrincados problemas processuais. Assim, por exemplo, confirmam-se os seguintes julgados:

“Processual civil. Contrato administrativo. Ruptura do equilíbrio econômico-financeiro. Art. 273 do CPC. Tutela antecipada. Requisitos. Súmula 07/STJ. 1. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 7 do STJ. 2. Precedentes da Corte: REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004; AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel., Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004; REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004; REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004; REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min., Carlos Alberto

Menezes Direito, DJ 19/12/2003; REsp 438.272/RS, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, DJ 19/12/2002. 3. ‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*’ (Súmula 211 do STJ). Ausência de prequestionamento do art. 475 do Código de Processo Civil; arts. 2º, 5º, 6º, 21 e 24 da Lei n. 9.612/98; arts. 2º, 7º, 9º, I e II, 19 e 20 do Decreto n. 2.615/98; art. 1º da Lei n. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97. 4. Recurso Especial não conhecido” (REsp 61797, rel. Min. Luiz Fux, DJ 25 out. 2004, p. 241).

“Habeas corpus. *Processual penal. Art. 499, do CPP. Pedido de diligência. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Negativa judicial devidamente fundamentada.* 1. As diligências previstas na fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, é ato que se inclui na esfera de discricionariedade mitigada do juiz natural do processo, que poderá indeferi-las, em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias à instrução criminal. Na espécie, o julgador entendeu desinfluyente a realização da oitiva de testemunha para a elucidação dos fatos, diante da ausência de pontos a serem esclarecidos, não havendo, pois, que se falar em violação ao princípio da ampla defesa. 2. A *augusta via* do *habeas corpus* não é o instrumento adequado para a análise da pertinência ou não de diligências requeridas no curso da ação penal, porquanto demanda cotejo analítico de todo o conjunto probatório produzido durante a instrução criminal. 3. *Writ* denegado” (HC 31713, rel. Min. Laurita Vaz, DJ, 30 ago. 2004, p. 311).

7 Adolfo Armando Rivas chega inclusive a mencionar que,

“si la jurisdicción presupone el conflicto y este se traduce en litigio, es claro que no daría cabida a la llamada ‘jurisdicción voluntaria’. Así opina una gran parte de la doctrina, como es sabido” (Ideas..., *Revista*, cit., p. 93). Da mesma forma Carnelutti é claro ao afirmar que “el proceso, en cual se ejercita la jurisdicción voluntaria, es tipicamente un proceso sin litis” (*Derecho procesal civil e penal*, Buenos Aires: EJEA, 1971, v. 1, p. 71). E frisa, ainda, que, na jurisdição voluntária, em lugar da lide, há um negócio, homologado pelo juiz (*Derecho procesal civil e penal*, cit., p. 72). Da mesma forma, Carnelutti utiliza-se da expressão “negócio” para definir o processo decorrente da atuação da jurisdição voluntária, como se depreende da seguinte passagem: “Cuando se dice que el proceso voluntario, opera, no en presencia, sino en prevención de la litis, queda por saber cuál es la realidad actual que constituye la materia de él. El concepto de esa realidad puede ser provechosamente indicado mediante la palabra negocio” (*Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires: EJEA, v. 1, p. 47).

8 O mesmo paralelo é realizado, com certa diferenciação, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Nuevos estudios de derecho procesal*, Madrid: Tecnos, 1980, p. 40), ao elaborar o seguinte quadro sinótico:

“*Proceso* (contencioso): Litigio — Partes — Acción — Demanda — Jurisdicción — Juzgador — Sentencia.

Expediente (voluntario): Negocio — Participantes — Pedimento — Solicitud — Atribución — Funcionario Judicial — Resolución (o Acuerdo)”.

9 Confirmam-se as lições de Carrion, *Comentários à*

Consolidação das Leis do Trabalho, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, art. 668.

Capítulo III

DA AÇÃO

1. NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Como a atividade jurisdicional caracteriza-se pela inércia, é indispensável que se a provoque pelo uso da ação.

A doutrina tem concebido a ação como um direito público subjetivo, ou seja, o direito de ver assegurada a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Sendo este o devedor da prestação de dizer o direito, por meio de um de seus Poderes, o Judiciário, é que se entende a ação como direito público subjetivo ou direito cívico. No entanto, após analisarmos a natureza jurídica da ação, deter-nos-emos de forma mais expressiva nesse conceito, adotado pela quase-totalidade dos autores.

Passemos, então, a indicar as diversas teorias que tentaram explicar a natureza jurídica da ação.

1.1. Teoria imanentista (= teoria civilista)

Para essa corrente, representada por Celso e Savigny, existiria necessariamente uma correlação entre o direito material e a ação¹.

Como corolário, teríamos que não haveria direito

sem ação nem ação sem direito.

Mesmo no exercício do direito de ação o credor se voltaria contra o devedor, utilizando-se apenas do Judiciário. A ação intentada para a obtenção do débito é um componente da própria dívida de direito material².

A insuficiência da teoria é clara, na medida em que não distingue entre o direito material e o direito de ação. Existe, na verdade, um direito de ação completamente diverso do direito material, porque, mesmo em caso de improcedência do pedido, houve o exercício de um direito de ação. Logo, há, sim, direito de ação independentemente do direito material (como nos casos das ações improcedentes). Por outro lado, há direitos sem o correspondente direito de ação, como no caso da prescrição, em que o decurso de certo lapso inviabiliza a concretização do direito material³.

1.2. A polêmica Windscheid-Muther

A polêmica travada entre esses autores alemães levou à conclusão de que existiria uma distinção entre direito material e direito de ação, havendo a possibilidade da lesão do primeiro e da eliminação da lesão pelo Estado.

A respeito de tal controvérsia, prelecionou-se: “Muther, combatendo algumas das idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e

ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercitável contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação”⁴.

1.3. A ação como direito autônomo e concreto

Por essa teoria, defendida por Wach e Büllow, o direito de ação seria distinto do direito material. No entanto, ainda aqui, somente haveria ocorrido exercício do direito de ação com a prolação de uma sentença favorável.

A ação já passa a ser considerada como direito subjetivo à prestação da tutela jurisdicional, tendo, pois, como sujeito passivo o Estado. No entanto, ainda aqui, o interesse individual continua predominando, na medida em que o exercício da ação se encontra ligado à necessária prolação de uma sentença favorável àquele que ingressou com a demanda. Outrossim, o enfoque nesse caso é de que a ação seria exercida e solucionada pura e simplesmente para resolver um conflito individual,

e não com a finalidade maior de pacificação social⁵.

1.4. A ação como direito potestativo

Essa teoria é fruto, em especial, da engenhosidade de Chiovenda, que concebeu direitos subjetivos que não correspondem a uma obrigação. Estes implicam como correspondente imediato apenas um estado de sujeição da outra pessoa, sem qualquer concurso de sua vontade. Tal categoria de direito subjetivo recebeu o nome de potestativa. Dentre os direitos potestativos estaria exatamente o de ação. Assim, depois de esperar o cumprimento da obrigação de direito material, a parte ingressa em juízo, dirigindo-se ao Estado, apenas para que este coloque a outra parte em posição de sujeição — que somente pode ser criado a partir do *jus imperii* do Estado, manifestado na sentença⁶.

1.5. A ação como direito autônomo e abstrato

O direito de ação é exercitado independentemente da obtenção de uma sentença favorável ou desfavorável. Assim, mesmo com a prolação de uma sentença desfavorável, houve obviamente o exercício do direito de ação. Este se dirige ao Estado, para a prestação da tutela jurisdicional, sendo que esta, mesmo no caso de improcedência, é conferida com a satisfação do exercício

do direito de ação⁷.

A teoria teve como primeiros defensores Degenkolb e Plósz.

Aqui, o exercício do direito de ação deixa de ter uma conotação meramente individualista, passando a atender ao escopo social que lhe é inerente de servir como meio de pacificação dos conflitos, mesmo porque, para falar em exercício do direito de ação, não interessa o resultado favorável àquele que ingressou com a demanda.

1.6. O poder constitucional de ação

Com base nas teorias anteriores e na sua evolução, vem-se aceitando a ação como um direito subjetivo à prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Trata-se de um direito subjetivo público ou cívico, porque tem no seu pólo passivo o Estado, como devedor de uma prestação positiva (solucionar a lide). Assim, da mesma forma que se pretende que o Estado forneça educação ou implemente uma política de saúde, dele se pede que conceda a justiça, por meio da tutela jurisdicional.

No entanto, entendemos que se possa realizar um aprofundamento no conceito de ação, o que terá importantes conseqüências práticas, como se verá.

Assim, sugerimos que, mais do que um direito público subjetivo, entenda-se a ação como um poder constitucionalmente conferido aos cidadãos. Por outro lado, o poder de ação coloca o Estado em situação de

dever, o dever de prestar a jurisdição, bem como de fazê-lo da forma mais eficiente para o exercício da cidadania⁸.

Passemos, pois, a analisar a tese do poder de ação. Ou melhor: do poder constitucional de ação⁹.

Bobbio lembra que: “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”¹⁰.

Desse modo, o conceito constitucional de ação integra o rol das liberdades públicas¹¹.

Não é de estranhar, portanto, a sua colocação no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, situado exatamente no título dos direitos e garantias fundamentais. Segundo esse dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, com o progresso da humanidade, não há como deixar de atentar para o fato de que o exercício da ação contém ainda um elemento social, no sentido pretendido por Bobbio. Usando novamente a terminologia do ilustre doutrinador, a ação possui, ao

lado da sua idéia de liberdade, uma conotação de poder.

Há na ação — proposta ou não proposta —, assim, um aspecto individual, que a transforma em liberdade pública, ou, mais especificamente, um direito subjetivo público, e um aspecto social, que a torna um poder.

Tratemos dos dois aspectos. A ação é uma liberdade pública. Explicemos, de forma ainda que ligeira, em que consistem essas liberdades públicas.

As liberdades públicas consubstanciam uma primeira fase do desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais. Aparecem como um dos aspectos de afirmação ideológica do então emergente liberalismo. Segundo essa concepção, que já buscava a máxima valorização do indivíduo, seria fundamental à preservação dos direitos humanos que o Estado se abstinhasse de intervir. Portanto, as liberdades públicas surgem como direitos dos homens em que o Estado tem o seu poder limitado e o indivíduo tem aumentada a sua esfera de liberdade, especialmente em relação a esse mesmo Estado.

Por outro lado, deve-se lembrar, ainda com Bobbio, que, para os liberais, o Estado de Direito é aquele em que o Estado se subordina às leis (“superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens”), e também aquele em que há a constitucionalização dos direitos naturais, com a criação de mecanismos constitucionais que impedem o exercício arbitrário e ilegítimo do poder estatal. Dentre estes, um dos

mecanismos mais importantes para a preservação da liberdade do homem é exatamente “un poder judicial independiente del poder político”¹² — pressuposto indispensável ao exercício da liberdade pública conhecida como ação.

Assim, tomando-se todos os elementos anteriores, compreende-se que a ação seja, sob certo aspecto, uma liberdade pública — o que se acentuava mais quando a concepção individualista da ação se sobrepunha ao seu lado social¹³.

Primeiro, em consonância com a explanação anterior, não há como negar que o exercício da ação, em grande parte das situações, encontra-se na esfera da disponibilidade do indivíduo, que, mesmo para utilizá-la contrariamente aos interesses do Estado — como no caso em que este é parte no processo —, precisa de plena liberdade e da abstenção estatal. Daí a inclusão da ação no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, plenamente justificável a utilização da ação como um dos componentes mais importantes da base do Estado liberal moderno.

Somente o exercício — ou possibilidade de exercício — da ação restabelece o império das leis, já que a sentença, na forma tradicionalmente concebida, dita para a controvérsia a lei. Portanto, a constitucionalização do direito de ação corresponde a um dos desejos mais íntimos do liberalismo, ou seja, a prevalência do governo

das leis sobre o governo dos homens.

Por outro lado, a ação apareceria inicialmente como fonte de afirmação da existência “de um poder judicial independente do poder político”.

Não há como negar, desse modo, que a ação seja uma liberdade pública. No entanto, lembramos Sartre, para quem o “homem está condenado à liberdade”. Prefiro dizer, para efeito da nossa análise, que o homem está condenado, de forma amarga, ao culto exagerado e desproporcional ao mito da liberdade.

Grandes homens da história já se renderam de forma frenética a esse culto desenfreado. Immanuel Kant, grande filósofo do século XVIII, por exemplo, participando dele, reduziu os direitos inatos a apenas um: a liberdade.

O culto sem medidas à liberdade fez com que o homem esquecesse que esse não é o seu bem maior. Agimos, ainda hoje, como se a liberdade fosse realmente o valor supremo¹⁴. Tal forma de entender a vida aparece nas situações mais corriqueiras possíveis. Por exemplo: quantas vezes, ao estudarmos o direito penal, não dizemos que a liberdade do indivíduo é o bem supremo — o juiz criminal, ao sentenciar, aplicando penas restritivas da liberdade, lida com o maior de todos os bens. Como se, ao decidir uma ação de alimentos ou trabalhista, isto é, de cunho existencial, estivéssemos na esfera de bens menores¹⁵.

Pergunto: de que vale a liberdade do denunciado se este não tem condições de sobrevivência? Será que a liberdade é, para ele, o seu maior bem, quando vive em estado de miséria?

Pergunto ainda: se os alimentos pretendidos ou o salário pleiteado são a própria razão da possibilidade de subsistência do autor, não estamos lidando com um bem maior — mais expressivo até do que o direito de liberdade ou condição, mesmo, para a existência da liberdade?

A liberdade de acionar, por exemplo, será efetiva se o autor não possuir condições financeiras de bem ingressar com a ação? Existe liberdade de ação onde há diferença social entre os futuros demandantes? Há liberdade de ação para quem sabe que ficará anos à espera da solução judicial, tendo de enfrentar a “miséria do processo”?

Prisioneiros do mito da supervalorização da liberdade é no que realmente nos transformamos¹⁶.

A forma de solucionar os problemas oriundos da idéia simplista de que a ação é mera liberdade pública é concebê-la, também e acima de tudo, como um poder. Essa a única maneira de nos livrarmos dos grilhões impostos pelo culto desproporcional ao mito da liberdade.

Passemos, aqui, a analisar o segundo aspecto da ação: o seu lado como poder.

Na verdade, ao nos depararmos com a Constituição, estamos diante de um poder constitucional de ação.

A idéia de poder constitucional de ação é extremamente vigorosa, na medida em que retoma o aspecto social da ação, requerendo do Estado uma atuação efetiva no sentido de melhor implementar a atuação jurisdicional.

Assim, como se pretende do Estado que construa escolas e hospitais, fornecendo educação e saúde de forma plena aos cidadãos, deseja-se que ele conceda justiça, plena e efetivamente.

O poder de ação coloca o cidadão em posição de prestígio em relação ao Estado, que passa a ter um dever — não o mero dever de prestar a tutela jurisdicional, mas o de prestar a justiça efetiva por meio da atuação jurisdicional.

A ação proposta comove de forma a promover o efetivo bem-estar social, já que se trata de poder plenamente exercitável. E isso se dá não apenas na ação coletiva, mas também em cada ação individualizadamente proposta — em cada uma destas, para que a sociedade se sinta atendida, a justiça material deve ser feita. E, para que o exercício da ação corresponda aos reais interesses, com a concessão da verdadeira justiça, passa o Estado a ser devedor de uma prestação de qualidade — qualidade obtida a partir das boas condições para que o juiz profira as decisões, e, mais, para que as profira de forma rápida.

Por um lado, nas ações coletivas, prestigiadas de forma nunca vista na nova Constituição, o poder consubstanciado no seu exercício é mais potente ainda. A comoção social promovida por essas demandas é nítida. Quem, por exemplo, pode duvidar da força de uma ação coletiva de defesa dos consumidores? Ou ainda de uma ação civil pública em que se busca a defesa do meio ambiente?

Por outro lado, como poder que extrai as suas forças da Constituição, a leitura do texto infraconstitucional deve ser feita sempre no sentido de fornecer maior eficácia a esse poder — com evidente prestígio a toda e qualquer interpretação que implique a idéia de amplo acesso à justiça. Trata-se da conhecida leitura potencializada das instituições processuais a partir da análise da Constituição, preconizada, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Há que se fazer, portanto, uma leitura potencializada da Constituição, quando confrontada com textos infraconstitucionais, também no que concerne ao prestígio do poder constitucional de ação.

Esses são apenas alguns dos diversos exemplos que deixam claro que a leitura da ação como poder constitucional traz reflexos práticos que não podem ser olvidados.

A admissão de que a ação é um poder, ao lado da sua concepção como liberdade pública, fornece-nos a sua efetiva conotação social. Passamos, com essa visão,

entendo, a nos afastar da prisão a que estamos eternamente condenados quando realizamos o exagerado culto ao mito da liberdade!

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Para se atingir uma sentença de mérito (que verse sobre o objeto da discussão em juízo), deve-se verificar a presença de certas exigências para o adequado exercício do poder de ação.

As condições da ação são requisitos indispensáveis para que se possa dar de forma plena e adequada o exercício do poder constitucional de ação; somente existentes estes será possível a análise do direito material postulado em juízo. Assim, o poder constitucional de ação, embora abstrato, pode ser submetido a condições por parte do legislador infraconstitucional, sendo estas analisadas à luz do próprio direito material (afinal, por exemplo, de onde se extrai a possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, como veremos, senão do próprio ordenamento de direito material)¹⁷.

Como condições da ação no direito pátrio aparecem as seguintes: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho discorrem de forma mais detalhada sobre a legitimação, o interesse

de agir e a possibilidade jurídica do pedido como condições da ação penal¹⁸. O mesmo diríamos para o processo trabalhista, cuja doutrina em geral concorda com a necessidade da verificação daquelas três condições da ação. No entanto, não devemos olvidar que, no processo penal, existem condições específicas de certas ações, que são aquelas “exigidas pela lei penal ou processual penal, em determinados crimes, para o exercício da ação penal”¹⁹. As condições específicas de determinadas ações penais são conhecidas como condições de procedibilidade. Assim, por exemplo, alguns crimes exigem a representação do ofendido, não podendo o Ministério Público ingressar, sem esta, com a ação penal. Essas ações — tidas como públicas condicionadas — dependem dessa representação como condição de procedibilidade (condição da ação específica)²⁰.

No processo civil, caso o juiz constate a ausência de uma das condições da ação, deve, em exame preliminar, dar pela carência desta, proferindo sentença extintiva, isto é, julgando extinto o processo sem a análise do mérito (a falta de condição da ação conduz à carência desta). Assim reza o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. O mesmo se dá no processo trabalhista, em vista de omissão na Consolidação das Leis do Trabalho a respeito do tema e pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Já no processo penal, o juiz rejeitará a

denúncia na forma permitida no art. 43, III, do Código, podendo, no entanto, reconhecer a carência da ação a qualquer momento — aliás, se não o fizer, o processo será nulo desde o início, na forma do art. 564, II, do mesmo Código.

A respeito do momento adequado para a análise das condições da ação, há que se observar as seguintes lições:

“Devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar ao exame do mérito, sem que o juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção, se concebe a análise das condições da ação após este momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante. Desde que a cognição permaneça (análise em tese, no condicional), permanecerá no âmbito das condições da ação.

Em princípio, portanto, essas condições estão diretamente relacionadas com o momento procedimental da propositura da demanda. (...) Consiste em aplicação inconstante do princípio da economia processual e é consequência do método instrumentalista de estudo dos institutos processuais”^{[21](#)}.

Observemos que o ideal é realmente a verificação da existência das condições da ação com a propositura da ação. No entanto, caso isso não tenha ocorrido, seja por

que motivo for e desde que a análise permaneça se dando em tese, nada impede, à luz do nosso ordenamento jurídico, a extinção do processo sem a análise do mérito em vista da ausência da condição em qualquer momento processual — como se depreende do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, aplicável também, e de forma subsidiária, aos processos trabalhista e penal.

Passemos a analisar cada uma das condições da ação.

2.1. Possibilidade jurídica do pedido

Caso haja vedação ao pedido no ordenamento jurídico, inclusive pela ausência de sua previsão legal, o juiz deve dar pela carência da ação por impossibilidade jurídica. Essa condição da ação deve ser entendida à luz da ausência de vedação a que se deduza em juízo determinado provimento.

No entanto, de forma mais abrangente Arruda Alvim diz que “por possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material”²².

Assim, ocorre, por exemplo, quando se pretende a correção de benefícios previdenciários a partir da utilização de índices não utilizados, para tanto, pelo

ordenamento jurídico, como, por exemplo, a variação da cesta básica do DIEESE. Da mesma forma, desautorizando o ordenamento jurídico a cobrança de dívida de jogo de azar, o eventual “credor” dessa dívida não poderá nem mesmo ter o pedido apreciado em sua pretensão final pelo Judiciário, em face da impossibilidade jurídica do pedido. O mesmo se dá quando o autor ingressa com ação pleiteando a retirada de órgão de pessoa morta, sob a alegação de que, antes de sua morte, comprara o órgão — ora, existe vedação, no nosso ordenamento, à negociação de órgãos do corpo humano.

A mesma visão anterior deve nortear o processo trabalhista quando tratamos, ali, da possibilidade jurídica do pedido.

No processo penal, no entanto, trazemos à colação as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho a respeito da possibilidade jurídica do pedido:

“Enquanto no processo civil a possibilidade jurídica do pedido se define em termos negativos, como existente quando o ordenamento jurídico não veda, em tese, o pedido, afirma-se que no processo penal somente é viável o provimento condenatório que seja expressamente permitido”^{[23](#)}.

2.2. Interesse de agir

O interesse de agir deve ser vislumbrado sob duas óticas. Somente tem interesse de agir aquele que ajuíza demanda útil ou necessária e aquele que o faz utilizando-se do meio adequado. Assim, “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada”24.

Primeiramente, não se admite que se acione o aparato judiciário em casos de inutilidade ou desnecessidade de sua utilização, até mesmo por economia processual. Assim, por exemplo, é inútil demanda em que houve perda superveniente do objeto da demanda, devendo a ação ser julgada extinta sem a apreciação do mérito por falta de interesse de agir.

Segundo, deve-se utilizar do meio adequado para a satisfação do direito material. O provimento solicitado deve ser aquele apto a corrigir determinado mal que aflige o jurisdicionado. Em caso de adultério, o outro cônjuge deve buscar o desfazimento do vínculo conjugal por meio do divórcio e não da ação de anulação de casamento; caso se utilize do segundo instrumental, ocorrerá falta de interesse de agir por inadequação do meio utilizado.

As lições anteriores são perfeitamente cabíveis no processo trabalhista.

No processo penal, deve-se utilizar das mesmas noções anteriores de interesse de agir, tanto que já se prelecionou:

“No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se ausência da condição. Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz; de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não pode ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)”²⁵.

2.3. Legitimidade

Estamos, aqui, diante da conhecida legitimidade *ad causam*. Trata-se, no dizer de Liebman, da pertinência subjetiva ativa e passiva da lide²⁶. Expliquemos. Para que determinada ação possa prosperar, ao menos no sentido de que possa ser analisada no seu mérito, é

indispensável que seja proposta por aquele que titulariza o direito material contra aquele que é devedor da prestação desse mesmo direito material. Portanto, as partes devem estar adequadamente compostas na lide, observada a regra de direito material. Essa noção é semelhante para todas as modalidades de processo (civil, penal e trabalhista)²⁷.

A regra é que o titular do direito material seja o titular do direito de ação. Vem ela insculpida no art. 6º do Código de Processo Civil, traduzindo a conhecida legitimação ordinária.

No entanto, caso haja autorização legal, o titular do direito de ação pode ser diverso do titular do direito material, como se depreende da redação da parte final do mesmo art. 6º do Código de Processo Civil. Aqui, estaremos diante da conhecida legitimação extraordinária ou substituição processual.

Como exemplos de substituição processual poderíamos elencar os seguintes.

O art. 195, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho admite que a insalubridade ou periculosidade seja argüida em juízo pelo sindicato em favor de grupo de associados. Aqui o empregado aparece como substituído e o sindicato como substituto processual.

Outro caso de legitimação extraordinária vem admitido pelo nosso ordenamento quando o Ministério Público ingressa com ação de indenização por dano decorrente de delito cometido contra vítima pobre. O

Ministério Público, nessa hipótese, apareceria como substituto processual e a vítima pobre como substituída. A respeito, confira-se o texto do art. 68 do Código de Processo Penal, segundo o qual, “quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.

Nas duas situações anteriores o titular do direito material seria um (empregado no primeiro exemplo e vítima pobre no segundo) e o titular do direito de ação seria outro (sindicato no primeiro caso e Ministério Público no segundo).

Além de todas as colocações anteriores, em relação à matéria em análise, deve-se destacar o seguinte:

a) o juiz, antes de apreciar o mérito, deve examinar se presentes as condições da ação;

b) a parte contrária, na própria defesa, deve, como preliminar — isto é, antes da defesa de mérito —, alegar a ausência de uma ou mais condições da ação (art. 301, X, do CPC);

c) mesmo não havendo alegação de inexistência das condições da ação, o juiz deve, ainda que sem provocação (isto é, *ex officio*), julgar extinto o processo sem a apreciação do mérito (art. 267, § 3º, do CPC). Isso em qualquer momento processual.

3. ELEMENTOS DA AÇÃO

Somente a partir da verificação dos elementos da ação será possível a sua perfeita identificação. Por outro lado, faz-se indispensável a identificação da ação, pois somente conhecendo-a será, por exemplo, possível evitar a sua repetição em juízo, impossibilitando, destarte, a ocorrência da litispendência (quando a mesma ação é proposta contemporaneamente a outra idêntica já em curso) ou mesmo dando-se pela coisa julgada (quando a mesma ação é proposta após já ter sido julgada anteriormente).

A respeito da identidade de ações verifique-se o disposto no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, que diz exatamente que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Além disso, a importância do estudo dos elementos da ação deflui do fato de que estes se encontram entre os próprios requisitos da petição inicial, peça responsável pela instauração da demanda. Nesse sentido verifique-se o art. 282, II, III e IV, do Código de Processo Civil. O reconhecimento dos elementos da ação também é indispensável, portanto, para evitar o indeferimento da petição inicial, como se depreende dos arts. 284 e 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Passemos, então, a analisar os elementos da ação, que são exatamente as partes, o pedido e a causa de pedir.

3.1. As partes

As partes de uma ação são o sujeito ativo (autor) e o sujeito passivo (réu).

Pode, ainda, ocorrer de a ação possuir vários autores (litisconsórcio ativo), vários réus (litisconsórcio passivo) ou vários autores e vários réus ao mesmo tempo (litisconsórcio misto).

O estudo das partes já foi delineado quando analisamos, nas condições da ação, a legitimidade, devendo aquelas lições ser aproveitadas aqui.

3.2. O pedido

O pedido consiste na própria pretensão deduzida em juízo.

Existe o chamado pedido imediato e o pedido mediato.

O pedido imediato confunde-se com o provimento solicitado (que, como veremos, poderá ser declaratório, condenatório ou constitutivo). Assim, quando se ingressa com pedido de declaração, condenação ou constituição de uma relação jurídica, esse será o pedido imediato.

O pedido mediato constitui o próprio bem material ou imaterial almejado. Assim, por exemplo, o recebimento de determinado crédito ou a entrega de certo imóvel.

Para que haja identidade de ações — quer para

efeito de litispendência, quer para fins de coisa julgada —, é necessário que, além da identidade das partes e da causa de pedir, tanto o pedido mediato quanto o imediato sejam idênticos em ambas as ações²⁸.

3.3. A causa de pedir

A causa de pedir seria o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo, bem como os seus efeitos. Assim, como preleciona José Rubens Costa:

“A causa de pedir é a explicação do porquê se pede alguma coisa em juízo. Se o autor quer que o réu lhe pague uma importância, causa é a explicação do porquê o réu deve, quanto deve etc.

O Código se contenta com a ‘explicação’ ou narração dos fatos jurídicos aqueles dos quais se pode extrair uma consequência jurídica. Tem-se no art. 282, III: deverá o autor, na inicial, expor ‘os fatos e os fundamentos jurídicos (= causa de pedir) do pedido’.

Por fundamentos jurídicos não se entende a citação de textos legais ou normativos, argumentos de doutrina ou razões de autoridade (jurisprudência). As citações são necessárias para produzir o convencimento, mas não são necessárias legalmente. Quer dizer, com ou sem indicação da fonte formal jurídica, o juiz deverá aplicar a norma correta”²⁹.

Aqui também existe a causa de pedir próxima, que se

confunde com o fato jurídico que ampara a pretensão, e a causa de pedir remota, que consiste nos efeitos do fato jurídico.

Como exemplo de causa de pedir próxima temos o contrato, quando a causa de pedir remota será a falta de pagamento, no caso de pedido de despejo.

Também nesse caso além da identidade de partes e de pedido, há que haver identidade tanto da causa de pedir próxima quanto da remota no momento da verificação da similitude de ações propostas. Na hipótese anterior, se existe uma ação de despejo proposta pelo locador “a” contra o locatário “b” por falta de pagamento e outra demanda é proposta pelo mesmo “a” contra o mesmo “b” com a mesma pretensão (despejo) por descumprimento de outra cláusula contratual (falta de conservação do imóvel, por exemplo), não estamos diante de identidade de ações propostas concomitantemente, já que a causa de pedir remota em ambas as situações é distinta — temos, isso sim, o fenômeno da conexão, que será a seguir estudado, devendo ambas as ações ser processadas e julgadas perante o mesmo juízo.

Diante de todo o exposto, tem-se, com base no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, já mencionado, que duas ações somente serão idênticas se houver identidade de partes, de pedido (mediato e imediato) e de causa de pedir (remota e próxima).

4. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

4.1. Quanto ao provimento jurisdicional pleiteado

Quando se ingressa em juízo, busca-se um provimento de conhecimento, executivo ou cautelar.

Veremos a seguir o que significa cada uma dessas classificações e seus desdobramentos, quando houver.

4.1.1. Ação de conhecimento

Nesse tipo de ação existe “lide de pretensão resistida”. Há determinada pretensão deduzida em juízo, que sofre resistência de uma pretensão contrária, cabendo ao juiz verificar a pretensão que merece acolhida segundo as regras do direito.

Esse tipo de ação, por sua vez, divide-se em ações de conhecimento meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas. Passemos à análise de cada uma delas.

a) Ação meramente declaratória

O art. 4º do Código de Processo Civil prevê a existência, no nosso ordenamento, da ação meramente declaratória.

Trata-se de ação em que se busca, apenas e tão-somente, a declaração da existência ou inexistência de

uma relação jurídica ou de um fato juridicamente relevante.

Assim, por exemplo, as ações em que se busca meramente a declaração da inexistência da relação com o Fisco no que pertine a determinado tributo, em vista de sua inconstitucionalidade ou da ilegalidade no auto de infração. Não se pretende nada além da declaração, daí a nomenclatura desse tipo de ação — meramente ou simplesmente declaratória —, já que a declaração é antecedente lógico de toda e qualquer ação de conhecimento (assim, v. g., antes de se condenar — ação condenatória —, há que se declarar o direito existente). No entanto, somente para a ação meramente declaratória é suficiente apenas a declaração, sem o acompanhamento de qualquer sanção, com o que não há execução propriamente dita desse tipo de ação³⁰.

b) Ação condenatória

Nessa espécie de ação há violação do direito material, com a conseqüente condenação. As ações condenatórias são providas de comando ou sanção passíveis de futura execução judicial. Portanto, do comando típico das sentenças proferidas nessas ações pode advir tanto a entrega espontânea do bem como a execução forçada. No entanto, como já dito, primeiramente há uma declaração, e depois uma condenação nessas ações. Destarte, por exemplo,

quando se ingressa com uma ação reivindicatória de determinado bem ou de pagamento de verbas trabalhistas não quitadas na forma legal, busca-se a condenação na entrega do bem ou no pagamento das parcelas devidas.

c) Ação constitutiva

Nessa ação há a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica. Primeiramente se declara a ocorrência de certa relação jurídica para, depois, com o seu acerto, haver a criação, modificação ou extinção dela. Como exemplos teríamos: primeiro, uma ação anulatória de negócio jurídico em virtude de vício de vontade; segundo, uma ação de divórcio. Na ação anulatória busca-se a extinção de uma relação jurídica, o mesmo se dando com o divórcio, em que se pretende o desfazimento do vínculo conjugal.

4.1.2. Ação de execução

Na ação de execução existe “lide de pretensão insatisfeita”.

Reconhecido o direito, para que se possa dar a execução judicial, incorre o cumprimento espontâneo da obrigação (expressa, por exemplo, em uma sentença condenatória ou em dívida constante de nota promissória ou letra de câmbio).

Nessas ações, portanto, há o cumprimento forçado da obrigação, sendo que esta, embora já reconhecida pelo direito, não foi espontaneamente cumprida, daí a necessidade da utilização da máquina judiciária.

Aqui, o Estado possibilita o pagamento do débito, não ocorrendo este na fase judicial própria, é possível, até mesmo, a expropriação de bens do executado em garantia, para o pagamento.

4.1.3. Ação cautelar

Entre o pedido e a entrega da tutela jurisdicional transcorre longo lapso. Em virtude de alterações no objeto da lide decorrentes desse decurso pode ocorrer a ineficácia do processo — que não se prestará de forma efetiva ao fim a que se destina. Assim, durante o curso do processo, o bem discutido pode deteriorar-se, testemunhas podem morrer ou provas podem desaparecer.

Para evitar a ineficácia do processo, em vista dessas intempéries, surgiram as ações cautelares. Estas existem apenas para, de forma instrumental, preservar a eficácia de um processo principal. Para que determinado processo seja eficaz, e se entregue efetivamente a justiça material, possibilita-se cautelarmente a apreensão do bem objeto do litígio, a fim de evitar que o réu com ele desapareça, ou ainda que determinada testemunha, doente, seja ouvida antes da fase processual própria.

Tudo em nome da concessão da justiça material no processo principal.

Para o sucesso dessas ações, portanto, é indispensável que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro, a fumaça do bom direito, implica a mera probabilidade do direito pleiteado, já que, na cautelar, que não possui natureza satisfativa (de entrega do bem), não é imprescindível que o direito fique demonstrado de forma irretorquível. O segundo, o perigo na demora, significa que a morosidade natural do processo e a não-concessão da medida cautelar podem tornar inviável futuramente a satisfação (se, por exemplo, a testemunha está doente, a sua oitiva antecipada, por ação cautelar, justifica-se, uma vez que, no momento oportuno, no processo principal, poderá ela inclusive já ter falecido).

4.2. Classificação das ações penais

As ações penais bipartem-se em privadas e públicas; as primeiras dependem de provocação do ofendido (calúnia ou difamação contra particular, por exemplo), e as segundas independem dessa provocação, sendo impulsionadas pelo Ministério Público (exemplo: homicídio).

O art. 30 do Código de Processo Penal versa sobre as ações penais privadas, ou melhor, sobre as ações penais exclusivamente privadas. O art. 29, por seu turno,

cuida das ações penais privadas subsidiárias das públicas. Na segunda modalidade se permite a atuação do particular, mesmo em se tratando de ação penal pública, no caso de não ter sido proposta no prazo para oferecimento da denúncia. Nesse caso, o Ministério Público, enquanto *dominus litis*, poderá retornar à posição de parte principal a qualquer momento.

Já as ações penais públicas, por seu turno, dividem-se em ações penais públicas condicionadas e incondicionadas.

As ações penais públicas condicionadas são as que dependem de representação ou requisição do interessado para que, somente após, o Ministério Público possa processá-las. Como exemplo teríamos o crime contra a honra de presidente da República, que depende de requisição do ministro da Justiça, ou contra a honra de funcionário público, que demanda representação prévia do funcionário ofendido. No entanto, uma vez requisitada ou feita a representação, o movimento da ação cabe ao órgão do Ministério Público. Já a ação penal pública incondicionada independe de qualquer manifestação do interessado, instaurando-se por ato do Ministério Público.

Frise-se: no direito processual penal, a ação penal pública incondicionada é a regra.

O art. 24 do Código de Processo Penal versa sobre a ação penal pública, condicionada e incondicionada, ao rezar que: “Nos crimes de ação pública, esta será

promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Assim, para se entender a real extensão da classificação inicialmente proposta, há que se ter em mente que:

“Conforme o caso, a conduta do sujeito lesa um interesse jurídico de tal importância, que a ação penal deve ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa, mesmo do sujeito passivo material. Assim, no crime de homicídio, em que o objeto jurídico é o direito à vida, o exercício da ação penal não depende de manifestação de vontade de qualquer pessoa. A autoridade policial, tomando conhecimento da prática do fato, deve proceder de ofício. Em juízo, a ação penal deve ser exercida pelo seu titular sem que se submeta a qualquer requisito. No crime de furto, a ação penal deve ser iniciada mesmo contra a vontade do sujeito passivo. Nestes casos, a titularidade da ação penal pertence ao Estado. Em certos crimes, a conduta típica atinge tão seriamente o plano íntimo e secreto do sujeito passivo, que a norma entende conveniente, não obstante a lesividade, seja considerada a sua vontade de não ver o agente processado, evitando que o bem jurídico sofra outra vez a lesão por meio do *strepitus fori*. Há uma colisão de interesses entre a exigência de repressão do sujeito ativo e a vontade da vítima de que a sociedade

não tome conhecimento do fato que lesionou a sua esfera íntima. Nestes casos, em consideração ao segundo interesse, o Estado permite que a conveniência do exercício da ação penal seja julgada pela vítima ou seu representante legal. É o que ocorre com a ação penal por crime de violação de segredo profissional, em que o agente só pode ser processado quando a vítima ou seu representante legal manifestar vontade nesse sentido. A titularidade da ação penal pertence ao Estado, mas ele faz com que o seu exercício dependa da vontade do particular. É possível que, não obstante o crime atinja um bem de natureza pública, por motivo político, haja conveniência de o interesse de se processar o agente ser julgado pelo Ministro da Justiça. É o caso previsto no art. 7º, § 3º, *b*, do CP, em que a aplicação da lei penal brasileira e o exercício da ação penal dependem de requisição ministerial. Outras vezes, a objetividade jurídica do crime corresponde a um interesse vinculado exclusivamente ao particular, pelo que o Estado lhe outorga a titularidade da ação penal. Significa que o titular da ação penal não é o Estado, como acontece nos casos anteriores, mas o sujeito passivo ou seu representante legal, cabendo a este iniciá-la e movimentá-la. É o que ocorre com o crime de injúria praticado contra um particular (CP, art. 140), em que a titularidade da ação penal pertence à vítima ou a seu representante legal (CP, art. 145, *caput*). Por fim, é possível que a titularidade da ação penal pertença ao

Estado, mas seu representante não a exerça dentro do prazo legal. Neste caso, a lei outorga ao particular ofendido o direito de iniciar o exercício do *jus persequendi in juditio*. É a hipótese do art. 100, § 3º, do CP”[31](#).

5. AÇÃO E DEFESA

Proposta a ação, abre-se ensejo, em respeito ao princípio do contraditório, já examinado, à defesa da parte contrária.

Assim, se, para a propositura da ação, são indispensáveis a legitimidade e o interesse de agir, o mesmo deve ocorrer com a interposição da defesa (art. 3º do CPC).

Se ao autor é dado pleitear, ao réu se possibilita buscar obstar o pleito. Daí a relevância da defesa, que é conhecida também como exceção em sentido amplo.

O Código de Processo Civil admite vários tipos de defesa, a saber: a contestação, a reconvenção e as exceções em sentido estrito.

Pela contestação (arts. 300 a 303 do CPC), forma mais corriqueira de defesa, o réu insurge-se contra a pretensão deduzida na inicial, alegando ainda falta de condição da ação ou deficiência processual ou procedimental.

Na reconvenção (arts. 315 a 318), o réu amplia o tema a ser decidido, trazendo pretensão relacionada com a

deduzida pelo autor, e a ser decidida pelo mesmo juízo.

Nas exceções em sentido estrito (arts. 304 a 314 do CPC, 95 do CPP e 799 a 802 da CLT), o autor alega fatos como a incompetência, o impedimento (hipóteses previstas nos arts. 134 do CPC, 252 e 253 do CPP) ou a suspeição do juízo (casos dos arts. 135 do CPC, 254 do CPP e 801 da CLT).

Há, ainda, outra classificação das defesas ou exceções em sentido amplo, fartamente divulgada pela doutrina. Existe a exceção processual e a exceção substancial. Nas exceções processuais, a defesa faz-se contra deficiências no direito de ação, na relação processual ou no procedimento. Exemplo dessa defesa é a preliminar de carência de ação. Já a exceção substancial é aquela voltada para o mérito da demanda, podendo ser direta (no caso de defesa contra a própria pretensão em si deduzida pelo autor) ou indireta (no caso de alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito. Como na hipótese de, apesar de reconhecer a existência do débito cobrado em juízo, o réu alegar já ter sido este objeto de compensação, em verdadeira alegação de hipótese extintiva da dívida).

Outra classificação admitida é aquela que divide as defesas quanto aos efeitos. Assim, ao lado das exceções dilatórias, postam-se as exceções peremptórias. As primeiras são aquelas em que há simples dilação do curso do processo, como no caso da exceção de suspeição ou incompetência do juízo. Nas segundas se

busca extinguir a relação jurídico-processual, como no caso de se alegar a ocorrência de coisa julgada.

No processo penal padrão há apresentação da defesa prévia e das razões finais, sendo, ainda, como já mencionado e na forma do art. 95 do Código de Processo Penal, possível a apresentação de exceções de suspeição, de incompetência de juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada.

6. CONCURSO E CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Um mesmo conflito de interesses pode ter, judicialmente, diversos tipos de soluções.

Assim, no caso de vício oculto no bem, não percebido no momento da aquisição, o ordenamento jurídico possibilita duas alternativas: 1) a ação redibitória, prevista nos arts. 441 a 444 do Código Civil, em que se busca a rescisão do contrato e a devolução do preço pago, ou 2) a ação *quantum minoris*, em que se busca o abatimento do preço na proporção da depreciação provocada pelo vício oculto.

Do mesmo modo, no caso de compra realizada considerando-se a medida do imóvel (compra *ad mensuram*), em tendo sido constatada diferença na medida, são possíveis três alternativas: a rescisão do contrato, a complementação da área ou o abatimento do preço.

Nesses casos, estamos diante do concurso de

ações, podendo-se escolher qualquer das vias indicadas na lei. No entanto, eleita uma via, não se admite a utilização de outra³².

Já a cumulação de ações é aquela em que se dá a cumulação objetiva, ou seja, em que é possível a realização de diversos pedidos. Na realidade, não estamos diante de cumulação de ações e sim de cumulação de pedidos. É possível, por exemplo, a cumulação no caso de ação em que se pleiteiam do mesmo devedor diversas dívidas em face do mesmo credor ou ainda no caso de cumulação de pedido de investigação de paternidade com alimentos.

As condições para a cumulação objetiva são a obediência aos requisitos do art. 292 do Código de Processo Civil, isto é, identidade de autor e réu, mesmo juiz competente para as causas, identidade do procedimento — salvo a adoção pelo autor do procedimento ordinário — e compatibilidade dos pedidos.

¹ “Algunos autores, efectivamente, aun concediendo que no se llegaría a comprender el derecho de acción, como derecho autónomo, sin el Estado por medio del cual se lo hace valer,

niegan, sin embargo, que pueda considerarse como derecho frente al Estado, precisamente porque, cuando se habla de acción, se entiende referirse a un poder de particular a particular, y no de un poder del particular frente al Estado” (Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá-Buenos Aires: Ed. Temis/Depalma, 1983, v. 1, p. 276).

2 “La acción, entendida como derecho de obtener del deudor, mediante la sujeción impuesta por el Estado, el equivalente de la prestación debida, no es, pues, una cosa que esté fuera del derecho subjetivo, sino que es solamente un aspecto o momento del mismo derecho subjetivo...” (Piero Calamandrei, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJEA, 1986, v. 1).

3 Criticando esa corriente, Ugo Rocco preleciona que “la acción, precisamente como un derecho que es medio para la realización del derecho sustancial, tiende a provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales frente al adversario. Sin embargo, este derecho no debe ser considerado en sus efectos mediatos, es decir, en las consecuencias a cargo del adversario, sino en sus efectos inmediatos, o sea, en sus consecuencias frente a los órganos jurisdiccionales” (Tratado, cit., v. 1, p. 276 e 277).

4 Cintra et alii, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 222.

5 “Así, con esta teoría, la acción se coloca francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que tiene lugar no entre particular y particular, sino entre el ciudadano y el Estado. Pero también en esta concepción el interés individual continua predominando: en efecto, para

ella, no sólo la acción continua siendo considerada como instrumento y tutela del interés individual, sino que este derecho público del ciudadano respecto del Estado se construye según el esquema civilístico de la relación existente entre el titular de derecho y un obligado...” (Calamandrei, *Derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 244).

6 “En otras palabras, el derecho de acción consistiría en la facultad de formular la demanda judicial, en virtud de la cual surgirían a cargo de los órganos jurisdiccionales deberes de oficio, esto es, deberes de cumplir lo necesario para la actuación del derecho. Este derecho existiría en cuanto efectivamente existiera un derecho substancial frente al adversario, quien no debería o podría hacer nada, sino que sólo debería experimentar los efectos jurídicos producidos por el ejercicio del derecho” (Rocco, *Tratado*, cit., v. 1, p. 278 e 279).

7 “Sin embargo a las varias teorías que conciben la acción como derecho a la providencia favorable en sentido concreto, se encuentra contrapuesta, especialmente en la doctrina alemana, la teoría de la acción en sentido abstracto, según la cual el derecho de acción correspondería no solamente a aquel que tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez para obtener de él una decisión sobre su pretensión, aun cuando sea infundada; de suerte que la acción no sería el derecho a obtener una providencia que dé razón al reclamante, sino el derecho a obtener una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón; derecho de acción que correspondería, pues, también a quien no tiene razón, como derecho a obtener una providencia del juez que la declare que no tiene razón”

(Calamandrei, *Derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 248).

8 A idéia de ação como poder não é nova, mas será aqui mais bem esmiuçada, sob a ótica de que seu fundamento de validade é constitucional. De certa forma Adolfo Armando Rivas, por exemplo, já percebia um elemento de poder no conteúdo da ação, como se depreende da seguinte passagem: “La acción es derecho subjetivo en cuanto la titularice un particular, desde el punto de vista de la jurisdicción-garantía; es deber del Estado, si se traduce en el ámbito penal, como participación en la supragarantía de la protección judicial de los derechos y es potestad (de ejercicio obligado) en tanto asume el fin de asegurar la paz general; parecidas consideraciones caben hacerse cuando la administración debe recurrir a juicio” (Ideas para una teoría general del proceso, *Revista de Processo*, n. 51, jul./set. 1988, p. 91). No entanto, de forma mais corriqueira se considera a ação apenas a partir da ótica de sua aceitação como direito subjetivo público. Corrente, portanto, é a noção difundida por Carnelutti, segundo a qual, enquanto a jurisdição consubstancia um poder, a ação se coloca no quadro dos direitos subjetivos ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos públicos (a respeito confira-se a obra *Derecho procesal civil y penal*, Buenos Aires: EJEJA, 1971, v. 1, p. 127).

9 Essa idéia de ação como poder, que apresenta raízes na Constituição, vem desenvolvida, ainda que de forma um pouco diversa da abordada, por Couture. No entanto, mesmo esse autor, em alguns momentos, ressalta mais o elemento de liberdade existente na ação (veja-se a obra *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma,

1978, t. 1, p. 24-45).

10 *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 21

11 Como acentua Canotilho, “a defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não pode divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela Constituição ao catálogo do direitos fundamentais. O sentido global resultante da combinação das dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é o de que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjectiva, cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica” (*Direito constitucional*, Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 387).

12 *Liberalismo y democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 17-20.

13 Mesmo no Estado Social de Direito essa idéia vem bem presente, como se depreende das seguintes lições de Jorge Miranda: “Para o Estado Social de Direito, a liberdade possível — e, portanto, necessária — do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar o futuro. Há que criar condições de liberdade, mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em regime de liberdade; porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade — civil ou política — de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda que socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos” (*Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1993, t. 4, p. 97).

14 Autores como Carnelutti chegam a afirmar que “la libertad vale más que la vida...” (confira-se *Como se hace un*

processo, Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 6).

15 Temos dúvida, aqui, se estamos diante sempre de direitos patrimoniais (já que situamos algumas hipóteses no âmbito dos direitos de personalidade). Assim, até um certo ponto, um salário percebido pelo trabalhador é indispensável à concretização de sua *persona* e, a partir de um dado valor, passa a ser patrimonial.

16 A crítica feita somente tem sentido se visualizarmos, como fazem muitos, a liberdade sob uma perspectiva essencialmente liberal clássica. Caso se tenha a liberdade como valor social, certamente que as conseqüências serão diferentes, não havendo qualquer sentido para a aversão a esta.

17 Entendemos que mesmo ausente a condição da ação terá ocorrido exercício do poder constitucional de ação, já que o exercício deste independe do provimento em si, como pretendem os defensores das teorias abstratas da ação. Caso contrário, estaríamos vinculando as condições da ação ao desenvolvimento da relação jurídico-processual, com o que se confundiriam com a noção de pressuposto processual.

18 Confira-se a obra *As nulidades no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63-7.

19 Nogueira, *Curso completo de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59.

20 Referindo-se a essas condições específicas de procedibilidade, Ada Pellegrini, Scarance e Antônio Magalhães destacam as seguintes: “a) representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça; b) entrada do

agente no território nacional; c) autorização do Legislativo para a instauração de processo contra Presidente e Governadores, por crimes comuns; d) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultamento do impedimento” (*As nulidades no processo penal*, cit., p. 63).

21 José Roberto dos Santos Bedaque, Pressupostos processuais e condições da ação, *Justitia*, v. 156, out./dez. 1991, p. 50.

22 Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 1, p. 370.

23 Grinover et alii, *As nulidades no processo penal*, cit., p. 66.

24 Cintra et alii, *Teoria geral do processo*, cit., p. 230.

25 Grinover et alii, *As nulidades no processo penal*, cit., p. 65.

26 Na definição de Liebman, a legitimação para agir confundir-se-ia com “a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [nei cui confronti] ele existe...” (*Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 157).

27 Em lições voltadas ao processo penal, já se mencionou que “a legitimação ad causam consiste na pertinência subjetiva da ação na pessoa que a propõe, em confronto com a outra parte. Quando o autor não é titular da ação ajuizada, falta-lhe legitimação para agir. É o que ocorre

quando o Ministério Público propõe a ação em crimes em que ela é da iniciativa exclusiva do ofendido” (Grinover et alii, *As nulidades no processo penal*, p. 64).

28 Assim, por exemplo, não há identidade de pedidos mediatos — embora sejam os mesmos os pedidos imediatos — quando se ingressa com duas ações, ainda que a primeira já esteja em curso, pleiteando o afastamento de exigibilidade de exações semelhantes, mas referentes a períodos distintos. Nesse sentido: “*Processual civil. Litispendência. Pedidos diversos. Inocorrência. Extinção do processo. Descabimento*. 1 — Somente ocorre litispendência quando há identidade de partes, de pedidos e de causa de pedir. 2 — Pedidos que têm por objeto afastar a exigibilidade de qualquer exação em relação a períodos distintos não caracterizam identidade capaz de ensejar litispendência” (AMS 0119934-92/BA, rel. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira, *DJ*, 24 abr. 1997, p. 26740).

Por outro lado, não há litispendência quando os pedidos imediatos sejam distintos. Assim, por exemplo, em vez de ingressar com uma única ação com pedidos cumulativos, como é comum, se o autor entra com ação pretendendo a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária estabelecida em torno de exação que se tem como inconstitucional e, após (mas concomitantemente), ingressa com outra ação pretendendo a condenação na restituição de valores da mesma exação pagos indevidamente, não podemos falar na ocorrência de litispendência. Nos exemplos anteriores, haverá, quando muito, conexão, ensejando o processamento e julgamento do feito pelo mesmo juízo.

29 *Manual de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1,

p. 55 e 56. Aliás, conforme colocado pelo mesmo autor, expostos de forma correta os fatos, pouco importa que os fundamentos jurídicos sejam consistentes, já que há que se agir segundo o aforisma “dá-me o fato, dar-te-ei o direito”. Em respaldo à tese anterior, elenca julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça — confira-se a p. 57 da mesma obra.

30 Carnelutti (*Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires: EJEJA, v. 1, p. 70), ao classificar o processo, com o mesmo critério aqui utilizado para as ações, fala em processos de mera declaração de certeza, exatamente para enfatizar a declaração da certeza como único elemento da pretensão deduzida em juízo.

31 Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997, ao comentar o art. 24.

32 “É pacífico em doutrina que, ajuizada uma ação concorrente, não poderá ser ajuizada a outra, ou as outras, concomitantemente. Assim, se o comprador ajuizar ação, pedindo diminuição do preço da coisa que lhe foi vendida com defeito oculto, certamente não poderá ajuizar ação pedindo rescisão do negócio” (Arruda Alvim, *Manual*, cit., v. 1, p. 40).

Capítulo IV

DA COMPETÊNCIA

1. CONCEITO

A unidade da jurisdição, como manifestação do poder estatal, é evidente, sendo, portanto, inviável a sua repartição. Não obstante, o exercício da atividade jurisdicional se dá mediante o concurso de vários órgãos, pelos motivos mais diversos, tais como extensão territorial, natureza da causa etc.

Seria impossível que um único juiz fosse responsável pela dicção do direito em todo o território nacional, o tempo todo, sobre toda matéria, para todas as pessoas.

Assim, a partir de critérios lógicos, distribuem-se, entre os muitos juízes pátrios, as atribuições referentes ao desempenho da atividade jurisdicional. A essa repartição de atribuições se dá o nome de competência¹.

Os critérios determinativos da competência vêm primeiramente elencados na Constituição Federal — em observância ao próprio princípio do juiz natural. A partir da Constituição, as leis infraconstitucionais, tais como as Constituições estaduais, o Código de Processo Civil e a lei de organização judiciária, definem as competências.

2. CRITÉRIOS DETERMINATIVOS E CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

A primeira classificação da competência é a que a biparte em competência internacional e competência interna.

Competência internacional é aquela em que há distribuição das atribuições da atividade de dizer o direito entre juízes de países diferentes. Por ser conceito intimamente ligado à idéia da soberania das nações — já que cada uma delas é soberana para ter a expressão do seu direito por juízes pátrios —, a competência internacional confunde-se com a própria jurisdição, enquanto manifestação de um dos Poderes do Estado. A competência internacional vem disposta nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil. A seu respeito há que se verificar ainda o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Já a competência interna consiste na repartição das atribuições entre juízes do mesmo país.

Exatamente aqui surgem os critérios determinativos da competência, abaixo elencados:

a) objetivo — em que a competência é determinada por certos elementos da própria lide, tais como a natureza da causa (competência em razão da matéria), o valor da causa (competência em razão do valor) ou a condição das pessoas envolvidas na lide (competência em razão das pessoas);

b) territorial — como o próprio nome indica, o fator determinante da distribuição das atribuições inerentes ao ato de dizer o direito é o elemento geográfico (competência em razão do território);

c) funcional — o que determina a distribuição das atribuições jurisdicionais, nesse caso, é a função exercida pelos juízes nas diversas fases processuais (competência funcional)².

Passemos, então, à análise pormenorizada de cada um dos critérios antes mencionados.

3. CRITÉRIOS OBJETIVOS

3.1. Competência em razão da matéria (= competência “*ratione materiae*”)

A especialização é fenômeno que auxilia de forma indiscutível a eficácia da prestação jurisdicional.

O juiz especializado em determinada matéria possui maior desenvoltura no trato com ela, podendo julgá-la com mais facilidade e rapidez. Da mesma forma, a vara com atribuições especializadas se adapta de forma mais eficiente ao próprio rito, com verdadeira racionalização dos serviços cartorários.

Atenta a essa realidade, a legislação — tanto a constitucional quanto a infraconstitucional — estabeleceu a divisão das atribuições inerentes à jurisdição de acordo com matérias específicas.

No plano constitucional, v. g., a matéria eleitoral teve a sua dicção especializada, tendo sido para tanto concebida a Justiça eleitoral. O mesmo teria ocorrido com a matéria penal militar, afeta aos tribunais militares.

Por outro lado, em consonância com o art. 91 do Código de Processo Civil, a competência em razão da matéria será regida pelas normas de organização judiciária.

Não raro há especialização concedida por essas normas, de varas estaduais ou federais. Por exemplo, na Justiça federal existem regiões com varas especializadas em matéria previdenciária, penal ou de execuções fiscais. Já na Justiça estadual existem varas especializadas em direito de família, de sucessões ou em acidentes do trabalho.

Como se verá no momento oportuno, a competência em razão da matéria é absoluta, ou seja, estabelecida em função do interesse público, que aqui consiste em melhor prestar a tutela jurisdicional. Isso, como se constatará, traz importantes conseqüências ao trato dessa espécie de competência.

3.2. Competência em razão da pessoa (= competência “*ratione personae*”)

Aqui o que determinará a distribuição da competência é alguma peculiaridade das pessoas envolvidas na lide. A relevância, para o interesse

público, de que as causas dessas pessoas sejam julgadas por determinado órgão judiciário é que determina o processo e julgamento por parte deste. Portanto, também nesse caso estamos diante de competência absoluta.

Podemos arrolar diversas hipóteses desse tipo de competência admitidas por nosso ordenamento jurídico.

O art. 102, I, *e*, da Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar causas entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, Estados, Distrito Federal ou Territórios. A natureza das pessoas jurídicas envolvidas no conflito é que foi determinante para o deslocamento do processo desses feitos, de forma originária, para o Supremo Tribunal Federal.

Do mesmo modo, o art. 105, I, *a*, do Texto Constitucional prevê a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para o processo e julgamento, nos crimes comuns, dos governadores dos Estados e do Distrito Federal. Novamente, a relevância pública da causa, em vista da representação exercida pelas pessoas envolvidas, determinou, de forma absoluta, a competência mencionada.

Também as causas envolvendo a União Federal, excepcionadas as hipóteses da parte final do art. 109, I, da Constituição, serão julgadas pela Justiça federal.

3.3. Competência em razão do valor da causa

Conforme reza o art. 258 do Código de Processo Civil, “a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato”. Necessariamente esse valor constará da petição inicial (arts. 259, *caput*, e 282, V, ambos do CPC).

Com base no valor atribuído às causas, as leis de organização judiciária podem atribuir competência a um ou outro órgão jurisdicional, como se depreende do art. 91 do Código de Processo Civil.

4. CRITÉRIO FUNCIONAL (= COMPETÊNCIA FUNCIONAL)

Como se verificará oportunamente, o processo tem como um de seus aspectos o procedimento, constituindo-se, portanto, de uma série de atos tendentes a determinado fim, que é exatamente a prolação da sentença.

Como o processo protraí no tempo e no espaço, é possível que vários juízes participem de uma mesma causa.

Portanto, o critério funcional parte do pressuposto de que vários juízes podem, em momentos distintos, exercer funções no processo.

Assim, por exemplo, como a causa é revista em graus de jurisdição diversos, nesse caso o juiz de primeira instância estaria realizando uma atribuição que é específica da fase em que deve atuar no processo, o

mesmo ocorrendo com o juiz de segunda instância. Não seria de admitir, então, que o juiz de segunda instância iniciasse a causa ou que o de primeira fosse responsável pela sua revisão em grau recursal, já que as suas funções estão bem delineadas legalmente.

Outro exemplo é o do art. 132 do Código de Processo Civil, que estabelece a regra da identidade física do juiz. Desse dispositivo se constata que o juiz que iniciou a audiência deve julgar o feito, salvo as hipóteses ali previstas. Portanto, a função de instrução vinculou o juiz para fins de julgamento, não podendo o feito ser julgado por outro, sob pena de nulidade.

A competência funcional também é estabelecida em vista do interesse público, com o que evidente tratar-se de caso de competência absoluta, não podendo, portanto, ser exercida por juízo diverso do indicado em lei.

5. CRITÉRIO TERRITORIAL (= COMPETÊNCIA DE FORO)

O princípio da “aderência da jurisdição ao território”, como já visto, implica a admissão de que o ato de dizer o direito deve circunscrever-se a determinada área territorial. O critério territorial de determinação da competência é mero desdobramento daquele princípio.

Como regra geral, o nosso ordenamento admite que as ações devem ser propostas no domicílio do réu.

Estamos aqui diante do foro comum ou geral.

No entanto, tendo em vista a peculiaridade das diversas ações, isto no plano do processo civil, admite-se, para determinadas situações, o uso do foro especial. Assim, ao lado do foro geral, permite-se, segundo a natureza da lide, que a ação seja proposta em local diverso do indicado pela regra geral — isto é, do domicílio do réu.

Passemos, então, a analisar cada uma das regras de competência territorial previstas no Código de Processo Civil.

5.1. Foro geral (= competência territorial geral)

Primeiro, analisaremos a questão sob a ótica do processo civil. E, após, sob o viés do processo trabalhista. Em relação ao processo penal, reservaremos, no final, item próprio versando sobre as competências, inclusive a territorial.

No que concerne ao foro geral para o processo civil, há que se observar o seguinte: segundo o art. 94 do Código de Processo Civil, a ação que verse sobre direitos reais ou pessoais sobre bens deve ser proposta no domicílio do réu. Como já dito, estamos diante da regra geral de competência territorial.

Explicuemos, no entanto, para efeitos didáticos, o que vem expresso no dispositivo sobre o qual ora nos detemos.

Direito real, como se sabe, é aquele cuja relação se estabelece diretamente entre a pessoa e a coisa pretendida, tendo como conseqüências o fato de valer contra todos (*erga omnes*) e o direito de se poder buscar a coisa nas mãos de quem quer que seja (direito de seqüela).

Já direito pessoal é o que se estabelece diretamente entre pessoas, cominando com o direito ao ressarcimento de determinado valor.

Bens móveis são os destacáveis sem qualquer alteração de sua natureza ou substância.

As demandas envolvendo exatamente direito real ou pessoal sobre bens móveis é que terão como foro o domicílio do réu.

Urge, agora, atermo-nos à noção de domicílio, a fim de evitar qualquer equívoco na propositura da ação. Tal noção vem expressa no art. 70 do Código Civil, segundo o qual “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Logo, o domicílio é a soma da residência ou lugar (elemento objetivo) com o *animus* de se estabelecer definitivamente (elemento subjetivo). O domicílio pode ser voluntário ou legal. No primeiro caso, é eleito pelo próprio indivíduo, e, no segundo, pela lei — como, por exemplo, no caso do incapaz, que tem o seu domicílio coincidente com o do seu representante legal (art. 76, parágrafo único, do CC).

Em relação ao foro geral, devemos destacar também

os foros que lhe são supletivos.

Assim, se o réu tiver vários domicílios a ação poderá ser proposta em qualquer deles (art. 94, § 1º, do CPC). Se o domicílio do réu for incerto ou desconhecido, a demanda poderá correr no local onde o réu for encontrado ou no domicílio do autor (art. 94, § 2º). Se o réu não tiver domicílio ou residência no Brasil, a ação poderá ser proposta no domicílio do autor, e, se este último não tiver domicílio no País, em qualquer outro foro (art. 94, § 3º). Se a demanda tiver de dar-se contra vários réus, poderá ocorrer a escolha, pelo autor, de qualquer dos domicílios de um deles (art. 94, § 4º).

No que diz respeito ao processo trabalhista, para efeito de estabelecimento da competência territorial das Varas do Trabalho, há que se observar o art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual:

“A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

§ 1º Quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º A competência das Juntas de Conciliação e

Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços”.

Estamos, aqui, pois, diante de regras de competência territorial trabalhista.

5.2. Foros especiais

Existem demandas que, dadas as peculiaridades diversas — tais como a natureza dos fatos ou das pessoas envolvidas —, são propostas em foros alternativos ao foro geral.

Analisaremos, agora, ainda que brevemente, cada um desses foros especiais.

Foro das sucessões: na forma do art. 96 do Código de Processo Civil, as ações envolvendo inventário, arrolamento, partilha, cumprimento de disposições de última vontade e arrecadação serão propostas no domicílio do autor da herança, mesmo que o óbito se tenha dado no exterior. O autor da herança é o falecido, ou seja, aquele que deixou bens para serem partilhados entre os seus sucessores.

Por outro lado, até a partilha dos bens, com o fim do processo de arrolamento ou inventário, a herança representa uma unidade, ou seja, todas as ações a ela referentes seguem essa mesma regra, devendo ser propostas no domicílio do autor da herança. Findo o processo de inventário ou arrolamento, a herança deixa de representar essa unidade, devendo os sucessores ser processados em seus domicílios, se for o caso de bens móveis (regra geral), ou onde se situem os bens, se de imóveis (observada, é claro, a regra do art. 95 do CPC).

Aqui também existe a indicação de foros supletivos. No caso da inexistência de domicílio certo do autor da herança, a ação será proposta no foro da situação da coisa demandada, isto é, onde ela se encontre (art. 96, parágrafo único, I, do CPC), e, no caso de incerteza do domicílio e da presença de vários bens, no lugar onde ocorreu o óbito (art. 96, parágrafo único, II).

Foro das ações contra ausentes — Em ações contra ausente — assim entendido aquele que desaparece sem deixar notícias, nem administrador para seus bens —, a ação deverá ser proposta no último domicílio daquele.

Competência em razão da situação da coisa — As ações reais imobiliárias devem ser propostas no foro da situação da coisa (art. 95, primeira parte, do CPC). Expliquemos. Ações reais, como já dito, são aquelas em que o vínculo se estabelece diretamente entre a pessoa e a coisa. As coisas imóveis não podem ser destacadas de sua origem sem que ocorra modificação na sua essência.

Dessa forma, as ações reais sobre imóveis devem ser propostas no local onde a coisa estiver situada. Trata-se do conhecido *forum rei sitae*.

É possível, entretanto, a opção pelo foro de domicílio ou de eleição — que é aquele escolhido livremente, em acordo prévio, realizado entre as partes.

Somente não é possível o uso do foro do domicílio ou de eleição nos casos seguintes: ações reais imobiliárias concernentes a direito de vizinhança, servidão, divisão, demarcação de terras e nunciação de obra nova (art. 95, última parte, do CPC).

As demandas reais envolvendo vizinhança vêm bem delineadas nos arts. 1.277 a 1.313 do Código Civil. Assim, v. g., ação envolvendo propriedade de árvore no limite de terrenos vizinhos não permite o uso do foro alternativo (de domicílio ou de eleição).

Quanto às servidões, impõe-se a transcrição do art. 1.378 do Código Civil, segundo o qual: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Já a demarcação e a divisão de terras são ações que têm previsão de rito especial nos arts. 950 a 981 do Código de Processo Civil.

A ação de nunciação de obra nova tem as hipóteses legais previstas no art. 934 do mesmo Código.

Finalmente, colhe registrar que, no caso de imóveis situados em duas ou mais comarcas, há que se observar o disposto no art. 107 do Código de Processo Civil: o juiz que primeiro promover a citação válida (regra do art. 219, *caput*, do CPC) será competente para a ação em sua totalidade.

Ações contra incapazes — Como o domicílio legal do incapaz é o de seu representante legal, o art. 98 do Código de Processo Civil determina que as ações contra aquele sejam propostas no domicílio deste.

Foro das pessoas jurídicas e das sociedades — Em relação às pessoas jurídicas de direito público, há que se observar as seguintes regras: no que pertine à União Federal, valem as normas do art. 109, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Assim, por exemplo, as ações em que esta for autora serão propostas na seção judiciária em que o réu tiver domicílio. Já nas ações em que ela for ré, o autor poderá optar por, e apenas um, dos seguintes foros: da seção judiciária em que for domiciliado, no lugar onde houver ocorrido o fato ou o ato que originou a demanda, onde a coisa estiver situada ou no Distrito Federal.

No caso dos Estados, Municípios e Territórios, há que se observar que:

“As pessoas jurídicas, de direito público e de direito privado, sujeitam-se à regra geral da competência do domicílio do réu.

Como réis, as pessoas jurídicas (inclusive

autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, etc.) devem, por isso, ser demandadas no foro:

a) da respectiva sede; ou

b) da agência ou sucursal, quanto às obrigações que o departamento tenha contraído (art. 100, n. IV, *a* e *b* do CPC).

Ambas as hipóteses correspondem ao conceito de domicílio das pessoas jurídicas, firmado pelo novo Código Civil, no art. 75, n. IV, e parágrafos 1º e 2º³.

No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado, aplicam-se, portanto, as regras acima elencadas.

A ação deverá ser proposta, nesse caso, onde está a sede da pessoa jurídica. No entanto, se a agência ou sucursal é que tiver contraído a obrigação que deu ensejo à demanda, no local em que se achar é que esta deverá iniciar-se. Por fim, em ações propostas contra pessoa jurídica sem personalidade jurídica — as conhecidas sociedades de fato —, a ação deverá ser proposta onde esta exerce a sua atividade principal. A respeito confira-se o art. 100, IV, *a*, *b* e *c*, do Código de Processo Civil.

Foro competente em matéria de obrigações — De acordo com o art. 100, IV, *d*, do Código de Processo Civil, no caso de obrigações contratuais, a ação deverá ser proposta no lugar onde a obrigação tiver de ser cumprida. Já na hipótese de obrigações decorrentes de

atos ilícitos ou de delitos, a regra a aplicar será a do art. 100, V, *a*, com o que a ação, aqui, deverá ser proposta no lugar do ato ou fato. Na hipótese de vários lugares, o autor poderá, a seu critério, escolher um deles.

Foro competente para acidente automobilístico — Na forma do art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil, em caso de acidentes automobilísticos, a ação poderá ser proposta, à escolha do autor, no seu domicílio ou no local do fato.

Foro competente nas ações de separação, divórcio e anulação de casamento — Nesses casos, buscou-se beneficiar a mulher, elegendo-se o seu domicílio como o lugar da propositura da demanda. Assim diz o art. 100, I, do Código de Processo Civil. No entanto, deve-se ressaltar que atualmente, em vista do art. 226, § 5º, da Constituição Federal, tem-se discutido a recepção desse dispositivo pela nova ordem constitucional. Há os que, como Yussef Said Cahali, sustentam que, com o dispositivo acima, deixou de existir o foro privilegiado em favor da mulher casada, caindo a situação nas regras comuns de competência (domicílio do réu). No entanto, em sentido contrário, confira-se a posição de Sérgio Gischkow Pereira⁴.

Foro competente para a ação de alimentos — Nessa situação, buscou-se beneficiar o credor dos alimentos ou alimentando, elegendo-se o seu domicílio ou residência para o local da propositura da ação (art. 100, II, do CPC).

Foro competente para a anulação de títulos de crédito extraviados — Na forma do art. 100, III, do Código de Processo Civil, o domicílio do devedor foi o lugar eleito pela lei para a propositura de ações que versem sobre a anulação de títulos extraviados.

“Forum gestae administrationis” — Para as ações em que for réu o gestor ou administrador de coisas alheias elege-se o foro do lugar do fato ou ato, na forma do art. 100, V, *b*, do Código de Processo Civil.

6. OS CRITÉRIOS DETERMINATIVOS DA COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Segundo o art. 70 do Código de Processo Penal, “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”. Na forma do art. 14, I, do Código Penal, o crime será considerado consumado quando reunir “todos os elementos de sua definição legal”. Portanto, “a noção da consumação expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora”⁵.

Não se conhecendo o local da infração, a competência será, de forma supletiva, determinada “pelo domicílio ou residência do réu” (*caput* do art. 72 do CPP). As noções de domicílio e de residência são as já estudadas anteriormente, extraídas do direito civil.

Interessante verificar que, no caso de ações exclusivamente privadas, o querelante poderá preferir inclusive a propositura da ação no domicílio ou residência do réu, mesmo que conhecido o local da infração (art. 73 do CPP). Daí se infere que o local da infração é regra especialmente nas ações penais públicas e privadas subsidiárias, mas não no caso das ações exclusivamente privadas.

Por outro lado, na forma do art. 74 do Código de Processo Penal, “a competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri”. Assim, existem casos, como ocorre no processo civil, em que, em razão da matéria (natureza da infração), a competência criminal será ora de um, ora de outro juízo. Os crimes militares, definidos na lei penal própria, são de competência, v. g., da Justiça Militar; os crimes cometidos em detrimento de bens pertencentes à União Federal são, observado o art. 109, I, da Constituição Federal, de competência da Justiça federal, e assim por diante. Estamos, aqui, diante de mero desdobramento de regras de competência segundo a matéria no processo penal, devendo ser analisada a Constituição Federal em primeiro lugar, seguida da verificação das leis penais e de organização judiciária.

Por fim, pelo art. 84 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 10.628/02, “a competência pela prerrogativa de função é do Supremo

Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade”. Colhe registrar que, em regra, a própria Constituição indica quais dos tribunais superiores seriam competentes originariamente, em vista da prerrogativa de função, para a matéria criminal. Destarte, confirmam-se, v. g., os arts. 102, I, *b* e *c*, 105, I, *a*, e 108, I, *a*, todos da Constituição Federal.

7. COMPETÊNCIAS ABSOLUTA E RELATIVA

O legislador, ao estabelecer as regras de competência, o fez segundo critérios ora de interesse público, ora de interesse privado.

Quando a regra de competência atende a interesses privados dos envolvidos no processo, estamos diante da competência relativa. Exatamente por ser estabelecida em nome do interesse das partes, a competência relativa pode ser objeto de prorrogação. Por esse fenômeno, que se dá pelas mais diversas formas — analisadas no próximo item —, por vontade da parte, o juiz inicialmente incompetente torna-se competente. Assim, por exemplo, no caso da competência territorial das ações de divórcio, o que faz com o que o foro escolhido seja o da mulher é o interesse, privado, desta. No entanto, se ela preferir ingressar com a ação em outro lugar, não havendo

oposição da outra parte, nada obsta, já que ela teria aberto mão de uma prerrogativa que lhe foi conferida legalmente. Teria ocorrido prorrogação, sendo que o juiz originariamente incompetente, por vontade das partes, tornou-se competente. Isso somente é possível por estarmos diante da competência relativa, em que o interesse das partes é que é levado em consideração quando da concepção da regra de competência. Conseqüência natural das considerações anteriores é o fato de que somente as partes é que poderão alegar, em caso de competência relativa, incompetência do juízo, já que, se não o fizerem, ainda que tacitamente, estarão aceitando juízo diverso. Logo o próprio juiz não pode, sem provocação, de forma espontânea, declarar sua incompetência quando esta for relativa. Não há interesse público a autorizar essa forma de atuação judicial. A respeito já existe a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Casos de competência relativa são a competência territorial e a competência em razão do valor da causa. Nelas os interesses privados dos envolvidos no processo é que determinam a fixação da competência.

Logo, em todos os casos de competência territorial antes mencionados, se o autor desejar ingressar em local diverso do indicado em lei, e não havendo oposição da outra parte, ocorrerá prorrogação da competência.

Já a competência absoluta é aquela que é

estabelecida pelo legislador com base em critério de interesse público e não meramente privado, das partes envolvidas no conflito. Não é de crer, por exemplo, que, estabelecida a competência em virtude da matéria — penal militar, v. g. —, possam as partes alterá-la, escolhendo juiz do Trabalho para decidir a questão. O interesse público de que uma matéria fosse decidida por determinado juízo especializado é que faz com que haja a repartição das atribuições jurisdicionais (no caso mencionado, para a Justiça Penal Militar).

A consequência primeira da competência absoluta é que não poderá ser objeto de prorrogação. Ou seja, as partes não podem, por vontade própria, alterar a competência inicialmente estabelecida em lei, já que o interesse público o impede.

Por outro lado, o interesse público recomenda — ou mais: determina — que o próprio juiz, constatando a sua incompetência absoluta para apreciar o feito, dê-se *ex officio* por incompetente, determinando a remessa dos autos para o juízo competente.

No direito processual civil pátrio, são casos de competência absoluta a competência em razão da matéria, a competência em razão das pessoas e a competência funcional. Todas as espécies elencadas foram estabelecidas em virtude de interesse público, não podendo as partes abrir mão da indicação legal do juízo competente.

No processo penal, a competência estabelecida no

art. 70 do Código de Processo Penal, antes transcrito, é relativa. Caso não alegada oportunamente, há deslocamento de competência na forma já estudada⁶.

No processo trabalhista, a competência territorial das Varas do Trabalho, destacada anteriormente (art. 651 da CLT), também é relativa. Caso o empregado, se autor da demanda, preferir a sua propositura em local distinto do indicado naquele dispositivo legal, não havendo manifestação contrária do empregador, haverá prorrogação da competência. Também aqui não pode o juiz manifestar-se de ofício. No entanto, “em face do princípio protecionista, o acordo anterior ao litígio, tendente a modificar a competência territorial (foro contratual), não se aplica contra o empregado, e sim a seu favor. O tema, entretanto, é polêmico”⁷.

8. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA, CONEXÃO, CONTINÊNCIA, PREVENÇÃO E PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO

8.1. Prorrogação da competência

A prorrogação consiste em fenômeno em que há ampliação da esfera de competência de certo órgão do Poder Judiciário.

Por ela, em algumas situações, pode-se chegar até mesmo a tornar competente o juiz originariamente incompetente para determinado feito.

A prorrogação pode ser voluntária ou legal. Como o próprio nome indica, será voluntária quando decorrer, nos casos permitidos em lei, da vontade das partes. Aqui as partes é que são responsáveis pela ampliação da competência de determinado órgão do Judiciário. Será, por seu turno, legal quando decorrer da vontade da lei. Nesse caso é a própria lei que possibilita a ampliação da competência do juízo. Exemplos desta segunda espécie podem ser dados às escâncaras. Assim, v. g., o art. 108 do Código de Processo Civil determina que o juízo da ação acessória será o mesmo da ação principal. A própria lei ampliou a competência do juízo da ação principal, passando este a ser competente também para a ação acessória. A restauração de autos, v. g., processa-se perante o próprio juízo no qual houve extravio dos autos então restaurados. Da mesma forma, assistimos a caso de prorrogação de competência no art. 800 do Código de Processo Civil, segundo o qual “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”. O juiz do processo principal será, por extensão legal, o juiz da cautelar e vice-versa. Do mesmo modo ocorre quando o juiz que sentenciou o processo passa a ser o competente para processar a execução da sentença. Nessa senda o art. 575, II, do Código de Processo Civil.

Entendidas as formas de prorrogação, passemos agora a estudar os casos de prorrogação voluntária, que

são basicamente dois no nosso direito, isto é, a prorrogação por meio da eleição de determinado foro (art. 111 do CPC) e em face da ausência de oposição de exceção declinatória do foro e do juízo competente no prazo legal (art. 114).

8.1.1. Foro de eleição

Pelo foro de eleição, as partes, em contrato escrito alusivo a certo negócio, acordam no sentido de escolher determinado juízo para a solução de conflitos envolvendo esse mesmo negócio⁸. Não é incomum, por exemplo, em certos contratos, constar cláusula indicando o juízo competente de determinada comarca para os conflitos oriundos do contrato firmado.

Portanto, a eleição de foro envolve apenas determinado negócio jurídico entre as partes negociantes, não podendo ser geral e indeterminada, isto é, não sendo possível a eleição do foro para toda e qualquer ação entre os contratantes.

Por seu lado, eleito dado foro, por vontade contratual, os sucessores, *inter vivos* ou *causa mortis*, das partes ficam vinculados a ele.

Como se percebe de todo o exposto, o foro de eleição somente é possível nos casos de competência relativa, prorrogável por vontade das partes. Há que se fazer constar, no entanto, que “a nulidade de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de

ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu” (parágrafo único do art. 112 do CPC, acrescentado pela Lei n. 11.280/2006). No entanto, se o juiz não declinar da competência, ocorrerá a sua prorrogação na forma do art. 114 do mesmo diploma processual.

No caso do processo trabalhista, no entanto, em vista do princípio protecionista, deve-se analisar sempre em favor do empregado o acordo prévio modificando a competência territorial. Muitas vezes, esses acordos são realizados durante o vínculo empregatício, momento em que o empregado se encontra vulnerável e predisposto a aceitar qualquer modificação do critério determinativo da competência territorial, ainda que contrária a seu interesse futuro. A própria idéia de poder constitucional de ação, anteriormente analisada, com prestígio ao acesso amplo à justiça, favorece a conclusão anterior — já que se há que interpretar sempre de forma a prestigiar o acesso à justiça, o que, em certos casos, com a modificação da competência, poderia incoerir para os empregados, menos favorecidos na relação jurídico-processual.

8.1.2. Ausência de oposição de exceção declinatória do foro e do juízo competente no prazo legal

Pelo art. 114 do Código de Processo Civil, “prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar

na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais” (art. 114 com redação dada pela Lei n. 11.280/2006).

Assim, caso o autor proponha a ação perante juízo inicialmente incompetente, se o réu o aceita tacitamente, não alegando, pela via própria e no prazo legal, a incompetência, ocorre o fenômeno da prorrogação. Existe, no caso, ampliação da competência do juízo por vontade das partes, ainda que tácita de uma delas.

Proposta a ação perante juízo incompetente, a parte deve ingressar com defesa própria, chamada de exceção de incompetência, indicando inclusive o juízo que entende competente. Essa forma de defesa vem prevista nos arts. 307 a 311 do Código de Processo Civil, sendo que o procedimento e o prazo vêm ali indicados.

Caso não oponha essa exceção, entende-se que a parte aceitou o juízo incompetente, havendo ampliação da sua competência.

Obviamente que somente em casos de competência relativa, como visto, será possível ocorrer tal prorrogação, somente nesses casos será cabível a exceção declinatória de juízo competente. Nos casos de competência absoluta, a incompetência pode ser argüida a qualquer tempo e, se não o for, deve o juiz *ex officio* dar pela sua incompetência.

8.2. Conexão

A conexão não deixa de ser uma espécie de prorrogação de competência, já que nela se dá exatamente a ampliação da competência do juízo. No entanto, dadas as suas peculiaridades, passemos a analisá-la de maneira isolada.

Em vista de certo vínculo existente entre ações distintas, nos moldes do Código de Processo Civil, é possível o processo e julgamento de ambas pelo mesmo juízo.

No caso da conexão, o vínculo entre as ações, ensejando o processamento pelo mesmo juízo, dá-se em torno do fato de estas possuírem o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Assim, alguns elementos das ações devem ser exatamente coincidentes — isto é, o pedido ou a causa de pedir —, mas não necessariamente as partes.

Se os três elementos das ações propostas fossem coincidentes teríamos a litispendência ou a coisa julgada, dependendo do caso. No entanto, sendo comuns apenas alguns deles, como os indicados no art. 103 do Código de Processo Civil e acima mencionados, teremos a conexão, ensejando o processo e julgamento das ações pelo mesmo juízo. Constate-se: basta, para a conexão, a identidade de pedido ou causa de pedir de forma alternativa. Existente, pois, apenas a semelhança de um desses elementos, dar-se-á a conexão. Existentes ambos, obviamente que também se dará a conexão, embora isso não seja necessário.

Como exemplos de ações conexas citamos os seguintes: a) a existência de duas ações contra dois coobrigados diferentes — como devedor e fiador — pela mesma dívida. Havendo identidade de pedidos, isto é, cumprimento da mesma dívida, estamos diante de caso de conexão, a autorizar o processo e julgamento dos feitos pelo mesmo juízo; b) digamos que o locador ingresse com ação requerendo o despejo por falta de pagamento em certo número de meses em contrato de locação e, concomitantemente, o locatário ingresse com ação consignatória desses mesmos aluguéis. Havendo, aqui, identidade de causa de pedir, trata-se de caso de conexão.

No primeiro exemplo, houve conexão por identidade de objetos, mesmo sendo as partes diversas. No segundo, houve conexão por identidade de causas de pedir, dando-se, por mera coincidência, identidade de partes — o que é despiciendo no caso de conexão.

Na forma do art. 253 do Código de Processo Civil, haverá distribuição por dependência em caso de conexão, devendo, assim, o segundo processo ser distribuído para o mesmo juízo para o qual o outro tiver sido anteriormente distribuído. O próprio autor deverá solicitar a distribuição por dependência; se este não alertar para o fato, poderá o próprio juízo determinar essa forma de distribuição, ainda que posteriormente alertado pela parte contrária.

Somente é possível a ocorrência de conexão quando

os processos ainda se encontram pendentes no mesmo grau de jurisdição, caso contrário uma das causas não se sujeitaria ao duplo grau de jurisdição, previsto constitucionalmente.

No processo penal existem algumas peculiaridades em relação à conexão que merecem ser destacadas.

As hipóteses de conexão estão elencadas no art. 76 do Código de Processo Penal, que merece ser integralmente transcrito:

“A competência será determinada pela conexão:

I — se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II — se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III — quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”.

Na primeira hipótese, é possível falar em identidade de pedidos ou de causas de pedir, como ocorre no processo civil. No entanto, ao lado desses elementos da ação penal, é fator determinante que as infrações tenham sido cometidas pelos mesmos réus — elemento dispensável no caso da conexão prevista no art. 103 do

Código de Processo Civil.

Na segunda e na terceira hipótese estamos diante de casos de conexão específicos do processo penal, já que não se baseiam na identidade quer de pedidos, quer de causas de pedir. Trata-se de situações em que a simples relação entre as infrações penais cometidas é suficiente para a prorrogação da competência, por prevenção. O elo entre as infrações conexas nada tem que ver com a identidade ou não de seus elementos, com o que se pode dizer que existe uma conexão própria do processo penal, totalmente distinta daquela ocorrente no processo civil.

8.3. Continência

Também na continência ocorre a prorrogação legal da competência.

Aqui, a ampliação da competência do juízo decorre do fato de as ações propostas possuírem a mesma causa de pedir e as mesmas partes, mas o objeto de uma deve ser mais amplo que o das outras (art. 104 do CPC).

Como exemplo tem-se o seguinte: “A” ingressa com ação contra “B” pleiteando o pagamento de determinada dívida e, logo após, ingressa com outra demanda pretendendo o pagamento desse mesmo valor mais os juros. As partes são as mesmas, a causa de pedir também, mas a segunda ação abrange a primeira, devendo, obviamente, ser processada e julgada pelo mesmo juízo — daí a regra do art. 253 do Código de

Processo Civil, antes explicitada, também ser aplicável aos casos de continência.

Como na conexão, somente é possível a continência entre processos que se encontrem pendentes no mesmo grau de jurisdição.

Por fim, tanto a conexão como a continência são estabelecidas em nome da economia processual e do interesse público de evitar a prolação de sentenças contraditórias.

No processo penal as hipóteses de continência estão arroladas no art. 77 do estatuto processual, sendo que ocorrerá: a) no caso de duas ou mais pessoas acusadas pela mesma infração: aqui de novo o liame entre as ações, para efeito de continência, é mais frágil do que no processo civil, bastando a identidade de uma das partes (os réus) para a sua ocorrência; b) nas hipóteses do art. 70, 73 e 74 do Código Penal, segundo a nova redação dada aos dispositivos, mencionados no inciso II do art. 77 do Código de Processo, pela reforma do Código Penal em 1984: assim, ocorrerá continência nos casos de concurso formal, *aberratio ictus* e *aberratio delicti* (nestas últimas hipóteses, desde que ocorrente o concurso formal).

Explicuemos cada uma dessas noções.

O concurso formal se dá na hipótese do art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, ou seja, quando o agente, mediante ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes. Por exemplo, quando o agente, com um só

tiro, mata duas ou mais pessoas, ocorre o concurso formal, sendo caso de prorrogação da competência por continência. A *aberratio ictus* implica a aberração no ataque ou o desvio do golpe. Assim, v. g., pretendendo atingir determinada pessoa, o agente atinge outra. A ação criminosa é contra Pedro, mas atinge João. Na forma do art. 73 do Código Penal: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Já a aberração no ataque se dá quando, “por acidente ou erro no uso dos meios de execução”, atinge-se pessoa diversa da desejada. Assim se dá por exemplo quando, no momento de atirar, o agente tem a arma desviada por terceiro, deixando de atingir a quem pretendia, mas ferindo outra pessoa. Quando há *aberratio ictus* com resultado duplo — por exemplo, fere-se a pessoa que se pretendia matar e mata-se terceiro que nada tinha que ver com a história, é que é possível a ocorrência da continência. Nesse caso, “aplica-se a regra do art. 70 deste Código”. Existem dois crimes, que serão punidos da forma como se pune o crime formal (impõe-se ao agente a pena mais grave, ou, se idênticas as penas, somente uma delas, mas

umentada, em qualquer caso, de um sexto até metade, ou, ainda, “aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. Neste último caso, apesar de ter atingido terceiro, a despeito de pretender atingir outra pessoa, é possível que o agente tenha previsto e consentido na morte daquele terceiro).

Por fim, a *aberratio criminis* (ou *aberratio delicti*) implica o desvio do crime. Aqui, há que se verificar as hipóteses do art. 74 do Código Penal: “Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

8.4. Prevenção

Nos casos anteriores de conexão e continência, é inevitável a seguinte pergunta: como será possível, nessas hipóteses, determinar qual o juiz competente para processar e julgar as ações?

A competência dar-se-á inevitavelmente pela prevenção, sendo competente o juiz que primeiro conheceu da causa. A prevenção é, portanto, o fenômeno de reconhecimento do juízo que primeiro conheceu da causa, para efeito de prorrogação de outra

conexa ou continente.

Mas qual teria sido o primeiro a conhecer de causas conexas ou continentes propostas concomitantemente?

Aqui, para a resposta, devem-se observar duas regras — para os processos civil e trabalhista:

a) quando as causas se estão processando perante juízos da mesma circunscrição territorial (mesma comarca, no caso da Justiça estadual, por exemplo), aplica-se o disposto no art. 106 do Código de Processo Civil, segundo o qual estará prevento o juízo que primeiro despachou;

b) quando as ações se estão processando perante juízos de circunscrição territorial diversa ocorrerá prevenção em favor daquele que primeiro realizou a citação válida (art. 219, *caput*, do CPC).

No processo penal, no entanto, a coisa se dá de forma diversa, devendo ser observado o art. 78 do estatuto processual, segundo o qual, “na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I — no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

II — no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o

maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

III — no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

IV — no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta”.

Há também outras previsões de competência por prevenção, observado o mesmo conceito anteriormente exposto em outros dispositivos do Código de Processo Penal.

Pelo art. 83 desse Código, por exemplo, “verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, n. II, letra c)”. Desse modo, juízo que tiver despachado em medida cautelar penal — exemplo: busca e apreensão — fica prevento em relação a futura ação principal, caso proposta. Trata-se de casos em que, em virtude dos atos decisórios, o juízo tomou conhecimento da causa, o que conduz à prevenção.

Na forma do art. 70, § 3º, desse diploma legal, “quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a

infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

Também o art. 71 do Código de Processo Penal deve, aqui, ser destacado, discorrendo que, “tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção”. A continuidade criminosa ocorre “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro” (CP, art. 71). Já os “crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs.: seqüestro ou cárcere privado (CP, art. 148), plágio (art. 149) etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação”⁹.

Há previsão de prevenção, ainda no processo penal, no seguinte caso: como já dito, quando desconhecido o local do crime, a competência penal será fixada pelo domicílio ou residência do réu; no entanto, “se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

Por fim, o art. 75 do Código de Processo Penal, em

seu parágrafo único, menciona “a distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal”. Portanto, diligências preparatórias do processo criminal, realizadas antes mesmo de sua instauração, tornam prevento o juízo caso venha a ocorrer a propositura da ação.

8.5. Perpetuação da jurisdição (= “perpetuatio iurisdictionis”)

Para entendermos a regra da perpetuação da jurisdição, devemos ater-nos à leitura do art. 87 do Código de Processo Civil.

Por esse dispositivo, proposta a ação, nenhuma alteração de fato ou de direito será suficiente para provocar a alteração da competência, salvo os excepcionalíssimos casos ali indicados. Assim, por exemplo, proposta a ação contra “B”, menor, no domicílio de seu representante legal, na forma da lei, mesmo este atingindo a maioria e mudando o seu domicílio, não haverá alteração da competência. Essa alteração da situação de fato em nada modifica a competência do juízo¹⁰.

Somente há alteração da competência originariamente disposta se ocorrer uma das seguintes hipóteses (indicadas como exceção no próprio art. 87 do CPC):

a) em caso de ocorrência da supressão do órgão judiciário: obviamente que, deixando de existir o órgão, a partir de então será impossível a continuidade nele das causas remanescentes, devendo os autos dos processos ali em curso passar imediatamente para o novo órgão legalmente competente. Como exemplo pode-se dar a criação dos Tribunais Regionais Federais com a supressão, pela Constituição de 1988, do Tribunal Federal de Recursos. As causas de competência do órgão suprimido foram deslocadas para este último, mesmo porque o Tribunal Federal de Recursos foi extinto;

b) em caso de modificação da competência pela alteração da competência em razão da matéria ou hierarquia: ora, sendo caso de competência absoluta, o antigo órgão competente não pode, sob pena de nulidade, processar e julgar os feitos em andamento. Assim, com a competência para todos os feitos envolvendo direitos humanos passando a ser da Justiça federal, aqueles concernentes a essa matéria que estiverem a cargo da Justiça estadual devem ser remetidos ao primeiro juízo imediatamente¹¹.

Os casos acima indicados constituem exceções à regra legal da *perpetuatio iurisdictionis*, antes explicitada.

Também no processo penal se percebe a ocorrência do fenômeno da *perpetuatio* e da incidência das

exceções dispostas no Código de Processo Civil¹².

9. DA DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Um dos primeiros deveres do juiz é verificar se possui competência para a causa, especialmente a absoluta — inclusive, nesse caso, deve ele, mesmo sem provocação, dar-se por incompetente, determinando a remessa dos autos ao juiz competente.

No entanto, a parte pode levantar a questão da incompetência das formas a seguir analisadas.

Em caso de incompetência relativa, a parte deve alegá-la por meio da exceção de incompetência (arts. 304 a 311 do CPC). Caso não o faça, haverá prorrogação da competência do juízo, não podendo este dar-se por incompetente sem provocação (Súmula 33 do STJ). Interessante ressaltar, aqui, o parágrafo único acrescentado pela Lei n. 11.280/2006, segundo o qual, “na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”.

Em se tratando de incompetência absoluta, não deve ser utilizada a exceção de incompetência antes mencionada, bastando à parte alegar a sua ocorrência como preliminar em contestação (art. 301, II, do CPC) ou mesmo por simples petição em qualquer fase do processo. Até mesmo o juiz, dado o interesse público

que cerca a matéria, pode, sem provocação, declarar sua incompetência absoluta, remetendo os autos ao juízo competente — não se pode, v. g., pretender que um juiz do Trabalho, constatando que se trata de causa de competência da Justiça estadual, continue a processar e mesmo que julgue aquele feito. Caso a parte não alegue a incompetência absoluta no primeiro momento em que deveria falar nos autos, responde pelas custas processuais (art. 113, § 1º, do CPC). Embora não se trate de um incidente, em nome do contraditório, alegada a incompetência, deve o juiz abrir prazo para a manifestação da outra parte. Por fim, na forma do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, só os atos decisórios serão anulados, devendo o juiz competente aproveitar absolutamente todos os atos probatórios realizados no outro juízo. Assim, em nome da economia processual, são convalidados, por exemplo, atos probatórios realizados na Justiça do Trabalho, em caso de remessa dos autos ao juízo federal absolutamente competente. No entanto, liminar eventualmente concedida naquele juízo — por ser ato decisório — deve ser reapreciada pela Justiça federal. Essa regra vem transcrita também no art. 567 do Código de Processo Penal.

Por fim, outra forma de declaração de incompetência do juízo se dá por meio do conflito de competência, quando dois ou mais juízos se consideram incompetentes para o julgamento de determinado feito (conflito de competência negativo, que é o mais comum)

ou quando dois ou mais juízos se consideram igualmente competentes para o mesmo feito (conflito de competência positivo). Constatado o conflito, as regras de competência concernentes ao órgão que irá solucioná-lo se encontram na Constituição Federal (a respeito vejam-se os arts. 102, I, *o*, 105, I, *d*, 108, I, *e*, e, por fim, 114, V — disposição inserta pela EC n. 45/2004). Dessa forma, v. g., se os juizes pertencerem ao mesmo tribunal, este será o competente para apreciá-lo; se pertencerem a tribunais diferentes, a competência será do Superior Tribunal de Justiça. Podem suscitar o conflito de competência o próprio juiz, as partes ou o Ministério Público.

O procedimento dos conflitos de competência vem disposto nos arts. 116 a 124 do Código de Processo Civil. No caso do processo penal, o procedimento está previsto nos arts. 113 a 117 do Código de Processo Penal. Já para o processo trabalhista, o procedimento decorre de normas dos arts. 799, 800 e 803 a 811 da Consolidação das Leis do Trabalho.

1 Arruda Alvim chama a atenção para o fato de que a “competência é atributo do órgão (juízo, tribunal, câmara etc.) e não do agente (= juiz)” (cf. *Manual de direito*

processual civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 1, p. 235).

2 “Competência funcional é a estabelecida, como indicado pela denominação, em virtude das funções ou atividades de cada juiz no processo. Por exemplo, atos do juiz singular e atos dos órgãos colegiados, como competência recursal, rescisória, atribuições ou funções do relator, do revisor e do vogal” (José Rubens Costa, *Manual de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 204).

3 Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1, p. 190.

4 Ambos os autores foram citados por Athos Gusmão Carneiro (*Jurisdição e competência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 78 e 79).

5 Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997, em comentário ao art. 70.

6 Confira-se nesse sentido decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicada em *RT*, 605:266.

7 Confira-se Valentin Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, em comentário ao art. 651 da CLT.

8 Discorrendo a respeito do foro de eleição, Arruda Alvim é claro no sentido de que decorre ele “do ajuste entre dois ou mais interessados, devendo constar de contrato escrito e se referir especificamente a um dado negócio jurídico (disponível), para que as demandas oriundas de tal negócio jurídico possam ser movidas em tal lugar (art. 111, par. 1º)” (*Manual*, cit., v. 1, p. 282).

9 Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, em comentário ao art. 71.

10 “Problema de grande importância de ordem prática é o alusivo à incidência da *perpetuatio jurisdictionis* nos casos de criação de novas comarcas, com o conseqüente desmembramento da comarca preexistente. Deverão ser remetidos à nova comarca os processos em andamento, se o réu for domiciliado na área da nova circunscrição, ou se nesta estiver situado o imóvel objeto do litígio, e assim por diante? Doutrina majoritária responde negativamente, em face da regra do art. 87 do Código de Processo Civil e considerando tratar a hipótese de modificação do ‘Estado de direito’, ou melhor, das regras jurídicas de determinação da competência, sendo portanto irrelevante a modificação de tais regras relativamente às causas já anteriormente propostas. Mas a orientação da doutrina nem sempre vem sendo acolhida, no plano administrativo, pelos Tribunais” (Carneiro, *Jurisdição e competência*, cit., p. 60).

11 Confira-se, aqui, a redação dada ao inciso V-A e § 5º do art. 109 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004. A competência ali estabelecida valerá a partir do instante da publicação da Emenda, já que estamos diante de norma de eficácia plena — sendo caso, inclusive, de exceção à *perpetuatio iurisdictionis* aqui estudada. Para fins de determinação do que sejam “causas relativas a direitos humanos”, há que se observar, pelo menos, aquelas referentes ao tema que decorrem de tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

12 *Processo penal. Instalação de nova vara federal. Competência do foro.* É aplicável no processo penal o

princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, a redução da circunscrição territorial do juízo, decorrente da instalação de nova vara, não modificando a competência nos feitos com anterior recebimento de denúncia. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Campinas (CComp 4.626, rel. Peixoto Júnior, DJU, 17 dez. 2003, p. 120). Em relação à questão posta no acórdão anterior, ainda com base no princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, mas hasteado em suas exceções, há julgados em sentido contrário — ou seja, dando pela competência da vara instalada.

Capítulo V

DO PROCESSO

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Antes de conceituarmos o processo, urge que analisemos a sua natureza jurídica. Passemos, assim, a discorrer sobre as diversas teorias que tentaram explicá-la.

1.1. O processo como contrato

Essa concepção é originária da *litiscontestatio* romana.

Por ela as partes realizariam um contrato, decidindo se submeteriam ou não a demanda à tutela jurisdicional. Derivando de um acordo de vontades, o processo, nessa teoria, seria visto mais sob o ângulo privatista.

Tal teoria, no entanto, encontra-se em completo desuso, na medida em que se sabe, hoje, que o processo não é fruto de mero negócio jurídico, atuando mesmo independentemente da vontade das partes.

1.2. O processo como instituição

Trata-se de teoria defendida por Couture a partir das

noções de instituição de Maurice Hauriou e George Renard¹.

Seriam elementos de uma instituição: a) um grupo de pessoas trabalhando para a realização de determinado fim comum ou de uma obra; b) a existência de uma hierarquia, com um centro de poder. Aqui fica nítida a relação de subordinação entre o comando e os componentes do grupo; c) a durabilidade da obra a construir².

Exemplos de instituições fornecidos pela história são muitos, a saber, o Estado, a família, a Igreja etc.

O processo seria instituição na medida em que: a) haveria um grupo trabalhando a serviço da prestação da tutela jurisdicional; b) existiria uma superioridade do Estado-Juiz em relação às partes; c) haveria durabilidade da obra construída (processo/justiça).

Segundo a crítica a essa teoria, ela seria insuficiente para, por si só, explicar o processo, não o diferenciando de forma clara de outros fenômenos institucionais.

1.3. O processo como situação jurídica

Advinda das idéias de Goldschmidt³, nessa teoria o processo seria constituído de uma série de expectativas, ônus e possibilidades jurídicas, que se consubstanciariam em situações jurídicas.

Na realidade, encontram-se tais elementos no

processo, mas não da forma isolada como entendeu Goldschmidt. Não há nele uma situação jurídica ou várias situações jurídicas, consideradas isoladamente; há, isso sim, uma relação jurídica — concepção que, veremos a seguir, é a que hoje predomina quando se tenta explicar a natureza jurídica do processo⁴.

1.4. O processo como relação jurídica

Toda relação jurídica é constituída de sujeitos que se vinculam em torno de um ou mais objetos. Em torno do objeto emergem, assim, direitos, deveres, ônus, faculdades etc.

Ao lado da relação jurídica de direito material, existe, portanto, uma relação jurídica de direito processual. Nesta segunda existem:

a) Sujeitos — que, no caso, são três, isto é, o juiz e as partes (autor e réu). O Estado-Juiz exerce sua autoridade, à qual as partes se sujeitam. A relação estabelecida seria triangular; em virtude dessa relação de sujeição, o juiz estaria no ápice do triângulo e as partes nos vértices.

b) Objeto — Na relação de direito material, o objeto seria o próprio bem de vida em torno do qual os sujeitos estabelecessem o vínculo. Já na relação de direito processual, o objeto seria a prestação da tutela jurisdicional, que tem como devedor não o réu, mas sim o Estado.

c) Vínculo — O processo como relação de natureza continuativa (no sentido de que é formada por vários atos que se desenrolam no tempo até que seja proferida a decisão final) acarreta a ocorrência de diversos vínculos entre os seus sujeitos. Assim, ora as partes têm deveres processuais (v. g., o de se sujeitar ao poder de polícia do juiz na audiência) ou poderes (como de exigir a prestação jurisdicional, por meio do exercício da ação), o mesmo ocorrendo com o juiz (que, da mesma forma que tem o poder de exigir lealdade processual, tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, por exemplo). Assim, em um mesmo processo, os sujeitos podem ocupar posições variadas, segundo a detenção de: 1) *faculdades*: que dependem da manifestação do sujeito (como no caso da faculdade de apresentação de quesitos para a resposta do perito); 2) *ônus*: que é uma modalidade da faculdade, também se realizando no interesse da parte segundo a sua manifestação. O sujeito que deixar de se desincumbir de um ônus arca com as conseqüências dessa atitude (como no caso do ônus da prova ou do ônus da defesa); 3) *poder*: que ocasiona uma modificação na esfera alheia, submetendo o outro a um estado de sujeição (como no caso do poder de polícia do juiz em audiência); 4) *dever*: que é o verso do poder, ficando seu agente em estado de sujeição em relação ao detentor daquele poder (como no caso do dever das partes de se sujeitarem ao poder de polícia); 5) *obrigação*: vínculo que impõe uma prestação de cunho econômico (como no caso da obrigação do

pagamento de custas judiciárias ou de reembolso da parte vencida à vencedora das custas e honorários).

Assim, chegou-se à conclusão, atualmente, de que o processo é, na verdade, uma relação jurídica.

Com isso, encontramos aptos a definir o processo. Aqui, podemos destacar as seguintes facetas de sua definição:

1) O processo aparece como instrumento de atuação da jurisdição.

2) O processo aparece como método de trabalho, em que há organização da forma de atuar dos órgãos jurisdicionais.

3) O processo aparece como relação jurídica.

Portanto, seria correto dizer que o processo não passa de uma relação jurídica, submetida a uma instrumentalização metódica (o procedimento) para que possa desenvolver-se perante o Poder Judiciário. A metodização e a instrumentalização se dão, por sua vez, a partir dos procedimentos judiciais (ordinário, sumário e especial)⁵.

2. CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

A primeira peculiaridade dessa relação jurídica que constitui o processo é a sua autonomia. O objeto e as partes são distintos da relação jurídico-material, sendo independentes desta. Ou seja, enquanto o objeto da

relação processual é a prestação jurisdicional, o de direito material é o bem disputado pelas partes, observadas as regras do direito substantivo. Da mesma forma, entre os sujeitos da relação jurídico-processual encontra-se o juiz, ausente, obviamente, na relação jurídico-material.

Por outro lado, protraindo no tempo, a relação jurídico-processual é complexa e dinâmica, compreendendo uma série extensa de direitos, deveres, ônus, faculdades, poderes e obrigações. Até a prolação da decisão final há constante mutabilidade dos sujeitos no que concerne aos vínculos estabelecidos. Assim, enquanto o juiz tem o dever da prestação jurisdicional, em certos momentos processuais tem, por exemplo, poderes (poder de polícia, por exemplo). Outrossim, o autor, que veicula a pretensão, em vista do poder (para outros direitos) de ação, em dados momentos, passa a ter obrigações (como, na hipótese da sucumbência, a de pagar honorários advocatícios, se for o caso). Logo, a complexidade e a dinamicidade da relação processual, decorrentes de um constante movimento, possibilitam alterações nos vínculos estabelecidos entre os seus sujeitos⁶.

Das anotações anteriores se percebe que ao processo se confere um caráter tríplice. Tal fato decorre dos três sujeitos componentes da relação estabelecida, isto é, juiz, autor e réu.

Outra característica dessa relação jurídica é a

unidade, conferida pela sentença. Os atos realizados, interligados entre si, tendem a uma finalidade, que é a sentença. A essa relação há que se conferir uma unidade teleológica.

Por fim, tem-se a natureza pública da relação jurídico-processual. O Estado, representado pelo juiz, em posição de comando em relação aos outros sujeitos processuais, decorrente do *jus imperii*, resolve a pendência, pacificando o conflito, por meio da prolação da sentença. Assim, em vista da necessidade de que a vontade das partes seja substituída pela vontade estatal, para a obtenção do intento de pacificação social, aquela primeira está jungida à determinação emanada da sentença.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS PROCESSOS

A classificação dos processos obedece, naturalmente, à classificação das ações.

Dessa forma, às ações de conhecimento corresponde o processo de conhecimento, em que há a operacionalização de uma sentença que declara, segundo as normas de direito e a dilação probatória, a quem assiste a razão. É claro que esses processos poderão ser meramente declaratórios — em que há satisfação somente com a declaração —, condenatórios — em que, além da declaração, há a imposição de uma sanção — ou constitutivos — nos quais, além da

declaração, há a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

Já às ações de execução corresponde um processo de execução. Por meio desse tipo de processo operacionaliza-se a implementação de uma pretensão insatisfeita, embora reconhecida já pelo direito.

Por fim, às ações cautelares corresponde um processo cautelar, em que se busca a tutela da efetividade de um processo principal, não podendo, pois, veicular pretensão satisfativa.

4. ESTUDO DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Como há condições indispensáveis para que no exercício do direito, em nosso entender, o poder de ação se implemente de modo efetivo, existem pressupostos necessários para a válida instauração da relação jurídico-processual, bem como para o seu adequado desenvolvimento.

Estamos, nesse caso, diante dos conhecidos pressupostos processuais. Para que se possa iniciar a relação processual, bem como para que o seu desenvolvimento tenha curso natural, é preciso que esses pressupostos estejam presentes.

Assim, para que um processo seja instaurado de forma regular, é necessário o preenchimento de certos requisitos. Por exemplo: o processo precisa ser implementado perante autoridade jurisdicional (no caso

o juiz, único habilitado a dizer o direito de forma definitiva, sem possibilidade de delegação de suas atribuições). Ou então: a demanda deve ser instaurada por quem é capaz de atuar em juízo.

Postas as premissas, há que se destacar a existência dos pressupostos processuais subjetivos, ao lado dos objetivos.

Os pressupostos processuais subjetivos são aqueles indispensáveis à instauração e prosseguimento válidos do processo, extraídos a partir da atuação dos sujeitos.

Assim os subjetivos subdividem-se nos referentes ao juiz e nos concernentes às partes.

No que diz respeito ao juiz:

1) É indispensável que o processo se instaure perante órgão investido de jurisdição. Aqui, há, em caso de dúvida, que se verificar as noções já postas quando da explanação do tema jurisdição. Se o processo transcorrer perante quem está desprovido do poder jurisdicional, será inexistente.

2) É necessário que haja o processamento da lide perante juiz competente. Aqui também já houve análise do tema competência em momento anterior, remetendo-se o leitor àquelas observações. No entanto, urge frisar que, segundo aquelas regras já postas, somente haverá instauração e regular processamento do processo se este se der perante juiz competente. Em caso de incompetência absoluta, o juiz deve, como já visto,

declinar da competência, determinando a remessa dos autos ao juízo competente. Estamos, aqui, diante de uma decisão que não coloca fim ao processo (conhecida, como se verá, como interlocutória), passível de ser revista por meio de agravo de instrumento.

3) Por fim, não basta que haja propositura da demanda perante órgão investido de jurisdição e juiz competente; é necessário que esse mesmo juiz seja imparcial. A imparcialidade do juiz, portanto, é pressuposto processual subjetivo indispensável à instauração e regular desenvolvimento do processo. No caso de parcialidade, isto é, de o juiz, em vista de certas circunstâncias legais, não ter como certa a equidistância necessária das partes, ele mesmo há que se dar por impedido ou suspeito, alijando-se do processo e entregando-o a outro em melhores condições de imparcialidade. No entanto, caso o juiz não se dê por suspeito ou impedido, a parte pode fazê-lo, por meio de exceções (defesas próprias) de impedimento ou de suspeição. Aqui, há que se observar as disposições constantes dos arts. 134, 135, 136 e 137 do Código de Processo Civil e 111 e 252 a 256 do Código de Processo Penal. Aliás, analisando as hipóteses do Código de Processo Penal em cotejo com as situações do Código de Processo Civil, tem-se que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I — tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o 3º

grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito: aqui, há semelhança em parte com o processo civil, em que o juiz não poderá funcionar se uma das partes até o 3º grau for seu parente — hipótese idêntica, por sua vez, à prevista no art. 801, *c*, da Consolidação das Leis do Trabalho, no que concerne ao processo trabalhista (que cuida, no entanto, de suspeição e não de impedimento);

II — ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha. Essa situação se assemelha à parte final do art. 134, II, do Código de Processo Civil;

III — tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão. Tal situação se assemelha à hipótese do art. 134, III, do Código de Processo Civil, em que é defeso ao juiz atuar em processo “que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão”. Aliás, em relação ao processo penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “só há o impedimento do art. 252 do CPP se o juiz se pronunciou de fato e de direito sobre a questão” (n. III), “o que não ocorre em simples atos de ordenação processual ou de produção da prova” (*RTJ*, 53:294)⁷;

IV — ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o 3º grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no

feito. Essa previsão é um misto do existente nos incisos I e IV do art. 134 do Código de Processo Civil;

V — já o art. 253 do Código de Processo Penal cuida de hipótese de impedimento semelhante ao do art. 136 do Código de Processo Civil, sendo no entanto no primeiro o impedimento mais abrangente, estendendo-se até os parentes de até o 3º grau, inclusive. Percebe-se, pois, que, embora não venha expresso no Código de Processo Penal, este somente cuida das questões de impedimento no seu art. 252, aliás sendo essa relação taxativa, não podendo ser ampliada. Por exemplo, em caso de juiz que solicitou a remessa dos autos ao Ministério Público para a tomada das providências que entendesse cabíveis em determinado processo, em vista de eventual cometimento de delito, não estaríamos diante de impedimento. Do mesmo modo, estaríamos diante de ausência de impedimento se o juiz determinou a abertura de sindicância para a verificação de penalidade funcional e se do mesmo ato fosse constatada a ocorrência de delito. Já o art. 254 do Código de Processo Penal dispõe a respeito dos casos de suspeição do juiz, sendo alguns destes semelhantes, em sua quase-totalidade, aos casos do art. 135 do Código de Processo Civil. Assim, em ambos se considera suspeito: a) o juiz que for amigo íntimo ou inimigo capital das partes — observe-se que essa hipótese é também reproduzida no processo do trabalho, como se depreende do art. 801, *a* e *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho; b) tiver

aconselhado qualquer das partes a respeito do objeto da lide; c) for credor ou devedor de uma das partes (no caso do processo civil, até o 3º grau em linha reta ou colateral, delimitação que, embora inexistente de forma expressa no processo penal, entendemos poder ser ali aplicada por analogia). Por outro lado, as hipóteses dos incisos V (no que se refere à tutela e à curatela), II (se o juiz, seu ascendente ou descendente, estiverem respondendo a processo idêntico, sobre cujo caráter criminoso verse a controvérsia), III (se o juiz, seu cônjuge ou parente até o 3º grau sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes), VI (se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo), todos do art. 254 do Código de Processo Penal, não possuem previsão expressa no Código de Processo Civil, podendo, no entanto, consubstanciar, a critério do juízo, motivo íntimo suficiente para a suspeição (art. 135, parágrafo único, do CPC) ⁸ ou mesmo, como no caso da sociedade, ser causa de impedimento (art. 134, VI) ou de suspeição (art. 135, V). Do mesmo modo, as hipóteses do inciso III (juiz que for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes), IV (receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo ou subministrar meios para atender às despesas do litígio) e V (ser interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes), todos do art. 135 do Código de Processo Civil, não têm previsão expressa no Código de Processo Penal como

casos de suspeição — sendo que, no entanto, esta última aparece de forma semelhante no processo trabalhista (art. 801, *d*, da CLT). Embora Damásio⁹ e mesmo a jurisprudência digam que o rol do Código de Processo Penal é taxativo, entendemos possível a aplicação subsidiária do estatuto processual civil no caso presente — do mesmo modo ocorre para o processo do trabalho. Afinal, há que se ter como suspeito, mormente no processo penal e também no trabalhista, por exemplo, juiz que receba dádiva antes ou no curso do processo ou que, ainda, for interessado no julgamento do litígio — hipóteses previstas apenas no Código de Processo Civil. Fora dessas hipóteses, no entanto, considerando-se ambas as disposições, aí sim o rol deverá ser taxativo, não comportando novas situações — aplicando-se esse raciocínio tanto ao processo penal quanto ao trabalhista. As regras anteriores aplicam-se aos representantes do Ministério Público (arts. 138, I, do CPC e 258 do CPP) e aos auxiliares da justiça (arts. 138, II, do CPC e 105, 112 e 274 do CPP). O mesmo ocorre no processo trabalhista por aplicação subsidiária das normas constantes do Código de Processo Civil. O procedimento para a arguição de suspeição ou impedimento vem previsto no art. 138, §§ 1º e 2º, desse Código. No processo penal, nos arts. 95, I, 96 a 107 e 112. E, no processo trabalhista, nos arts. 799 e 802 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda em relação aos pressupostos processuais

subjetivos, há aqueles referentes às partes. No que diz respeito a eles, tem-se o seguinte:

1) É indispensável que esteja presente a capacidade de ser parte. Entenda-se esta como a própria noção de personalidade. Assim, em consonância com o art. 1º do novo Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Observada essa regra, há que se acentuar, ainda, que, ao lado das pessoas físicas, as pessoas jurídicas também possuem tal capacidade. Trata-se da capacidade de gozo.

2) Além da capacidade de ser parte, há a capacidade de estar em juízo (conhecida como *legitimatio ad processum*, que não se confunde com a *legitimatio ad causam*, condição da ação, já vista). Trata-se da capacidade de exercício ou de fato. No caso dos absolutamente incapazes, na forma do art. 3º do Código Civil, estes devem ser representados em juízo pelos pais, tutores ou curadores. Os relativamente incapazes, conforme previsto no art. 4º do novo Código Civil, também devem ser assistidos pelos pais, tutores ou curadores. No caso da emancipação, prevista no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, a atuação em juízo independe da participação de representantes legais. Por outro lado, a mulher casada pode litigar independentemente de autorização do marido, em consonância com a Lei n. 4.121, de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) — urge frisar, no entanto, que os cônjuges necessitam de autorização um do outro nos

casos previstos no art. 10 do Código de Processo Civil. Aliás, a autorização da mulher para o marido demandar consiste na conhecida outorga uxória. Há, ainda, a representação do art. 12 do Código de Processo Civil; quando não observado este, apresentam-se as conseqüências do art. 13 do mesmo diploma processual. No processo do trabalho há que se atentar, também, para as normas dos arts. 792 e 793 da Consolidação.

3) Em relação aos pressupostos processuais subjetivos referentes às partes, há que se observar, ainda, a capacidade postulatória (*jus postulandi*). A capacidade de postular em juízo é inerente aos advogados, já que se trata de aptidão para a realização de atos do processo de forma eficaz (peticionar, contestar, recorrer etc.). A regra de que a capacidade postulatória está circunscrita ao advogado decorre acima de tudo da previsão do art. 133 da Constituição Federal — que versa sobre a indispensabilidade da presença do advogado na administração da justiça. No entanto, há exceções a ela, como, por exemplo, no caso dos Juizados Especiais Cíveis, em que a própria parte pode veicular a pretensão, independentemente de estar assistida por advogado, nas hipóteses extraídas da Lei n. 9.099/95 (art. 9º). No processo trabalhista, o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho reza que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”. Não obstante, chegou-se a indagar a

respeito da não-recepção desse dispositivo pela Constituição de 1988, diante do supramencionado art. 133. Mas, o próprio Supremo afastou, em decisão no HC 67.390-2, *DJ*, de 6 de abril de 1990, a eventual não-recepção de normas legais especiais que autorizavam expressamente a realização de atos processuais das partes. A representação em juízo se faz por meio de instrumento de mandato, conhecido como procuração. Trata-se de documento particular, que, segundo as novas normas processuais, dispensa firma reconhecida. A respeito desse mandato, confirmam-se os arts. 37 e 38 do Código de Processo Civil. Ainda no que concerne aos advogados, há que se observar o seguinte: pode haver casos de procuração *apud acta*, isto é, lavrada pelo próprio escrivão nos autos do processo ou dada em audiência, sob ditado da parte e na presença do juiz. Em caso de substituição de advogado, há que se observar o art. 44 do Código de Processo Civil, se esta for proveniente de ato da parte. Já para a renúncia de mandato, o advogado deverá observar as restrições do art. 45 do mesmo Código. Ocorrendo morte do advogado, deve-se suspender o processo para regularização da capacidade postulatória, na forma permitida pelo art. 265, I e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. No processo penal algumas observações importantes sobre o tema merecem ser destacadas. O art. 261 diz que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. A

defesa no processo penal, em virtude do mito da busca neste, e só neste, da verdade real, vem sendo prestigiada de forma mais plena mesmo que no processo civil, com causas de nulidade mais freqüentes em virtude de prejuízo à defesa. Como já se disse, tudo decorre também de outra mitificação: a de que a liberdade seria o bem de maior expressão do ser humano. A respeito, confira-se a seguinte súmula: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula 523 do STF). Aliás, não incomum, especialmente no caso de réus pobres ou mesmo ausentes, é ser convocado defensor dativo, que tem o dever, em observância ao princípio constitucional de ampla defesa, de apresentar a defesa prévia, razões finais e participar dos demais atos do processo. A respeito, confira-se o art. 263 do Código de Processo Penal. Fica ressalvado, no entanto, ao acusado nomear defensor de sua confiança a qualquer momento. Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado: “A liberdade de eleição do advogado é um dos corolários lógicos da amplitude da defesa assegurada na Constituição Federal. O acionado tem direito não apenas a que lhe seja formalmente assegurada como defesa, mas, ainda, que ele, caso possa, a confie a profissional de sua livre escolha (RT 580/371)”¹⁰. Por fim, o *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal prevê que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob

pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (*caput* do artigo com redação dada pela Lei n. 11.719/2008). Em caso de renúncia, entendemos que o advogado deverá demonstrar nos autos que cientificou o réu, que, por sua vez, conforme jurisprudência dominante, deve ser intimado para a constituição de novo advogado, se já não o tiver feito espontaneamente.

Vistos os pressupostos processuais subjetivos, há que se fazer uma breve análise dos pressupostos processuais objetivos.

Implicam eles a ocorrência de elementos extraídos do próprio processo, excluídas as situações anteriores referentes às próprias partes, que inviabilizem o regular prosseguimento do feito. Assim ocorre, por exemplo, quando se observa qualquer deficiência na citação ou a existência de litispendência ou de coisa julgada.

Por fim, deve-se constatar o seguinte: tem a doutrina como certo que, ao analisar o processo ao final, deve o juiz verificar, primeiramente, a presença dos pressupostos processuais, após a das condições da ação e, somente por fim, analisar o mérito.

Outrossim, tal como ocorre com a ausência de uma das condições da ação, em geral a inexistência de um dos pressupostos processuais conduz à sentença terminativa — extinção do processo sem a análise do mérito. Dizemos “em geral” pelo seguinte motivo: embora a ausência de pressuposto processual não viabilize

nunca a extinção do processo com o julgamento do mérito (sentença definitiva), em alguns casos não implicará a extinção do processo sem o julgamento do mérito. Assim, por exemplo, constatada a incompetência absoluta, o juiz remeterá os autos ao juiz competente, não havendo extinção do processo, que passará a se processar perante este último, sanada a deficiência da instauração da relação processual. O mesmo dar-se-á, observadas as peculiaridades do caso, ocorrendo suspeição do juiz que processa o feito. No entanto, a regra é a de que, ausente o pressuposto processual, haverá extinção do processo sem a análise do mérito, como, por exemplo, no caso de processo instaurado sem a assistência do advogado (ausência de *jus postulandi*) ou já ocorrente a coisa julgada.

Da análise realizada, é claro concluir que, guardadas as características particulares, os pressupostos processuais objetivos e subjetivos também se encontram presentes no processo trabalhista e penal^{[11](#)}.

¹¹ A respeito do ingresso da noção de instituição no plano jurídico, já se prelecionou que, “con la admirable obra de Santi Romano, correspondió ya al ingenio italiano el merito de traducir al plano jurídico la teoría institucional del

derecho, nacida em Francia como concepción sociológica (Hauriou, Renard, Gurvitch)” (Allorio, *Problemas de derecho social*, Buenos Aires: EJEA, 1963, p. 36 e 37).

2 Aquí sería interesante trazer à colação as lições de Adolfo Gelsi Bidart (El concepto de estructura y el proceso, *Revista de Processo*, n. 20, out./dez. 1980, p. 161 e 162):

“El concepto de institución tal como fué elaborado por la doctrina de derecho público francesa y aplicada luego al proceso, — aparece como un enfoque eminentemente ‘social’ de la cuestión. Algo que ocurre, que se da en la sociedad, que se construye, artificialmente, por algunos hombres que viven en ella y transforman luego en un objeto social.

La descripción que se hace por la doctrina de la institución, puede calificarse de psico-social. En efecto, el punto de partida es psicológico, pues consiste en la concepción de una idea, vale decir, en la elaboración de un concepto por parte de los que podrían llamarse ‘fundadores’; por ej. La idea del proceso, de un procedimiento para lograr que un tercero imparcial puede impor a dos partes contendientes, la solución justa en la cuestión que los separa.

Esa idea que se da previamente en la sola razón, ayudada o apoyada en las posibilidades de imaginación de los fundadores, se ‘objetiva’ después, lo cual significa que se realiza, se lleva a la práctica, se constituye de tal manera que se pueda ser conocida y que al funcionar, sea apreciable por la ‘gente’, por el público general (el proceso tal como se reglamenta en un país y época determinados).

La idea objetivada, si concierta la adhesión de una pluralidad

indefinida (abstractamente considerada) de personas, requisito indispensable para que pueda ‘socializarse’, vale decir, para llegar a tener ‘autoridad’ sobre los diferentes sujetos (el proceso es considerado como un medio adecuado para resolver las cuestiones jurídicas entre las personas), — se impone de esa manera a éstos, constituyendo un cauce de actuación para los mismos (el proceso es efectivamente utilizado y se admiten sus resultados en la vida social)”.

3 “En 1925, James Goldschmidt publica una obra monumental, ‘El Proceso como Situación Jurídica’, en que ataca la teoría de la relación. Particularmente, en proceso no habría derechos y obligaciones, sino meras posibilidades, cargas y expectativas respecto de una sentencia favorable” (De Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 111).

4 Como bem acentua De Angelis, “no se puede concebir ninguna situación sino en una relación” (Introducción, cit., p. 111).

5 Assim, embora haja nítida distinção entre as noções de processo e procedimento, não há como deixar de perceber que o procedimento, concebido como série de atos concatenados e realizados com fim da obtenção da sentença, é um dos elementos indissociáveis da noção de processo. Assim, o processo é constituído da relação jurídico-processual somada ao procedimento, ou, como bem salienta Kazuo Watanabe, citado por José Renato Nalini, o procedimento é que qualifica a relação jurídico-processual, como elemento que a distingue de outras relações jurídicas (veja-se o artigo de Nalini denominado Processo e

procedimento — distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, *RT*, ano 85, v. 730, ago. 1996, p. 673-88).

6 A respeito do tema, já discorria Calamandrei, ao frisar que “también la relación procesal debemos imaginarla aquí unitaria, compleja y continuativa” (*Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJE, 1986, v. 1, p. 336).

7 Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997, em comentário ao art. 252.

8 “O afastamento do magistrado em razão de suspeição por motivo íntimo é circunstância que se esconde em sua alma e só a ele pertence, mesmo que sua origem se possa presumir em certos fatos processuais ocorridos. Para a administração da Justiça isso é mais conveniente do que obrigar o juiz a um esforço de autocontrole que nem sempre e nem todos podem alcançar” (Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, em comentário ao art. 801).

9 Damásio E. de Jesus, *Código*, cit.

10 Damásio E. de Jesus, *Código*, cit.

11 A respeito vejam-se, por exemplo, as lições de Paulo Lúcio Nogueira, *Curso completo de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25 e 26.

OS SUJEITOS DO PROCESSO E OS SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

1. INTRODUÇÃO

Como já dito em diversas oportunidades, a relação processual é formada por três sujeitos, isto é, o juiz, o autor e o réu.

No entanto, outros participam do processo, tais como os advogados, o Ministério Público e os auxiliares da justiça (escrivão, perito etc.).

Como discorreremos sobre as partes de forma exaustiva em diversos momentos anteriores desta obra — tais como na questão da legitimidade e dos pressupostos referentes às partes —, passaremos, agora, a dissecar a participação do juiz e dos demais agentes no processo.

2. O JUIZ

Já abordamos o tema quando falamos sobre os pressupostos subjetivos referentes ao juiz.

No entanto, urge frisar, além do exposto, que o juiz tem deveres e poderes no curso do processo.

Os poderes e deveres do juiz se encontram

insculpido no art. 125 do Código de Processo Civil. Destaquem-se dentre eles o dever de manter a lealdade no curso do processo, bem como o poder de polícia — este último insculpido nos arts. 125, III, 445 e 446, I, todos do Código de Processo Civil.

Por fim, o maior dever do juiz, considerada a sua presença como sujeito do processo, é o da prestação da tutela jurisdicional.

No que diz respeito ao processo penal, algumas questões merecem ser levantadas.

O Código de Processo Penal, ao cuidar dos diversos agentes do processo, discorre sobre o juiz nos arts. 251 a 256.

Identicamente ao processo civil, no processo penal, ao juiz “incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública” (art. 251 do CPP).

Na mesma senda, no processo do trabalho, “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (art. 765 da CLT).

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO

Atualmente o Ministério Público é tratado como órgão exercente de função essencial à justiça — posição também ocupada pela advocacia.

Não se trata, portanto, de um dos Poderes da República — tal como o são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O Ministério Público, por meio da atuação de seus promotores, procuradores da República e do Trabalho, possui duas funções consensualmente acolhidas pela doutrina em geral: em alguns processos, aparece como parte e, em outros, como fiscal da lei (neste último caso, como *custos legis*).

Exemplos mais significativos da atuação dos componentes do Ministério Público como parte estão na ação penal pública incondicionada, na ação civil pública e na ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, VI, da CF).

Aliás, para efeito dessa atuação como parte, há que se analisar o disposto no art. 81 do Código de Processo Civil.

Já como *custos legis*, ou fiscal da lei, o Ministério Público tem participação autorizada em todos os processos mencionados nos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil. Atua nessa condição, por exemplo, em causas em que há interesses de menores ou interesses públicos.

Somos críticos em relação a essa participação, que entendemos despicienda. Primeiro, frise-se que, por maior que seja o interesse público na lide, a atuação como *custos legis* acaba por distanciá-lo da sua finalidade institucional, que é a própria defesa da

coletividade como um todo. Enquanto se ocupa de lides nessa qualidade, deixa de propor, por exemplo, ações coletivas, que estão mais próximas de sua razão de ser.

Segundo, não há maior fiscal da lei do que o próprio juiz e as partes envolvidas. O primeiro pela posição que ocupa no processo, as segundas pelo interesse que têm no deslinde da causa.

No entanto, atualmente, em causas em que o Ministério Público deva atuar como *custos legis*, se não o fizer, ocorrerá a nulidade do processo, conforme disposto no art. 84 do Código de Processo Civil¹.

Por fim, há que se destacar os princípios do Ministério Público, elencados no art. 127 da Constituição Federal. A ele foram estendidas as prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, conferidas à magistratura. Nesse sentido, veja-se o art. 128, § 5º, I, da Constituição Federal.

No Código de Processo Penal, o art. 257 reza: “ao Ministério Público cabe: (*“Caput” do artigo com redação dada pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008.*)

I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e (*Inciso acrescido pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008.*)

II — fiscalizar a execução da lei. (*Inciso acrescido pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008.*)

Daí se infere que o representante do Ministério Público poderá atuar no processo penal em que for parte

como fiscal da lei, o que lhe faculta, por exemplo, o ingresso com recurso em favor do réu no caso de sentença condenatória. Vale lembrar o que certas vezes é esquecido por membros do Ministério Público: “constitui dever e obrigação primordial do Promotor zelar para que haja justiça nos julgamentos e não, como é pensamento de muitos, lutar com todas as forças para que o réu seja condenado” (TACrimSP, *RT*, 514:387).

Por outro lado, inexistente previsão no nosso ordenamento do “princípio do promotor natural”. Aliás, seria de estranhar a defesa desse princípio, na medida em que, em relação ao Ministério Público, persiste a idéia de sua indivisibilidade. No entanto, mesmo inexistindo esse princípio, há de se rejeitar a edição de portarias no sentido de determinar que o ato investigatório seja acompanhado por este ou aquele membro, indicado, do Ministério Público, que ficaria responsável pela propositura de eventual ação penal — o que, em tese, poderia dar ensejo a atos espúrios.

No processo do trabalho, encontramos disposições a respeito dos procuradores do Trabalho — como são conhecidos os membros do Ministério Público do Trabalho — na própria Consolidação. A respeito, confirmam-se os arts. 736 a 754 desta. Destaque-se, aqui, o art. 736, que coloca os procuradores do Trabalho como “agentes diretos do Poder Executivo”. Deve-se entender que, enquadrando-se, na nova Constituição, o Ministério Público na categoria de função essencial à

justiça, não integra ele, como já visto, o Poder Executivo.

4. OS ADVOGADOS

Havia muita discussão sobre a natureza das atribuições dos advogados, o que foi solucionado pela Constituição Federal, que incluiu a advocacia entre as funções essenciais à administração da justiça.

A respeito confirmam-se os arts. 133 a 135 da Constituição Federal.

Quando do advento do art. 133 do Texto Constitucional, houve muita celeuma a respeito da indispensabilidade do advogado em certas causas. Assim, por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis e nas lides trabalhistas.

No entanto, considera-se que, dada a necessidade de garantia do acesso à justiça de forma plena — o que, em algumas poucas situações, possibilita a dispensa do advogado —, há que se possibilitar exceções à regra da indispensabilidade de sua presença em todos os processos.

Muito já se explicou sobre o advogado no processo quando se tratou do *jus postulandi*, devendo aquelas lições ser aqui aproveitadas.

Por outro lado, não há qualquer hierarquia entre os juízes, o advogado e o Ministério Público, devendo todos se tratar mutuamente com urbanidade.

Para melhor delimitação da atuação do advogado, há

o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906, de 4-7-1994).

5. SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

De forma isolada é inviável ao juiz melhor prestar a tutela jurisdicional.

Assim, torna-se indispensável a participação dos serviços auxiliares, por todos aqueles que participam do processo no sentido de implementar a prestação jurisdicional.

Logo, desse conceito se encontram excluídas as partes, as testemunhas, o Ministério Público e os advogados — sendo considerados estes dois últimos, como visto, órgãos indispensáveis à concessão da justiça.

Há que se frisar, por outro lado, que existem auxiliares permanentes e eventuais.

Consideram-se permanentes os auxiliares que aparecem em todos ou quase todos os processos, por exemplo, o escrivão, o oficial de justiça e o distribuidor.

São tidos como eventuais os auxiliares que atuam em certos tipos de processos, aparecendo, portanto, nas relações processuais de forma esporádica. Como exemplo dessa modalidade de auxiliares da justiça temos os intérpretes ou os peritos. Não são, por óbvio, todas as demandas que necessitam da presença de um intérprete ou da realização de uma perícia.

Analisemos agora, ainda que de passagem, a atuação de cada um desses auxiliares nos processos.

5.1. O escrivão ou diretor de secretaria

O escrivão, para a Justiça estadual, ou o diretor de secretaria, para a Justiça federal, são responsáveis pelo desempenho da chefia do cartório ou da secretaria. É claro que ao juiz cabe de forma precípua zelar pelo bom andamento, inclusive administrativo, da vara onde atua. No entanto, não podendo incondicionalmente encontrar-se à frente da organização dos serviços cartorários, o escrivão ou diretor assume esse papel de extrema relevância.

Assim, pede-se desses auxiliares desde a organização da escala de férias dos funcionários da vara até a supervisão geral do adequado andamento dos processos.

Já de início é possível constatar a relevância desses auxiliares da justiça, que, se bem escolhidos, poupam o juiz de diversos encargos administrativos, propiciando-lhe mais tempo para melhor prestar a tutela jurisdicional.

São auxiliares permanentes, tendo a previsão legal de sua atuação disposta nos arts. 141 e 142 do Código de Processo Civil.

Outro elemento importante quando se trata de escrivãos e diretores de secretaria é que os seus atos são dotados de fé pública, o que significa dizer que, até

prova em contrário, devem ser tidos como verdadeiros. É claro, no entanto, que estamos diante de presunção relativa (*juris tantum*) e não absoluta (*juris et de jure*), podendo, portanto, mediante prova em contrário, ser ilidida.

No processo trabalhista, o art. 712 da Consolidação das Leis do Trabalho versa sobre as atribuições do diretor de secretaria, que em nada diferem, no processo civil, das do escrivão na Justiça estadual.

5.2. Oficial de justiça

Os oficiais de justiça são encarregados imediatos de cientificar os interessados ou dar cumprimento às ordens judiciais.

Trata-se dos auxiliares que cumprem mandados, fazem citações, intimações ou realizam penhoras e podem efetuar avaliações.

Aqui há que frisar o seguinte: não bastaria a existência de um comando em uma decisão se esta não fosse do conhecimento de seu destinatário, inclusive para imediato cumprimento, se for o caso. Portanto, não sendo observada a determinação contida, v. g., em um mandado, é possível, inclusive, que haja utilização, pelo oficial, de força policial, observada a lei.

Em relação a esses auxiliares, há que se ler com atenção o disposto no art. 143 do Código de Processo Civil.

No processo do trabalho, o art. 721 da Consolidação das Leis do Trabalho versa sobre esse auxiliar da justiça.

Finalmente, como ocorre com os atos do escrivão e do diretor de secretaria, os realizados pelo oficial de justiça também são dotados de fé pública, entendida essa expressão da mesma forma antes explanada.

5.3. Distribuidores

Outro importante auxiliar da justiça é o distribuidor. Antes de a ação se processar perante esta ou aquela vara, há que ocorrer a distribuição da ação. Em observância ao princípio do juiz natural, deve-se processá-la sem possibilidade de escolha pelas partes. Assim, nas comarcas ou subseções com mais de uma vara, distribuem-se os processos. Na Justiça federal, a distribuição já chegou ao desejado ponto de sofisticação e eficiência de ser realizada por computador, com a devida compensação dos processos distribuídos entre as diversas varas.

No processo do trabalho, os arts. 713 a 715 da Consolidação versam sobre os distribuidores; o primeiro dispositivo é claro ao mencionar que onde houver mais de uma Vara do Trabalho deverá existir distribuidor. O mesmo, *mutatis mutandis*, se dá com o processo civil, nas comarcas onde existir mais de uma vara, já que somente ali será necessária a distribuição de feitos.

5.4. Contador

Responsável pela realização das contas judiciais, esse auxiliar teve parte de suas funções diminuídas com a extinção da liquidação da sentença por cálculo do contador, em virtude das novas disposições a respeito do tema. No entanto, não se pode dizer que deixou de ter importância, já que, em diversas oportunidades, a critério do juiz, poderá ser convocado para se manifestar no processo.

5.5. Perito

O perito é o auxiliar técnico do juiz, devendo ser convocado para fornecer-lhe dados concernentes a certa área de atuação, com os quais o magistrado, de início, não se encontra afeto.

Logo, v. g., não são incomuns perícias contabéis ou realizadas, em casos de danos ecológicos, por biólogos.

Frise-se que se trata de auxiliar não permanente, funcionando apenas em alguns casos, segundo as suas peculiaridades.

Por fim, colhe registrar que, mesmo diante do laudo técnico do perito, pode o juiz decidir de forma contrária à conclusão deste, já que o magistrado não se encontra adstrito ao laudo, devendo analisar o conjunto das provas oferecidas nos autos.

O art. 145, *caput*, primeira parte, do Código de

Processo Civil indica que, “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito”. Os parágrafos desse dispositivo, bem como os arts. 146 e 147 do mesmo Código, versam sobre a atuação desse auxiliar.

Por seu turno, o art. 275 do Código de Processo Penal é o primeiro desse diploma a dispor sobre o perito. No processo penal a perícia é geralmente realizada por perito oficial, que, mesmo no caso do particular, sujeitar-se-á à disciplina judiciária. Inexiste, nesse caso, o assistente do perito — figura típica do processo civil —, que seria uma outra espécie de perito, indicado pelas partes para acompanhar os trabalhos do perito oficial.

Tratam do assunto, na sistemática processual penal, os arts. 275 a 280 do Código de Processo Penal, com destaque para o art. 279, que versa sobre os casos de impedimento do perito.

5.6. Intérpretes

Também são auxiliares temporários, aparecendo apenas nos casos de partes ou testemunhas que não falem a língua pátria, quando se necessita, pois, da tradução de suas palavras. Traduzem, ainda, escritos em outras línguas trazidos aos autos do processo.

O intérprete tem sua disciplina processual nos seguintes dispositivos: no Código de Processo Civil, os arts. 151 a 153 versam sobre sua atuação, com destaque

para o art. 152, que indica os casos de impedimento de atuação como intérprete; já no Código de Processo Penal, o art. 281 indica que aos intérpretes se aplicam as normas constantes do mesmo diploma aplicáveis aos peritos.

5.7. Depositário e administrador

O depositário é o auxiliar da justiça que, integrado ou não aos seus quadros, fica responsável pela guarda e conservação dos bens postos à disposição do juízo.

Outrossim, situações existem em que, além da guarda e conservação do bem, torna-se indispensável a sua administração, como no caso das empresas que precisam ser gerenciadas para evitar a sua quebra. Nesse caso, aparece a figura do administrador, nomeado pelo juiz e com honorários fixados por ele a cargo das partes.

1 Deve-se apenas tomar cuidado para a ausência de nulidade, quando, mesmo ausente o Ministério Público, não tiver ocorrido qualquer prejuízo e existir a simples manifestação em segunda instância. Nesse sentido: “Embargos de devedor. Intervenção do Ministério Público em 2º grau. Interesse de menor. Precedentes da Corte. 1.

Precedentes da Corte reconhecem que a ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau de jurisdição pode ser suprida com a manifestação no grau de apelação, considerando as circunstâncias concretas de cada caso, descartando a tese do especial sobre a existência de nulidade absoluta, que não pode ser suprida. 2. No caso, não houve nenhuma necessidade de dilação probatória, sequer alegada pelo recorrente, não sendo realizada audiência, ficando a matéria nos temas de direito. Outrossim, o Ministério Público, seja na instância ordinária seja na especial, interveio e não encontrou violação de dispositivo de lei federal no que concerne ao mérito da demanda, o que torna vazia a alegação de nulidade, não apontando objetivamente nenhum prejuízo aos menores. 3. Recurso especial não conhecido. Usar nosso julgado em que a ausência de participação do MP não causa nulidade se não houver prejuízo” (REsp 554.623, rel. Min. Carlos Alberto Menezes, *DJ*, 11 out. 2004, p. 315).

O LITISCONSÓRCIO

1. INTRODUÇÃO

Normalmente, a relação processual se inicia com um autor contra um réu.

Nada impede, no entanto, que haja, o que não é incomum, cumulação subjetiva no pólo ativo, no passivo ou em ambos.

Isso significa que muitas ações possuem vários autores contra um réu, ou um autor contra vários réus, ou vários autores contra vários réus.

Nesse caso, estaremos diante do que se denomina litisconsórcio.

2. CLASSIFICAÇÕES

Já de início pode-se dividir o litisconsórcio em ativo, passivo e misto. Na forma antes vista, será ativo o litisconsórcio em que existirem vários autores contra um único réu. Será, por seu turno, passivo o litisconsórcio em que houver um autor contra vários réus. Finalmente, será misto o litisconsórcio que contar com vários autores contra vários réus.

Outra classificação é aquela que divide o litisconsórcio em inicial e incidental. Inicial é o que já

existe desde o momento da propositura da ação. Incidental é o litisconsórcio que passa a existir no curso da demanda. Como exemplo desta segunda modalidade tem-se o litisconsórcio passivo necessário, em que, no decorrer da demanda, torna-se indispensável, sob pena de nulidade processual, a presença de outra pessoa no pólo passivo.

Tem-se, ainda, a divisão do litisconsórcio em necessário e facultativo. Necessário é aquele em que é indispensável a pluralidade de partes. Decorre da lei; para alguns, decorre da própria natureza da relação jurídica. Como exemplo tem-se o art. 10, § 1º e incisos, do Código de Processo Civil. Em princípio tem-se que o litisconsórcio necessário não é regra, mas exceção, embora com ele se busque evitar sentenças contraditórias e a economia processual.

Facultativo é o litisconsórcio que se estabelece a partir da vontade das partes, desde que presente uma das hipóteses do art. 46 do Código de Processo Civil (Frederico Marques) — embora para alguns essas hipóteses possam abranger tanto o litisconsórcio necessário (observada a natureza da relação) como o facultativo. Nessa senda, Humberto Theodoro Júnior. Por fim, para Pontes de Miranda, só o inciso I do art. 46 do Código de Processo Civil refere-se ao litisconsórcio necessário. Defendemos que, embora a expressão “pode” do *caput* induza à conclusão de que o dispositivo trate de litisconsórcio facultativo, algumas

de suas hipóteses podem conduzir à formação de litisconsórcio necessário¹.

O litisconsórcio facultativo pode, por sua vez, ser recusável ou irrecusável. “Diz-se que o litisconsórcio é facultativo irrecusável quando, embora não sendo obrigatória a proposição conjunta das demandas cumuladas, se os autores se coligarem em litisconsórcio, ou um segundo réu pedir o seu ingresso como demandado, ao lado do réu originário, a parte adversa não pode recusá-lo”². Em sentido contrário, podendo haver recusa do litisconsorte facultativo pela parte contrária, estamos diante do litisconsórcio facultativo recusável.

Há, por fim, o litisconsórcio simples e o unitário. O simples é aquele em que a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes. Por sua vez, no unitário, a decisão será a mesma para todos os componentes do litisconsórcio.

3. CASOS LEGAIS

3.1. Comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide (art. 46, I, do CPC)

Aqui há que existir uma comunhão de direitos e obrigações a autorizar a ocorrência do litisconsórcio. Tal comunhão será afeta à lide, isto é, ao próprio mérito, ou seja, bem de vida discutido no processo.

Como visto, as situações ali descritas geralmente envolvem casos de litisconsórcio facultativo. No entanto, já frisamos, a natureza de algumas relações pode induzir à conclusão de que casos de litisconsórcio necessário também coincidam com essa situação.

Como exemplo de litisconsórcio facultativo envolvendo a hipótese temos o caso do art. 1.314, *caput*, do Código Civil. A reivindicação do bem em condomínio pode fazer-se isoladamente pelos condôminos ou pelo conjunto destes em litisconsórcio ativo facultativo. Aqui há comunhão de direitos relativamente ao bem de vida a autorizar o litisconsórcio.

No mesmo sentido, se houver vários credores contra o mesmo devedor.

Por outro lado, embora entendamos que a hipótese abrange a situação do art. 10, § 1º e incisos, do Código de Processo Civil, devemos lembrar que, nesse caso, estamos diante de litisconsórcio necessário.

3.2. Conexão pela causa de pedir (art. 46, III, do CPC)

A causa de pedir, enquanto elemento de conexão previsto no art. 103 do Código de Processo Civil, já foi analisada anteriormente.

Como exemplo ter-se-ia o caso de dois inquilinos parciais de um mesmo imóvel. Havendo falta de pagamento, a ação poderia ser proposta contra qualquer dos dois ou contra os dois em litisconsórcio passivo.

Aqui, o litisconsórcio decorreria da mesma causa de pedir, ou seja, falta de pagamento.

3.3. Direitos e obrigações derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito (art. 46, II, do CPC)

Essa hipótese seria desnecessária, na medida em que estaria abrangida pela anterior.

Como exemplo, poder-se-ia citar o acidente automobilístico envolvendo vários veículos. Os prejudicados poderiam ingressar com suas ações reparatórias isoladamente ou em grupo, em face da identidade de fundamento de fato.

3.4. Afinidade de questões por um ponto de fato ou de direito (art. 46, IV, do CPC)

Aqui o liame estabelecido para a formação do litisconsórcio é menos intenso que os anteriores.

Como exemplo poderia ser citada a hipótese de ação proposta por vários servidores decorrente de vantagens funcionais diversas.

Na mesma hipótese estariam as ações trabalhistas plúrimas, baseadas em causas de pedir distintas e com pedidos diversos.

4. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Para a maioria dos autores, o art. 47 do Código de Processo Civil traz definição incorreta de litisconsórcio necessário, na medida em que confunde o conceito com o de litisconsórcio unitário.

Para outros, a soma do que vem expresso no art. 46 com o disposto no art. 47 fornece elementos para a conceituação de litisconsórcio necessário.

No entanto, a melhor é a primeira interpretação, que entende pela imperfeição do conceito expresso no art. 47 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, pode haver litisconsórcio necessário que não seja unitário, assim como pode haver litisconsórcio facultativo que seja unitário. Nesse sentido, confirmam-se as seguintes hipóteses: em caso de credores solidários que cobrem a mesma dívida de um único devedor *solvente*, o resultado será uniforme, sendo, no entanto, o litisconsórcio facultativo. Portanto, estamos diante de litisconsórcio facultativo unitário. O mesmo se daria no caso de uma ação popular proposta por vários cidadãos, em litisconsórcio facultativo, com resultado uniforme da lide.

Por outro lado, haveria litisconsórcio necessário não unitário no caso de concurso de credores contra um único devedor *insolvente*. Aqui o resultado seria não uniforme, já que os resultados seriam diversos conforme as posições das dívidas dos diversos litisconsortes. O mesmo se daria na hipótese de vários confrontantes em uma ação divisória, já que a divisão seria diversa,

segundo a situação do confrontante.

Assim, preferimos entender que o litisconsórcio necessário decorre da lei ou da natureza da relação jurídica em que haja comunhão de interesses, direitos e obrigações.

No entanto, quando se fala em litisconsórcio necessário, é obrigatória a aplicação do parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil — que por sua vez se aplica apenas no caso de litisconsórcio necessário passivo, já que ali vem mencionada a expressão “citação”, que, como se sabe, trata-se de chamamento que se faz ao réu para que este se defenda. Além disso, repugna ao direito que se constranja alguém a fazer uso do direito de ação. Esse direito encontra-se no âmbito da conveniência do autor, que, por exemplo, pode entender que não possui provas suficientes para o seu exercício. No entanto, urge frisar que alguns poucos entendem que o art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil aplica-se ao litisconsórcio necessário ativo também.

Logo, verificada pelo juiz a ausência de réu que necessariamente deveria compor o pólo passivo, abre-se a oportunidade para que o autor tome as providências para a citação (incluindo-o no pólo passivo e trazendo documentos para contrafé). No entanto, se não se cumpre a determinação do juiz, haverá decretação da carência da ação por ilegitimidade da parte — na medida em que o pólo passivo somente estaria devidamente

composto com a presença de todos os litisconsortes passivos necessários.

No caso do litisconsórcio necessário, para a desistência da ação, é indispensável a manifestação nesse sentido de todos os litisconsortes.

5. POSIÇÃO DOS LITISCONSORTES

Aqui há que se promover a análise do art. 48 do Código de Processo Civil, com maior aplicabilidade ao litisconsórcio simples.

No caso de litisconsórcio unitário, os atos benéficos de um litisconsorte aproveitam aos demais, o mesmo não ocorrendo com os atos e omissões prejudiciais.

Já no caso das provas, como pertencem ao juízo e não às partes, não se aplica a regra anterior, ficando a sua apreciação à livre observação do juiz, mesmo que produzidas desfavoravelmente a um dos litisconsortes.

Quanto aos recursos, observe-se o disposto no art. 509 do Código de Processo Civil. No que concerne aos prazos, há que se verificar o art. 191 do mesmo Código.

1 Nesse sentido confira-se também a opinião de Ovídio Baptista: “Esse dispositivo emprega a expressão ‘podem

litigar’, sugerindo a idéia de facultatividade na formação do litisconsórcio, em quaisquer das hipóteses numeradas. Esta idéia é falsa: tanto pode acontecer que as fontes indicadas pelo dispositivo formem um litisconsórcio necessário, onde as partes devam litigar em conjunto, como podem dar origem efetivamente a uma modalidade de litisconsórcio apenas facultativo” (Curso de processo civil, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996, v. 1, p. 208).

2 Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 1, p. 207.

ASSISTÊNCIA¹

1. INTRODUÇÃO

A assistência é uma espécie de intervenção de terceiros. Esta, por sua vez, pode ser *ad coadjuvando*, no caso de o terceiro buscar a cooperação com uma das partes (p. ex.: a própria assistência), ou *ad excludendum*, quando o terceiro busca a exclusão de uma ou de ambas as partes (p. ex.: a oposição).

Há, ainda, a intervenção de terceiros espontânea, no caso de iniciativa do próprio terceiro interveniente (p. ex.: assistência ou oposição), ou provocada, na hipótese de a intervenção se dar pela iniciativa da parte primitiva na relação jurídica (p. ex.: nomeação à autoria).

São as seguintes as formas de intervenção de terceiros arroladas pelo nosso ordenamento jurídico: assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia à lide e chamamento ao processo.

2. CONCEITO DE ASSISTÊNCIA

Pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, terceiro pode interessar-se por sentença favorável a uma delas, já que tal fato poderá trazer repercussões à sua situação jurídica.

Assim, dá-se a assistência quando alguém ingressa como assemelhado a parte ou como cooperador de uma das partes em processo já em curso.

Existem três efeitos distintos da sentença em relação a terceiros estranhos à lide instaurada entre as partes. Há os terceiros indiferentes à sentença proferida em determinado processo, que nenhum prejuízo sofrem com a sentença. Em segundo lugar, existem os terceiros com interesse meramente econômico na sentença proferida. Pode-se exemplificar com o caso de credores que assistem à derrota do devedor no que concerne à discussão de um crédito deste em juízo. Por fim, há os terceiros com interesse jurídico na solução de determinada lide, com o que é possível a sua intervenção no processo. Como exemplo, tem-se a lide entre locador e locatário, que poderá influir na situação jurídica do sublocatário. Este último poderá atuar na lide como terceiro assistente do locatário, em vista do seu interesse jurídico.

Do exposto, percebe-se já de início que somente o interesse jurídico autoriza a assistência.

Por interesse econômico deve-se entender aquele que, apesar de trazer, ainda que eventualmente, reflexos na situação econômica da pessoa, não integra o seu patrimônio jurídico. Por exemplo, se dada pessoa fala com outra do seu interesse em vender certo bem e diz que irá contatá-la futuramente, sem fazer nenhum contrato nesse sentido, caso haja futura disputa judicial

em torno do bem, não há por parte dessa segunda pessoa interesse jurídico, mas meramente econômico. No entanto, nada obsta que o interesse jurídico traga no seu bojo um interesse econômico. No mesmo caso anterior, se houvesse compromisso de compra e venda, o que se comprometeu a comprar pode ter interesse jurídico na demanda, que oculta, por sua vez, um interesse econômico. Não obstante, o interesse econômico, por si só, não autoriza a assistência.

O art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil fala em assistência no processo de conhecimento em qualquer grau de jurisdição.

Defende-se, ainda, a possibilidade de assistência também no processo cautelar.

Já no processo de execução, existem duas correntes. Há os que defendem a possibilidade de ocorrência de assistência no processo executivo, e outros defendem que a expressão “sentença favorável”, constante do art. 50 do Código de Processo Civil, inviabiliza a possibilidade de assistência também no processo de execução. Somente existe sentença favorável onde há mérito, o que não é o caso da execução, uma vez que já houve satisfação do direito no processo cognitivo.

A assistência, no processo cognitivo, é possível nos procedimentos sumário, ordinário e especial.

No processo penal, há previsão de atuação de assistente de acusação, conforme se depreende do art. 268 do Código (“em todos os termos da ação pública,

poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31”). Não se trata, aqui, de uma assistência com a mesma conotação do direito processual civil, na medida em que o seu fundamento será diverso, como se depreende de julgado do Supremo Tribunal Federal em que se entende que o interesse do ofendido não está ligado somente à reparação do dano, “mas alcança a exata aplicação da justiça penal” (HC 71.453, 2ª T., DJU, 27 out. 1994, p. 29163). Portanto, não é necessário falar em interesse jurídico para que ocorra a assistência penal, bastando a busca da efetiva consecução da justiça — embora os legitimados, de alguma forma, estejam intimamente relacionados com o fato, mesmo não tendo interesse na reparação civil, poderão tê-lo na busca da “exata aplicação da justiça penal”. Assim, mesmo que não haja vínculo baseado em interesse jurídico do assistente penal, deverá haver alguma relação com o fato criminoso (imediate no caso do ofendido e mediata no caso do seu representante legal ou nas hipóteses do art. 31 do CPP).

No processo do trabalho, vem-se admitindo pacificamente a assistência, exatamente na forma preconizada no processo civil².

Por fim, se o assistente recebe o processo no estado em que se encontra, não pode buscar a repetição de atos (p. ex.: produção de provas), mesmo porque o processo caminha para a frente em direção a uma sentença, não

comportando esse tipo de retardamento. Isso se dá tanto no processo civil (art. 50, parágrafo único, última parte, do CPC) quanto no processo penal (art. 269, segunda parte, do CPP).

3. ASSISTÊNCIA SIMPLES E ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL

Quando o assistente intervém apenas para auxiliar uma das partes a obter sentença favorável, sem a defesa de direito próprio, estamos diante da assistência simples, também conhecida como assistência adesiva. Como exemplo teríamos a situação do sublocatário que auxiliasse o locatário em ação de despejo proposta pelo locador.

Quando, porém, o terceiro assistente assume a defesa direta de direito próprio, estamos diante da assistência litisconsorcial, também conhecida como qualificada. Exemplificando, no caso de espólio representado judicialmente pelo inventariante, em havendo ação proposta contra aquele, o herdeiro poderia ingressar como assistente litisconsorcial.

A distinção entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio é muito sutil. No entanto, no caso do assistente, este não se encontra legitimado diretamente, como ocorre com o litisconsorte. No exemplo acima, por exemplo, a legitimação direta é do espólio, representado pelo inventariante, e não do herdeiro — que ingressa na

ação posteriormente, quando já instaurada contra a parte correta.

Como consequência existe uma gradação, que não pode ser desconsiderada, em vista dos próprios efeitos da coisa julgada na situação dos envolvidos. Essa gradação é a seguinte: o assistente litisconsorcial tem os mesmos poderes de um litisconsorte facultativo, possuindo, no entanto, mais poderes que o assistente simples. A respeito, aliás, confira-se o art. 53 do Código de Processo Civil, aplicável de forma necessária apenas ao assistente simples, já que o assistente litisconsorcial pode prosseguir na defesa do direito, ainda que a parte originária reconheça o direito, transacione etc. Aliás, a semelhança do assistente litisconsorcial com o litisconsorte permite a ilação de que, proferida sentença, esse assistente recorre como se tivesse atuação assemelhada à da parte — o mesmo não ocorre com o assistente simples, que pode recorrer da sentença, mas apenas com base no art. 499, *caput*, segunda parte, do Código de Processo Civil, isto é, como terceiro interessado.

Na senda das distinções anteriores, tem-se, por exemplo, que o *caput* do art. 52 do Código de Processo Civil é aplicável a ambas as espécies de assistência, podendo qualquer assistente produzir provas ou requerer diligências. O mesmo, no entanto, não se dá com o seu parágrafo único, que se aplica apenas à assistência simples — já que, comparecendo o assistido,

o assistente perde a qualidade de gestor de negócios, voltando a ser mero assistente (frise-se que o assistente litisconsorcial, na ausência do assistido, não atua como mero gestor de negócios, mas como parte verdadeiramente).

Quanto aos encargos processuais, há que se conferir o disposto no art. 32 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “se o assistido ficar vencido, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo”. Essa regra, na realidade, é desdobramento do disposto no art. 52 do Código de Processo Civil — aplicável a todos os demais encargos, inclusive honorários periciais e advocatícios. Em relação a estes últimos — honorários advocatícios —, alguns entendem que não há condenação do assistente simples no caso de derrota do assistido, bem como inexistente o direito ao pagamento dos honorários de seu advogado em caso de vitória na causa. Já em relação à assistência litisconsorcial, no entanto, parece-nos indiscutível a utilização do art. 32 do Código de Processo Civil, com necessário pagamento de honorários.

4. PROCEDIMENTO

Caso terceiro se sinta na condição de ser assistente, deve peticionar ao juiz da causa demonstrando o seu interesse jurídico na vitória de um dos demandantes,

podendo, inclusive, fazê-lo por meio de prova documental, se necessário.

Abre-se, então, o prazo de cinco dias para impugnação das partes.

Não ocorrendo impugnação, o assistente é admitido na lide, com o deferimento do pedido de assistência. Entendemos que, no entanto, o juiz pode, *ex officio*, se não for caso de assistência, indeferir o pedido *ab initio*. Ora, ou há a ocorrência do conceito legal de assistência ou este não está presente no caso apresentado em juízo, sendo que o juiz, ao indeferir, mesmo sem provocação, o pedido, nada mais faz do que verificar se é ou não o caso legal de assistência, não podendo deixar prosperar uma assistência que realmente não apresenta tais características. Aliás, esse procedimento evita futuros tumultos processuais, passíveis de serem provocados por sujeito completamente estranho à lide.

No entanto, concedido o prazo para impugnação, se esta ocorrer:

1) se se tratar de impugnação relativa a preliminares, tais como irregularidade de representação processual do assistente, o juiz determinará que as faltas sejam supridas, sob pena de indeferimento do pedido;

2) se a impugnação for referente à assistência em si, o juiz determinará, sem a suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a sua autuação em apenso (isto é, a forma de autos que seguirão anexos aos principais, para que ali se processe

e resolva a questão incidente da assistência), autorizará a produção de provas e decidirá em cinco dias se é ou não caso de assistência.

O procedimento acima delineado é o mesmo tanto para a assistência simples quanto para a qualificada. Da decisão do juiz caberá, no caso do processo civil, o recurso de agravo de instrumento.

Por fim, aceita a assistência e transitada em julgado a sentença da demanda em que esta se processou, o assistente não poderá renovar a questão em processo posterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e II do art. 55 do Código de Processo Civil.

No processo penal, a assistência, com as características que lhe são próprias, e já analisadas sucintamente, tem o procedimento descrito nos arts. 268 a 273 do Código.

Urge frisar, no entanto, que, neste, “o assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença” (primeira parte do art. 269 do CPP), sendo, no entanto, que somente poderá realizar-se a partir do recebimento da denúncia.

1 Ingressamos, agora, na análise da intervenção de terceiros. Assim, há que se ter em mente, inicialmente, que na esfera

do direito processual o conceito de terceiros será “encontrado por negação. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre A, como autor, e B, como réu, apresentam-se como terceiros C, D, E etc., ou seja, todos os que não forem partes (ou coadjuvantes da parte) no processo pendente. Pela intervenção, o terceiro torna-se parte (ou coadjuvante de parte) no processo pendente” (Carneiro, *Jurisdição e competência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47). Assim, a intervenção possibilita a terceiros estranhos à relação jurídico-processual inicialmente instaurada, em certos casos indicados em lei, a participação. No entanto, em face de eventual tumulto que possa ser causado por essa intervenção, especialmente para as lides em que se exige mais celeridade, vem-se presenciando certa restrição a determinadas figuras em algumas hipóteses legais. Assim, por exemplo, nos procedimentos perante os Juizados Especiais da Lei n. 9.099, de 1995, não se admite assistência ou intervenção de terceiro (art. 10). Essa mesma limitação foi imposta, salvo no que pertine à assistência, v. g., pela Lei n. 9.245, de 1995 (que deu nova redação ao art. 280 do CPC, sobre o rito sumário). Atualmente, o art. 280 tem a sua redação dada pela Lei n. 10.444/2002, com o seguinte teor: “No procedimento sumário, não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro”.

2 Confira-se, por exemplo, Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 158) e José de Ribamar da Costa (*Direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 1989, p. 49).

Capítulo IX

OPOSIÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O conceito de oposição vem expresso no art. 56 do Código de Processo Civil, sendo em última análise uma ação, dentro da ação originária, em que se pretende excluir tanto o direito do autor quanto o do réu. Assim, na oposição, autor e réu controvertem sobre determinado direito, entendendo o opoente — aquele que ingressa com a oposição — que tal direito não é nem do autor, nem do réu, sendo na verdade seu.

Exemplificando: “A” ingressa com ação reivindicatória de determinado imóvel contra “B”. Enquanto ambos estão litigando a respeito da propriedade do imóvel, “C” ingressa com oposição, na qual aduz que o imóvel não pertence nem a “A” nem a “B”, mas é seu. Ou ainda: “A” cobra determinado crédito de “B”, que se defende dizendo já havê-lo pago. No entanto, no curso da demanda, “C” ingressa com oposição afirmando que o crédito, ainda não quitado, na verdade lhe pertence.

Embora o art. 56 do Código de Processo Civil fale na possibilidade de ingresso com oposição apenas em caso de direitos sobre os quais autor e réu controvertem, vem-se entendendo que nem sempre é necessária a presença

da controvérsia para que ocorra a oposição. Assim, por exemplo, esta se faz possível no caso de demanda em que haja reconhecimento pelo réu do direito do autor. No entanto, no mais das vezes a controvérsia se encontra presente quando se dá a oposição.

Para efeitos didáticos, é importante frisar que o oponente é, como já dito, aquele que ingressa com a oposição. Opostos, por sua vez, são aqueles contra quem se ingressa com a oposição, no caso autor(es) e réu(s).

A oposição é uma forma espontânea de intervenção de terceiros, na medida em que não é provocada pelas partes e depende da vontade de terceiro. Aliás, se o terceiro não ingressar com a oposição no momento oportuno, nada obsta que, mesmo após a sentença, ingresse com a ação devida. Assim, em um dos exemplos anteriores: se o terceiro não ingressou com a oposição e “A” venceu a ação, sendo-lhe reconhecido o direito a determinado crédito, aquele primeiro pode, então, ingressar com ação contra “A” para ter reconhecido como seu o direito de crédito. Não há renovação de discussão de matéria já julgada em juízo, na medida em que as partes são distintas; discute-se, nesta última demanda, o crédito de “A” em face de terceiro estranho à lide em que foi inicialmente vitorioso. “A” pode ter demonstrado, na lide com “B”, que, diante das razões deste, o crédito lhe pertencia, mas pode ocorrer que, diante das razões do terceiro — com quem, v. g., pode

ter firmado cessão de crédito —, não possui o direito ao crédito.

Quanto à natureza jurídica da oposição, é considerada uma ação — embora dentro de outra ação, como visto. Portanto, encontra-se na esfera do direito subjetivo, para alguns, ou do poder, para nós, do terceiro, que poderá ou não dele fazer uso, segundo critérios próprios.

É possível oposição da oposição, em uma verdadeira sucessão em série de ações dentro da primeira ação. “A”, em ação contra “B”, diz que o direito “X” é seu. “C” ingressa com oposição, tentando excluir os direitos de “A” e “B”. “D”, por sua vez, ingressa com nova oposição, em que tenta excluir os direitos de todos os demais.

No processo do trabalho, há a sua aceitação pela doutrina em geral¹. A jurisprudência vem também acolhendo a ocorrência da oposição no processo trabalhista. Nesse sentido: “Oposição. Cabimento. É o único meio eficiente que um síndico tem a seu dispor para contestar a legitimidade de representação de uma categoria, em dissídio coletivo do qual não participa como suscitante ou suscitado — art. 56 do CPC”².

2. COMPETÊNCIA E LIMITE TEMPORAL

A oposição deve ser distribuída ao juiz da causa

principal, como consequência dos arts. 57 e 109 do Código de Processo Civil.

Como limite temporal, isto é, momento até o qual se pode ingressar com a oposição, vem-se entendendo que coincide com o trânsito em julgado da ação principal. No entanto, já se encontrando esse processo em segunda instância, em grau de recurso, a oposição deve-se processar perante o juiz de primeira instância, observada a regra acima mencionada. Caso contrário, não haveria respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

3. PROCEDIMENTO

A oposição processa-se por duas formas diversas: primeiro como intervenção no processo, quando vem regulada pelo art. 59 do Código de Processo Civil; segundo como ação autônoma, quando recebe a regulamentação do art. 60 do mesmo Código.

Como intervenção de terceiros se processa aquela oposição que ocorre antes da audiência de instrução e julgamento; como ação autônoma, aquela pretendida após iniciada a audiência de instrução e julgamento.

Em ambos os casos, a petição de oposição deve seguir os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil, sendo requerida a distribuição por dependência (art. 57 do CPC) e realizada a formação de autos próprios, que seguirão apensos ao processo principal. Da mesma forma, nas duas situações, haverá

citação dos opostos, para que apresentem defesa no prazo comum de quinze dias. Em caso de ausência de contestação nos autos principais, ocasionando a revelia, o revel será citado para responder à oposição, por meio de edital. Em ambas as hipóteses acima, se um dos opostos reconhecer a procedência do pedido deduzido na oposição, contra o outro, que não o reconhecer, seguirá o oponente (art. 58 do CPC).

Embora existam as convergências acima, há diversidades no procedimento das oposições deduzidas nos momentos mencionados.

Assim, na oposição que se der como verdadeira intervenção de terceiros — isto é, antes da audiência — haverá apensamento dos autos da oposição aos autos principais com o processo e julgamento simultâneo de ambas as causas. O julgamento se dará por meio de uma única sentença.

Já quando a oposição se processar depois da audiência, como ação autonôma, seguirá o rito ordinário, sendo julgada sem prejuízo do julgamento da causa principal. Aqui, há previsão de prolação de duas sentenças, uma para cada causa (ação principal e oposição), a fim de evitar prejuízo ao andamento do processo principal. No entanto, poderá o juiz sobrestar o curso do processo principal, por prazo nunca superior a noventa dias, a fim de promover o julgamento simultâneo da causa principal e da oposição. Não obstante, trata-se de uma faculdade do juiz, conferida apenas para maior

racionalização na decisão de ambos os feitos.

Caso sejam julgadas simultaneamente as ações, quer na hipótese necessária da oposição como intervenção de terceiros, quer na hipótese facultativa da oposição como ação autônoma, na sentença única que for proferida, o juiz conhecerá primeiro da oposição.

Feitas as digressões anteriores sobre a oposição, deve-se aproveitar o ensejo para enfatizar que esta não é cabível, além dos casos em que a intervenção de terceiros em geral não é admitida (rito sumário e Juizados Especiais da Lei n. 9.099, de 1995), em nosso entendimento, nos processos de execução. Seguimos aqui as seguintes razões, a despeito de honrosa menção de posição contrária: “tratando-se de execução de sentença cumpre notar ser inadmissível a intervenção de terceiro após proferida a sentença. Se for execução por título extrajudicial, a oposição é afastada inclusive pela absoluta incompatibilidade de procedimentos (Arruda Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, cit., v. 3, p. 110; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual*, cit., n. 172; contra: Agrícola Barbi, *Comentários*, cit., v. 1, ns. 356 e 357)”³.

1 Vejam-se Amauri Mascaro, *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159, e Ribamar da Costa, *Direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 1989, p. 49.

2 TRT/SP, 45/94-A, Cátia Lungov Fontana, Ac. SDC 268/95-A, extraído de Valentin Carrion, *Nova jurisprudência em direito do trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998.

3 Carneiro, *Jurisdição e competência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

NOMEAÇÃO À AUTORIA

1. CONCEITO

A nomeação à autoria é incidente que ocorre em duas situações diversas. Primeiramente, quando o mero detentor da coisa, acionado em virtude desta, indica proprietário ou possuidor da coisa litigiosa, a fim de que este venha a ocupar a posição de réu (art. 62 do CPC). Segundo, no caso de ação indenizatória, “intentada pelo proprietário ou pelo titular de direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro” (art. 63).

No primeiro caso de nomeação à autoria, deve-se atentar para as diferenças entre propriedade, posse e detenção, mesmo porque o mero detentor irá convocar para participar da lide o proprietário ou possuidor — daí a indispensabilidade do conhecimento dessas noções.

Na forma do art. 1.228 do Código Civil, a propriedade envolve os direitos de usar (*jus utendi*), de gozar (*jus fruendi*) e de dispor (*jus abutendi*) de determinado bem. Para existir direito de propriedade, há que existir a soma de todos esses elementos, cujo sentido passamos a esclarecer. O direito de usar implica a retirada de todas as utilidades da coisa sem a alteração de sua característica

substancial. O direito de gozar significa a percepção dos frutos e produtos da coisa, como, por exemplo, a possibilidade de locar ou explorar determinado bem. Por último, o direito de dispor corresponde à possibilidade de sua alienação, ou seja, de sua entrega a terceiro, a título oneroso (v. g., a venda) ou gratuito (v. g., a doação sem encargos).

Já a posse, na forma do art. 1.196 do Código Civil, corresponde ao exercício de apenas um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade. Portanto, os poderes antes mencionados (de usar, gozar e dispor) não se encontram todos presentes na posse, sendo que o possuidor somente terá parte deles. Assim, por exemplo, aquele que aluga determinado imóvel (o locatário) somente poderá usá-lo, mas não poderá dispor dele ou gozar de seus frutos. Logo, o locatário é o possuidor. No caso, o locatário tem a posse direta, e a posse indireta é do proprietário do bem locado.

Por fim, a noção de detenção vem inserta no art. 1.198 do Código Civil, segundo o qual “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. O detentor, portanto, é aquele que, em vista de uma relação de dependência, está na posse em nome daquele com quem tem essa relação, seguindo, mesmo em relação ao bem, apenas ordens e instruções do terceiro.

Para alguns (Humberto Theodoro Jr. e Celso

Agrícola Barbi, por exemplo), a hipótese do art. 62 do Código de Processo Civil somente se aplica aos casos de detenção, conforme conceito anteriormente explicado. Já para outros (como no caso de Moacyr Amaral Santos) o disposto nesse artigo se aplica aos casos de detenção e de posse indireta.

Entendemos que a melhor posição é a defendida pelos primeiros autores, já que mais se aproxima da disposição legal que se refere apenas à detenção. No caso do texto de lei aparece bem nítida a necessidade da relação de dependência, elemento típico da detenção e não da posse, direta ou indireta.

Já a hipótese do art. 63 do Código de Processo Civil refere-se às ações de reparação de dano, alegando o demandado que o cometimento do dano adveio de ordem emanada de terceiro.

Um exemplo: no caso do art. 1.282 do Código Civil, há previsão de que a árvore que se encontra no limite de duas propriedades pertence a ambos os vizinhos. Digamos que seja ela cortada por empregado de um dos dois por ordem sua. Caso o outro vizinho ingresse com ação de reparação de danos contra o empregado, este poderá chamar à autoria o empregador, que ordenou o corte da árvore.

Embora Amauri Mascaro¹ defenda o uso da nomeação à autoria também no processo do trabalho, utiliza-se de exemplo concernente à execução trabalhista, fase em que não se pode dizer aplicável a nomeação à

autoria.

2. PROCEDIMENTO

O demandado nomeia à autoria o terceiro, observadas as hipóteses legais já explicadas, no prazo da defesa. Não precisa fazê-lo na própria peça contestatória, mas apenas observando o prazo de contestação. Assim, pode entregar a contestação antes do fim do lapso para tanto, e, após, dentro desse mesmo prazo, nomear à autoria o terceiro. Pode, ainda, ingressar com a nomeação primeiramente, com o que haverá suspensão do prazo para a solução do incidente; caso seja mantido na lide, ser-lhe-á aberto novo prazo para a apresentação de defesa.

No caso de apresentação da nomeação com a própria peça contestatória, muitas vezes como preliminar de defesa, não ocorrendo a aceitação imediata dessa nomeação — quando não for o caso legal —, passa-se à análise do restante da matéria alegada.

Sendo caso legal de nomeação, o juiz suspende o processo e abre o prazo de cinco dias para ouvir o autor.

Este pode aceitar expressamente a nomeação, abster-se de manifestar-se (caso em que há aceitação presumida) ou, então, recusar a nomeação.

Caso haja aceitação, expressa ou tácita, da nomeação, ocorre a citação do nomeado. Caso haja recusa da nomeação, a lide prossegue apenas contra o

nomeante, reabrindo-se-lhe, se for o caso, prazo para apresentar a contestação, inclusive quanto ao mérito das perdas e danos reclamados.

Aceita a nomeação, citado o nomeado, este poderá, no prazo de cinco dias — já que, não havendo prazo expressamente consignado no Código de Processo Civil, há que se utilizar do disposto no art. 185 desse diploma processual —, aceitar, expressa ou tacitamente, a nomeação ou recusá-la.

Ocorrendo a recusa do denunciado, o processo prossegue normalmente contra o denunciante, como se a nomeação não tivesse ocorrido. Aceita a denúncia pelo denunciado, a demanda corre contra o nomeado e o nomeante sai da lide.

Se houver recusa da nomeação, quer pelo autor, quer pelo nomeado, o réu, que nomeou à autoria, poderá demonstrar que era realmente mero detentor ou que tinha realizado o ato por ordem de terceiro, com o que ocorrerá a extinção do processo sem o julgamento do mérito. Ora, se ficar, no correr da lide, após a recusa da nomeação, demonstrado que o réu não deveria constar do pólo passivo da demanda — já que este deveria ser ocupado por terceiro, no caso o que foi nomeado à autoria —, não há como justificar que ele sofra os efeitos da condenação, já que deve ser considerado parte ilegítima. Portanto, manifesta a ilegitimidade da parte, o processo deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

1 *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159.

DENUNCIÇÃO DA LIDE

1. CONCEITO

A denúncia da lide consiste em chamar terceiro (o denunciado), que tem vínculo de direito com a parte (o denunciante), para que responda pela garantia do negócio jurídico caso o denunciante saia vencido. As hipóteses que permitem a denúncia estão expressas no art. 70 e incisos do Código de Processo Civil.

Como já se prelecionou alhures, “teremos, pois, no mesmo processo, duas relações jurídicas processuais. Mas um só processo, uma só instrução, uma mesma sentença para ambas as ações, a ação principal e a ação da denúncia da lide”¹. Assim, em um mesmo processo serão solucionadas, pela mesma sentença, duas relações jurídicas: uma estabelecida entre o autor e o réu e outra que se deu, a partir da denúncia, entre o denunciante e o denunciado, em virtude de situações que comportem o direito de o primeiro ser ressarcido pelo segundo, em vista da derrota na demanda originariamente estabelecida.

Façamos, agora, singela análise das hipóteses legais de denúncia. Primeiramente, ocorre a denúncia no caso de convocação do alienante, feita pelo adquirente

do bem a título oneroso, quando houver possibilidade da perda desse bem em face da evicção.

A evicção tem previsão legal nos arts. 447 a 457 do Código Civil; nela, o adquirente da coisa fica privado total ou parcialmente desta, em decorrência de sentença judicial que a entrega a terceiro, verdadeiro proprietário do bem.

Desse modo, pode ocorrer que se compre determinada coisa e esta venha a ser perdida por sentença judicial, com o que o alienante responde perante o adquirente pelo preço da coisa adquirida, salvo cláusula expressamente excludente da responsabilidade. No entanto, o adquirente, quando demandado para devolver a coisa objeto de evicção, deve promover a denúncia da lide do alienante, se não perde o direito de garantia resultante da mesma evicção. Trata-se de intervenção obrigatória, segundo alguns, em decorrência da conjugação do art. 456 do Código Civil com o *caput* do art. 70 do Código de Processo Civil.

A segunda hipótese do art. 70 do Código de Processo refere-se à denúncia do possuidor indireto ou proprietário, quando o bem estiver em poder do possuidor direto. Os casos mais comuns, a título de exemplo, são: a) a nomeação do locador, quando o locatário precisa defender a posse do bem que está locando; b) o usufrutuário, que recebe a coisa, podendo apenas usar ou gozar dela (art. 1.394 do Código Civil),

denuncia o que deu a coisa em usufruto em lides que versem sobre essa mesma coisa; c) o mesmo se dá com o credor pignoratício, que é aquele que recebe a coisa móvel em garantia, na forma do art. 1.431 do Código Civil. Sendo litigado em torno da coisa, esse credor denuncia à lide o verdadeiro proprietário do bem.

Nos casos acima mencionados, embora possa parecer que haja semelhança com a nomeação à autoria, trata-se, na realidade, de figuras diversas. Na nomeação, pretende-se convocar à lide a parte efetivamente legítima, contra a qual verdadeiramente deve correr a demanda. Na denunciação, busca-se a obtenção de indenização em vista de prejuízos, como forma de garantia da posse. As finalidades de ambas as figuras legais são distintas.

A última hipótese legal de denunciação da lide refere-se à convocação daquele que está obrigado, por lei ou contrato, a indenizar o denunciante em ação regressiva, em vista de prejuízo que advier da perda da causa.

Assim, se, por força de lei ou contrato, o denunciado estiver obrigado a ressarcir o denunciante em vista da situação dos autos, em eventual ação de regresso, nada obsta que, em vez de se aguardar futura ação regressiva, já se faça a cobrança do débito na própria ação em que o denunciante estiver sendo demandado. Assim, evita-se a postulação de outra ação, com verdadeira economia processual.

Caso interessante envolvendo a hipótese do art. 70, III, do Código de Processo Civil, ora em análise, refere-se à responsabilidade civil do Estado e ao direito de regresso contra o funcionário causador do dano.

A respeito do tema há que se proceder à transcrição do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No caso estamos diante da responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do funcionário. Na primeira basta a demonstração do fato e a ocorrência do dano, sem necessidade da demonstração de um nexo causal entre ambas; na segunda, indispensável a demonstração do dolo ou culpa do funcionário.

Hely Lopes Meirelles defende “que o causador do dano não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode, voluntariamente, intervir como assistente da Administração (...) Inexplicavelmente, o Código de Processo Civil determina a denunciação da lide ‘àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda’ (art. 70, III), sem excepcionar expressamente desse chamamento o agente causador do dano. Mas é intuitivo que esse dispositivo não alcança os servidores

públicos nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição, que estabelece responsabilidade exclusiva e objetiva da Administração perante a vítima; já porque o causador do dano não pode ser compelido a discutir culpa nesta ação; já porque o autor não pode ser obrigado a litigar com agente que a Constituição exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denunciação da lide pela Administração a seus servidores ou, mesmo, a citação direta pela vítima”².

Diversa é a opinião de Humberto Theodoro Júnior, para quem “a denunciação, na hipótese, para que o Estado exercite a ação regressiva contra o funcionário faltoso, realmente não é obrigatória. Mas, uma vez exercitada, não pode ser recusada pelo juiz.

O entendimento de que o fundamento da responsabilidade do Estado é o nexu objetivo do dano, enquanto o da responsabilidade regressiva do funcionário é a culpa, *data venia*, não impede o exercício da denunciação da lide.

Em todos os casos de denunciação da lide há sempre uma diversidade de natureza jurídica entre o vínculo disputado entre as partes e aquele outro disputado entre denunciante e denunciado.

(...) Existindo o direito regressivo a ser resguardado pelo réu, a instauração do procedimento incidental da denunciação em nada altera a posição do autor na ação

principal. Se seu direito de indenização é objetivo, continua com esse caráter perante o Estado-réu. Se o direito regressivo contra o funcionário depende da culpa do servidor que praticou o ato lesivo, ao denunciante é que incumbirá o ônus da prova da culpa, durante a instrução normal do processo. O autor da ação principal não sofrerá agravo nenhum em seu ônus e deveres processuais. O direito regressivo do Estado é que restará condicionado ao fato da culpa do servidor e só será acolhido se restar evidenciado na instrução”³.

Preferimos essa segunda corrente de pensamento, já que: a) nada há de inconstitucional na permissão da denúncia da lide pela Administração do funcionário causador do dano, mesmo porque a responsabilidade exclusiva e objetiva desta perante o administrado não resta maculada, na forma já exposta por Humberto Theodoro Júnior; b) a denúncia propicia economia processual, que, especialmente no caso do erário público, não pode ser nunca desprezada; c) as duas responsabilidades diversas, objetiva e subjetiva, restam intactas no processo, nada havendo que justifique alegação de tumulto no processo em detrimento do administrado.

Em relação à obrigatoriedade da denúncia, alguma celeuma tem-se presenciado em virtude do *caput* do art. 70 do Código de Processo Civil, que diz ser obrigatória a denúncia.

No entanto, defendemos a seguinte posição:

somente a hipótese do art. 70, I, do Código de Processo Civil trata de caso de denúncia obrigatória; se esta não ocorrer no momento processual oportuno, o denunciante perderá o direito de reaver os valores decorrentes da evicção. Essa interpretação decorre da própria conjugação do art. 70, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil com o disposto no art. 456 do Código Civil.

Nos demais casos, apesar de o *caput* do art. 70 do estatuto processual mencionar a obrigatoriedade, não tendo sido estabelecida sanção para a sua inocorrência, não há perda do direito de regresso em outro processo.

No processo do trabalho, Amauri Mascaro Nascimento admite a ocorrência de denúncia da lide no caso de sucessão de empregadores, afirmando que “se o processo trabalhista é movido contra empresa sucedida esta terá que denunciar à lide a empresa sucessora, que responderá pelos ônus trabalhistas em decorrência da sucessão”⁴. Outrossim, defende-se que há denúncia à lide na hipótese do art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho. Reconhecida, no entanto, a existência do chamado *factum principis*, haverá deslocamento da competência, pela presença do Poder Público, ou para a Justiça estadual (em caso de Municípios e Estados) ou para a Justiça federal (em caso de responsabilidade da União, de suas autarquias ou empresas públicas).

2. LEGITIMAÇÃO

A denunciação da lide pode partir tanto do autor (como, v. g., no caso do locatário que ingressar com ação possessória denunciando o locador) como do réu (como no caso da evicção).

Pode ocorrer contra o alienante a título oneroso, o proprietário ou o possuidor indireto.

Surge um desdobramento com a denunciação da lide: 1) na demanda principal, o denunciante e o denunciado atuam à semelhança dos litisconsortes, contra as outras partes; 2) na demanda do denunciante, o denunciado aparece como réu.

3. PROCEDIMENTO

3.1. Denunciação feita pelo autor

Na inicial, o autor pede a citação do denunciado juntamente com a do réu.

O juiz abre prazo para a resposta, ficando o processo suspenso. O prazo é de cinco dias por falta de indicação legal, na forma do art. 185 do Código de Processo Civil. Os prazos do art. 72, § 1º, referem-se apenas ao lapso para que se proceda à citação, nada tendo que ver com a resposta.

O denunciado pode adotar as seguintes posturas: a) permanecer inerte: nesse caso, em face da ausência de

manifestação do denunciado, a lide prossegue apenas entre autor e réu; b) comparecer, sem negar a sua qualidade de denunciado: nessa hipótese, passa a atuar de forma assemelhada a um litisconsorte, podendo, inclusive, aditar a inicial; c) comparecer e negar a sua qualidade de denunciado: a ação prossegue contra o réu, mas o autor fica com o seu direito de garantia resguardado se perder a ação.

3.2. Denúnciação feita pelo réu

Realiza-se no prazo da contestação, com a conseqüente suspensão do processo.

A convocação do denunciado, nos prazos do art. 72, § 1º, do Código de Processo Civil, será para que apresente a sua defesa no lapso de cinco dias (art. 185).

Não há necessidade de apresentação imediata da contestação, devendo o prazo ser reaberto após a solução do incidente.

O denunciado poderá agir das seguintes formas: a) aceitar a denúnciação, caso em que será aberto prazo para apresentação da contestação; b) não se apresentar ou contestar a denúnciação: prossegue-se a ação contra o réu, mantendo-se resguardado o direito de garantia deste.

4. EFEITOS DA DENÚNCIAÇÃO DA LIDE

Os efeitos da denunciação da lide estão previstos no art. 76 do Código de Processo Civil.

Sintetizando, tem-se o seguinte: em caso de denunciação, o juiz deverá proceder a dupla apreciação: uma da relação entre autor e réu (denunciante) e outra da relação entre denunciante e denunciado.

Destarte, “vencedor na ação principal o denunciante, será necessariamente improcedente a demanda regressiva. Vencido, no todo ou em parte, o denunciante, o juiz apreciará a ação de regresso. (...) Impende, outrossim, sublinhar que nem sempre a circunstância de o denunciante haver sucumbido na ação principal leva à procedência da denunciação da lide, pois muitas vezes inexistente, ou existe apenas em parte, a pretensão do denunciante ao reembolso ou ao ressarcimento”⁵.

No entanto, reconhecido o direito de regresso, a sentença será condenatória e não declaratória, como impropriamente fez constar o Código de Processo Civil.

Em caso de descumprimento voluntário das condenações, poderão ocorrer, portanto, duas execuções no mesmo processo.

- 1 Carneiro, *Jurisdição e competência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 70.
- 2 *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros Ed., 1992, p. 563.
- 3 *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1, p. 136 e 137.
- 4 *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159.
- 5 Carneiro, *Jurisdição e competência*, cit., p. 98.

DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

1. CONCEITO

Trata-se da faculdade, atribuída àquele que está sendo demandado pelo pagamento de determinada dívida, de chamar ao processo os outros devedores ou aqueles a quem estava incumbido de forma principal o pagamento, de modo a torná-los também réus na ação.

Possui ainda a finalidade de obter sentença que possa ser executada contra os co-devedores ou o obrigado principal, pelo devedor que pagar o débito.

No chamamento ao processo, há ampliação do pólo passivo da demanda.

2. CASOS LEGAIS

Os casos legais do chamamento ao processo estão arrolados no art. 77 do Código de Processo Civil.

No caso do inciso I, existe o direito de regresso do fiador contra o devedor principal. A situação não está submetida à denunciação da lide, porque o inciso III do art. 70 do Código seria uma regra geral, enquanto a situação prescrita no art. 77, I, estabelece uma regra particular.

Quanto aos devedores solidários que podem ser

convocados por meio do chamamento ao processo, chamamos a atenção para as disposições constantes dos arts. 264, 265 e 275, todos do Código Civil. As normas constantes desses dispositivos deixam bem claro o conceito legal de solidariedade passiva. A regra é que a obrigação se reparta em tantas relações jurídicas autônomas quantos forem os credores ou devedores. As exceções são quando ocorre a indivisibilidade do objeto ou a solidariedade. Nesse caso, não há como repartir a obrigação.

No processo do trabalho também ocorre o chamamento ao processo, sendo o seu exemplo mais comum a convocação do responsável solidário do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, respondendo o subempreiteiro pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho que celebrar, pode ser convocado pelo empreiteiro principal a integrar a lide¹.

3. PROCEDIMENTO

O réu deve propor o incidente no prazo da contestação.

Ocorre a suspensão do processo, dando-se o mesmo rito da denunciação da lide.

Com a aceitação ou não do chamamento, a sentença faz coisa julgada em relação ao chamado.

Embora o art. 78 do Código de Processo Civil

mencione que o juiz declara a responsabilidade, estamos na verdade diante de uma sentença condenatória dos devedores, valendo como título executivo.

1 Alguma celeuma existe na natureza da responsabilidade, se solidária ou subsidiária; somente no caso de admissão da primeira é possível falar em chamamento ao processo.

ATOS PROCESSUAIS

1. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO

O ato processual é uma espécie do gênero ato jurídico — como, por exemplo, o ato administrativo. No entanto, possui determinadas peculiaridades que o distinguem dos demais atos jurídicos.

Destarte, sendo o ato processual realizado pelos sujeitos do processo e auxiliares da justiça, é marcado pela conexidade, interdependência e unidade teleológica.

Os atos processuais são realizados em série, de forma a manter a conexão e interdependência entre si. Além disso, têm como finalidade a obtenção de uma sentença — daí existir uma unidade teleológica na realização dos atos processuais, isto é, uma unidade marcada pela finalidade de colocar fim ao processo, mediante a prolação da sentença.

Os atos jurídicos em geral, como é conhecido de todos, podem ser solenes ou não solenes. A solenidade de um ato jurídico decorre de determinação legal como condição de sua validade. No caso específico dos atos processuais, as suas formas estão expressamente previstas no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho

(dependendo do ramo com o qual estivermos lidando), sendo, portanto, atos solenes. A despeito das críticas que se possa fazer ao formalismo excessivo do processo, encontra-se ele intimamente ligado à segurança jurídica. O que se condena é o excesso de formalidades desnecessárias, já que poderia levar à demora da prestação jurisdicional. No entanto, muito esforço tem sido despendido no sentido de evitar que o excesso de formalidades seja empecilho à eficácia da tutela jurisdicional. Nesse sentido, v. g., o prestígio à instrumentalidade das formas, princípio insculpido no art. 154 do Código de Processo Civil.

Outra característica marcante dos atos processuais é a publicidade que lhes é inerente. É essencial, em matéria de ato processual, o seu conhecimento pelo público, já que somente a partir da sua publicação é possível, especialmente, evitar o abuso dos membros do Judiciário, com a manutenção da segurança jurídica. Além disso, a publicidade é fator importante de educação por meio do processo — uma das finalidades modernas deste. Ela vai desde a publicação dos atos em Diário Oficial até a abertura a toda e qualquer pessoa das portas da sala de audiência, para que esta possa ser assistida por todos que o desejarem. Há, obviamente, alguns atos em que a necessidade da defesa da privacidade de uma ou de ambas as partes do processo fez com que passassem eles a correr em segredo. A necessidade da preservação da ordem pública também

autoriza que determinado processo corra em segredo. As hipóteses em que o processo pode correr em segredo de justiça vêm elencadas no art. 155 e incisos do Código de Processo Civil. A previsão de que a audiência, nessas hipóteses, também se faça a portas fechadas vem insculpida no art. 444 do mesmo Código.

Os atos processuais são expressos pela via escrita ou oral. Assim, por exemplo, a petição inicial dá-se, no processo civil, pela via escrita, sendo o pregão para a convocação das testemunhas para a audiência, no momento exato de suas oitivas, ato oral. Observe-se, no entanto, que, embora vigore no direito processual o princípio da oralidade — que possui os diversos desdobramentos já estudados anteriormente —, a maior parte dos atos processuais é realizada por escrito. Na forma do art. 156 do Código de Processo Civil, nos atos do processo é indispensável o uso do vernáculo, isto é, da língua portuguesa culta. Quanto aos documentos escritos em língua estrangeira, somente quando acompanhados de tradução para a língua culta portuguesa, por tradutor juramentado, é que são admitidos no processo. Quando reputar necessário, o juiz poderá indicar intérprete, observadas as hipóteses previstas no art. 151 do Código de Processo Civil.

No processo trabalhista, deve-se atentar, aqui, para os arts. 771 a 773 da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo eles, os atos processuais poderão ser escritos ou datilografados — o que, no entanto, não veda outros

métodos, como a estenotipia ou a digitação. Outrossim, devem ser assinados pelas partes interessadas, sendo a rogo, com a presença de duas testemunhas, quando não houver procurador constituído e a parte não puder, por motivo justificado, assinar. Por fim, “os termos relativos ao movimento dos processos constarão de simples notas, datadas e rubricadas pelos chefes de secretaria ou escrivães” (art. 773).

Diante de todo o exposto, poderíamos classificar o ato processual como uma espécie do ato jurídico em geral, marcado pela interdependência e conexidade com outros atos processuais, sendo ainda dotado de solenidade e realizado com o intuito de pôr fim à relação jurídico-processual inicialmente estabelecida.

Por fim, colhe atentar para a classificação mais importante dos atos processuais. Trata-se da divisão em atos processuais das partes, atos processuais do juiz e atos processuais dos auxiliares da justiça.

Analisemos cada um deles nos itens seguintes.

2. ATOS PROCESSUAIS DAS PARTES

As partes basicamente realizam três tipos de atos processuais, a saber: os postulatórios, os dispositivos e os instrutórios.

Os atos postulatórios são aqueles em que as partes solicitam determinado provimento jurisdicional. Assim, quando o autor peticiona por meio da peça inicial, está a

realizar ato postulatório. Do mesmo modo, o réu, quando contesta, está a pretender determinado provimento, contrário ao constante da inicial do autor. Também o recorrente, ao ingressar com o recurso, pretende a revisão da decisão proferida pelo juiz de primeira instância. Petição inicial, contestação e recurso são, pois, exemplos de atos postulatórios das partes.

Os atos dispositivos são aqueles em que a parte “abre mão” de determinada situação jurídica. Tendo em vista que os atos processuais são essencialmente cogentes, há pouca margem para a disposição no direito processual. No entanto, podem-se citar os seguintes casos de atos dispositivos: a desistência da ação, que dá ensejo à extinção do processo sem o julgamento do mérito, na forma do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil; ou, ainda, a desistência do recurso, possibilitada pelo art. 501.

Os atos instrutórios são aqueles destinados a promover a convicção do juiz a respeito dos fatos discutidos nos autos, encontrando-se relacionados com a prova. São realizados no curso do processo, observados os prazos legais para a sua efetivação. Assim, há prazos para a oitiva de testemunhas ou a apresentação de documentação; inobservados os prazos legais, ocorrerá a impossibilidade de realização do ato pela ocorrência da preclusão temporal.

3. ATOS PROCESSUAIS DO JUIZ

Na forma do art. 162, *caput*, do Código de Processo Civil, “os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.

A sentença é o ato que coloca fim à relação jurídico-processual instaurada. Pode ser definitiva, quando julga o mérito da questão a ser apreciada, dando pela procedência total ou parcial ou pela improcedência do pedido deduzido em juízo. A sentença definitiva, em face da ausência de recurso ou depois de ultrapassadas todas as possibilidades recursais, transita em julgado materialmente, não podendo a questão ser renovada em juízo. Pode, ainda, a sentença ser terminativa, quando a decisão se baseia apenas em questões formais (tais como a ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação). Essa sentença faz coisa julgada formal, podendo, desde que sanada a irregularidade, ser a questão novamente submetida à apreciação. Não poderá, no entanto, depois de esgotadas as vias recursais, ser novamente levada a juízo sob a mesma situação de irregularidade (em vista da coisa julgada formal).

Os requisitos de uma sentença estão descritos no art. 458 do Código de Processo Civil. Sucintamente, a sentença deve possuir relatório (parte em que se discorre sobre as principais ocorrências surgidas no correr da lide), fundamentação (parte em que o juiz expõe as razões de fato e de direito que o levaram a decidir a questão de certa forma) e o dispositivo (parte que contém o

comando da sentença, onde está inscrita a decisão que se deverá levar a efeito).

Os acórdãos são os julgamentos proferidos pelos tribunais.

As decisões interlocutórias também apresentam caráter decisório. No entanto, trata-se de decisões que não colocam fim ao processo. Exemplos podem ser dados às escâncaras: é interlocutória decisão que indefere a produção de determinada prova requerida pela parte; do mesmo modo decisão que fixa honorários periciais no curso do processo; é interlocutória, também, decisão que determina que sejam riscadas expressões injuriosas utilizadas pela parte, na forma do art. 15, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Por fim, o último ato processual do juiz: o despacho de mero expediente ou meramente ordinatório. Trata-se de determinações que não possuem natureza decisória, sendo utilizadas apenas para a condução do processo. Exemplos: despachos como o “cite-se” ou o que determina dia para a realização de audiência de instrução. Muitos deles passaram a ser de prática possível pelo próprio servidor, sendo revistos pelo juiz apenas quando necessário (art. 162, § 4º, do CPC).

A importância da distinção dos atos judiciais é manifesta.

Assim, por exemplo, para cada um deles há previsão da via recursal própria.

Há que se saber o que é uma sentença para que dela

se possa apelar. Há que se conhecer uma decisão interlocutória para que dela se possa agravar. Do mesmo modo, deve-se entender o conteúdo de um despacho, já que deste não cabe qualquer recurso, na forma do art. 504 do Código de Processo Civil.

É preciso conhecer cada um desses atos para, v. g., dar-lhes a forma correta. A sentença, como já visto, possui requisitos próprios, que não estão presentes nas decisões interlocutórias. Estas últimas, tendo em vista o seu conteúdo decisório, precisam apenas ser fundamentadas. Já os despachos de mero expediente nem sequer precisam de fundamentação, devendo apenas expressar uma determinação de seguimento procedimental. A respeito, confira-se o art. 165 do Código de Processo Civil.

4. ATOS PROCESSUAIS DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Os auxiliares da justiça realizam atos no processo que não podem ser olvidados.

Os servidores de determinada vara procedem a diversos termos, em que certificam a ocorrência de um ato processual e o seu momento. Assim, há o termo de vista, pelo qual se consigna que foi dada a possibilidade de uma das partes manusear o processo. Há o termo de juntada, pelo qual se certifica a juntada de determinado documento, bem como o instante em que isso ocorreu.

Existe, ainda, o termo de conclusão, pelo qual se certifica o momento em que o processo foi submetido à apreciação do juiz.

Todos esses termos são importantes, na medida em que indicam a realização ou não do ato processual pela parte, bem como possibilitam a verificação da observância dos prazos legais.

Além dos termos, existem certidões apostas pelos servidores no processo, em que se esclarecem situações procedimentais.

Há, ainda, laudos, como o pericial, ato típico do perito, que atua no processo como auxiliar da justiça.

NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS¹

1. INTRODUÇÃO

Iniciemos fazendo um paralelo entre as nulidades no campo do direito civil e do direito processual civil.

Os atos jurídicos em geral podem apresentar defeitos ou vícios que os invalidem. No entanto, a variação na intensidade do vício e das repercussões no interesse público é que determinará a variação da possibilidade de invalidação do ato jurídico.

No direito material civil, serão nulos os atos que estiverem em dissonância com o art. 104, I, II e III do novo Código Civil. A intensidade do vício e a sua repercussão no interesse público é tamanha que o ato, nessas situações, é considerado nulo. O ato não pode sequer ser convalidado, isto é, tornar-se sadio, ainda que este seja o desejo das partes.

Ao lado do ato nulo, vários autores admitem a existência do ato inexistente, que é o “não-ato” ou o “nada jurídico”. Trata-se de ato que nem sequer chegou a ter qualquer existência no mundo jurídico, como no caso de casamento realizado entre homossexuais. No entanto, no que concerne ao direito material, entendemos que a distinção entre ato nulo e inexistente

é inócua, já que os efeitos serão semelhantes em ambos os casos — isto é, a inviabilidade de convalidação ou ratificação do ato pelas partes. No direito processual, no entanto, como se verá, essa distinção será de suma importância.

Por fim, há os casos de anulabilidade. Trata-se de vícios menores, que permitem a convalidação ou ratificação por vontade das partes.

Essas são as espécies de defeitos dos atos jurídicos e suas repercussões no que diz respeito ao direito material.

No direito processual, a teoria das nulidades deve ser vislumbrada sob uma ótica um pouco distinta. Vejamos.

O primeiro e mais importante elemento para vislumbrar a teoria das nulidades no direito processual é a inobservância das formas previstas em lei.

A partir das formas, há três vícios, com intensidades diversas, que acarretam conseqüências específicas:

1) *Irregularidade*: trata-se de pequeno vício ou defeito de forma, que não ocasionará a invalidação do processo; sua correção se dará *ex officio* ou a requerimento das partes. Como exemplos, podem-se citar os seguintes casos: no art. 463, I, do Código de Processo Civil permite-se que o juiz, de ofício ou a pedido das partes, promova a correção de inexactidão material da sentença, como, v. g., no caso de, ao se digitar o nome da parte, ocorrer inversão de letras; já o art. 167 prevê a

numeração das folhas dos autos, mas, não havendo a numeração, não se poderá falar em invalidação dos atos processuais. Em ambos os casos, estamos diante de caso de mera irregularidade processual.

2) *Nulidade relativa (ou anulabilidade)*: aqui já estamos diante de vício prejudicial a uma das partes. No entanto, como o prejuízo será apenas à parte, esta deve-se manifestar no sentido da invalidação do ato. Caso não se manifeste ou ainda expresse a sua concordância, haverá convalidação do ato, passando ele a se tornar sadio. Dentre os exemplos de nulidade relativa no direito processual, podemos destacar o processo que se desenvolve perante juiz relativamente incompetente (não ocorrendo, aqui, a oposição da exceção de incompetência, o processo poderá ser processado e julgado por esse mesmo juiz).

3) *A nulidade absoluta*: é estabelecida em nome do interesse público, podendo ser alegada pelas partes ou levantada pelo juiz de ofício. No entanto, a peculiaridade da nulidade absoluta do ato jurídico material em relação ao ato jurídico processual é que, enquanto na segunda não se admite nunca a convalidação do ato nulo, na primeira, após o transcurso do lapso de dois anos, admite-se a convalidação. Portanto, o interesse público que cerca a matéria de nulidade processual permite a convalidação do ato, mesmo após a prolação da sentença pelo lapso da ação rescisória (dois anos após o trânsito em julgado, na forma do art. 495 do CPC). O

interesse público em torno da estabilização da pacificação da controvérsia possibilita que, após o prazo legal, haja convalidação da nulidade processual. Assim ocorre, por exemplo, no caso de sentença proferida por juiz absolutamente incompetente. Nesse caso a parte terá até dois anos para rescindir o julgado, na forma do art. 495, do Código de Processo Civil. Ultrapassado esse lapso, mesmo se tratando de caso de violação de interesse público e de nulidade, haverá convalidação do vício.

4) *Inexistência*: neste caso, como o ato processual nunca existiu no mundo jurídico, não ocorrerá jamais a convalidação — nem mesmo após o lapso de dois anos para a propositura da ação rescisória. Aqui se percebe que a diferença entre ato nulo e ato inexistente, diversamente do que ocorre com o direito material, é de grande valia. Assim, por exemplo, se o processo tiver sido decidido por quem jamais foi investido de jurisdição, nunca se poderá pensar na possibilidade de sua convalidação.

De todo o exposto, percebe-se a nítida distinção entre a teoria das nulidades para o direito material e para o direito processual.

Primeiro, enquanto a teoria das nulidades do direito material concentra-se em diversos elementos dos atos jurídicos (como os sujeitos, a forma e o objeto), a teoria das nulidades dos atos processuais baseia-se na questão das formas desses atos.

Por outro lado, a distinção entre ato nulo e ato inexistente apresenta, como visto, grande relevância para a teoria das nulidades dos atos processuais, sendo essa relevância mitigada no caso do direito material.

2. DISPOSITIVOS LEGAIS

Passemos, agora, a analisar os aspectos mais importantes dos dispositivos legais que versam sobre as nulidades processuais — no processo civil, cotejadas, quando possível, como o processo penal e o do trabalho.

O art. 243 do Código de Processo Civil discorre que, quando a lei prescrever determinada forma, aquele que deu causa à nulidade não pode alegá-la em seu favor. Como exemplo dessa situação tem-se o seguinte: em uma ação real imobiliária em que não houve a citação da mulher pelo réu, este não pode posteriormente argüir a nulidade por descumprimento do disposto no art. 10, § 1º, I, do Código de Processo Civil. A regra do art. 243 do estatuto processual civil vem reproduzida em parte no art. 565 do Código de Processo Penal e no art. 796, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O art. 244 do Código de Processo Civil, por seu turno, dispõe sobre o princípio da instrumentalidade das formas, estabelecendo que mais importante que os meios são os fins alcançados pelo processo. Assim, por exemplo, no caso do mesmo art. 10, § 1º, I, do mesmo Código, se o marido ingressa com determinada ação para

a defesa da propriedade de bem real pertencente ao casal, mas não promove a convocação da esposa, terminando por vencer o processo, não há razão para a nulidade processual. Aqui houve a ausência de prejuízo à esposa, que teve sentença favorável a despeito de não participar da relação jurídico-processual em que deveria estar presente. Esse princípio, embora não reproduzido no processo penal com as mesmas características do processo civil — já que a questão das nulidades deve ser tratada naquele com mais cuidado —, de certa forma pode ser extraído, com peculiaridades próprias, do disposto no art. 566 do Código de Processo Penal. Por este último, deverá ser preservada a integridade do processo caso o ato processual maculado não influa na descoberta da verdade ou na decisão proferida. Ainda como indicativo da busca, na medida do possível, da instrumentalidade no processo penal há o disposto no art. 563 do estatuto processual penal, segundo o qual não haverá nulidade caso não tenha ocorrido prejuízo para a defesa. Esse mesmo espírito norteia o processo trabalhista, para o qual não haverá nulidade salvo no caso da ocorrência de prejuízo para as partes (art. 794 da CLT). No processo do trabalho, a instrumentalidade também está presente no art. 796, *a*, da Consolidação, segundo o qual a nulidade não será pronunciada quando for possível suprir a falta ou repetir o ato.

O art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil consagra o princípio da preclusão, referindo-se apenas

às nulidades relativas (que estudamos acima sob o prisma da anulabilidade dos atos jurídicos). Estas, por serem de interesse exclusivo das partes, devem ser alegadas por elas no primeiro momento em que tiverem de falar no processo, sob pena de preclusão — isto é, de não poderem mais ser levantadas. Ocorrendo, assim, nulidade relativa, a parte, no primeiro momento posterior em que tiver a oportunidade de se manifestar no processo, conhecendo-a, deve alegá-la. Se não o fizer, ocorrerá o fenômeno da preclusão, ou seja, da perda da oportunidade de se manifestar. Esse princípio não se aplica às nulidades absolutas, já que estas são cercadas pelo interesse público. As nulidades absolutas, na forma da exclusão do parágrafo único do mesmo art. 245 do Código de Processo Civil, podem ser suscitadas, independentemente de provocação, pelo juiz, a qualquer tempo. O interesse público que cerca o tema da nulidade absoluta possibilita a sua invalidação a qualquer instante. Assim, por exemplo, quando a lei determina a indispensabilidade da presença do Ministério Público (como, v. g., no caso da presença de interesses de menores, conforme art. 82, I, do CPC), a sua intimação pode ser promovida a qualquer instante, anulando-se atos em que aquele deveria estar presente (como na hipótese da produção de provas). Trata-se de matéria de interesse público, portanto caso de nulidade absoluta. No caso do processo penal, o art. 571 do Código versa sobre o momento oportuno para a alegação das

nulidades. No entanto, o art. 572 do mesmo diploma processual versa sobre aquelas nulidades que, se não argüidas a tempo, serão consideradas sanadas — não obstante já se tenha verificado na jurisprudência que outras hipóteses não elencadas aqui, se não levantadas no momento próprio, também podem ser consideradas sanadas. Já no processo trabalhista, repete-se a regra segundo a qual as nulidades devem ser argüidas na primeira oportunidade em que a parte tiver de se manifestar no feito (art. 795 da CLT).

Na senda antes mencionada, percebe-se que o art. 246 do Código de Processo Civil indica exatamente a nulidade do processo pela ausência da presença do Ministério Público, quando esta se fazia indispensável. A respeito vejam-se as hipóteses do art. 82 desse Código, que versam exatamente sobre a necessidade da presença do Ministério Público.

O art. 247 do estatuto processual civil diz que, para a validade dos atos de convocação das partes para a participação no processo, intimações e citações, devem ser observadas as formas prescritas na lei. A respeito das formalidades concernentes às citações e intimações há que se proceder à leitura dos arts. 213 a 242.

Para o entendimento perfeito dos arts. 248 e 249, *caput*, do Código de Processo Civil, há que se verificar que existem atos processuais simples e atos processuais complexos. Os primeiros podem ser vislumbrados isoladamente; já os segundos são analisados

necessariamente a partir de sua relação com os demais atos. Aos atos complexos é que se aplica o art. 284 do Código de Processo Civil, já que há uma relação em cadeia no desfazimento dos atos, que são interdependentes. De outro lado, por exemplo, quando se anula uma sentença em segunda instância, não há necessidade da anulação dos demais atos processuais, tendo em vista a unidade do ato decisório. O juiz, tanto em caso de atos simples quanto de complexos, deverá ser claro, pronunciando os atos anulados. No entanto, no primeiro caso, há nulidade apenas de um ato, enquanto, no segundo caso, há anulação de atos em série, que devem ser indicados pelo juiz. Toda a situação anterior se repete, por disposição expressa dos arts. 797 e 798 da Consolidação das Leis do Trabalho, no processo trabalhista.

Por fim, o art. 250 do Código de Processo Civil não trata de qualquer inadequação da ação — já que esta, proposta de forma inadequada, conduzirá à falta de interesse de agir. Trata esse dispositivo, isso sim, da inadequação do procedimento eleito. Como se sabe, a ação segue procedimentos específicos previstos no próprio Código. Há o rito ordinário e o sumário ou especial, aplicável a certos tipos de demanda, especificados na legislação processual. Assim ocorre, v. g., caso se escolha o rito ou procedimento sumário quando deveria vigorar o rito ou procedimento especial. O dispositivo em tela busca o máximo aproveitamento

dos atos realizados, pautando-se sempre pelo critério da ausência de prejuízo à defesa.

1 “Um sistema de nulidades processuais é necessário para preservar a legalidade e garantir a jurisdição. No sistema chamado legalista, qualquer violação à forma acarretava a invalidade do ato e dos que se lhe seguiam; o sistema pragmático tem em vista o fim prático do ato e da formalidade que o legislador impôs; inexistindo prejuízo, deixa de decretar-se a ineficácia. Mais modernamente, fala-se em teoria teleológica (Buzaid, *Aulas*, p. 86); se a finalidade foi alcançada, é válido o ato, mesmo que o caminho percorrido não seja o previsto. A CLT e os CPC de 1939 e 1973 (art. 243 e segs.) seguem essa orientação, sendo o último mais explícito que o anterior” (cf. Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, em análise aos arts. 794 a 798).

O TEMPO E O LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

1. O TEMPO DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais devem-se realizar durante os dias úteis entre seis e vinte horas, conforme preconiza o art. 172 do Código de Processo Civil. Consideram-se dias úteis aqueles em que há expediente forense. Assim, nas férias e em feriados não se praticam atos processuais. Outrossim, nada impede que atos já iniciados possam ultrapassar o limite das vinte horas, já que a sua interrupção poderia causar prejuízo à diligência, acarretando inclusive danos às partes.

A despeito das regras acima enunciadas, existem exceções. Assim, por exemplo, a convocação do réu para responder a ação, por citação, bem como a constrição de bens, por meio da penhora, podem realizar-se em feriados e fora do expediente forense: a) a pedido da parte, desde que fique demonstrada a necessidade da urgência na realização da medida; b) se houver autorização expressa do juiz; ou c) na hipótese do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Os feriados, para efeito dos dispositivos anteriores, têm a sua definição no art. 175 do Código de Processo

Civil.

Já no processo trabalhista, há que se atentar para o disposto no art. 770 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social, e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 às 20 horas”. Já pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, “a penhora poderá realizar-se em domingo ou dia feriado, mediante autorização expressa do juiz ou presidente”¹. Por fim, há ainda o art. 813 da Consolidação das Leis do Trabalho, que discorre sobre o horário e local de realização das audiências. Por esse dispositivo, as audiências deverão, como é regra em relação aos atos processuais em geral, realizar-se na sede do juízo ou do tribunal, em dias úteis previamente designados, entre oito e dezoito horas. Em casos especiais, permite-se a realização em local distinto da sede do juízo — a respeito, veja-se, por exemplo, como ocorre no processo civil e no penal, a possibilidade de realizar-se a audiência na residência da testemunha adoentada em vista da urgência do ato.

2. O LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

Na forma do art. 176 do Código de Processo Civil, os atos processuais devem-se realizar na sede do juízo, entendida sede, aqui, de maneira mais restritiva, isto é, no fórum. Assim as audiências, a apresentação de peças

processuais etc. É claro que as convocações, por citações ou intimações, por exemplo, realizam-se na área de abrangência territorial do juízo e no local onde devem ser realizadas.

No entanto, existem hipóteses excepcionais em que os atos processuais são praticados fora da sede do juízo: a) assim ocorre nos casos legais de deferência, como em oitiva do presidente da República ou de governador. Estes são ouvidos no seu local de trabalho ou residência (nos moldes do art. 411 do CPC). O que determina essa deferência é o interesse público que cerca as funções exercidas pelas pessoas antes mencionadas; b) o mesmo se dá em casos em que o interesse da justiça leva a realização do ato para fora dos limites do fórum, como por exemplo na hipótese da inspeção judicial (art. 440 do CPC); c) também em razão de obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz, como no caso de oitiva de testemunha doente na sua residência.

Os atos praticados por determinado juízo estão circunscritos à sua área de atuação jurisdicional; quando houver necessidade de realização de atos processuais em outro território, o juiz deverá solicitar a sua realização, por meio de carta precatória, ao juízo competente para atuar nessa outra área territorial.

No caso do processo penal os atos processuais, em regra, também se realizam nas sedes dos juízos e nos tribunais. Em nome da privacidade, se a publicidade do

ato processual resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz poderá determinar, de ofício ou mediante provocação, que o ato se realize a portas fechadas, reduzindo o número de presentes. Em caso de necessidade, as audiências poderão realizar-se na residência do juiz ou em lugar por ele especialmente designado. A respeito, confira-se o art. 792 do Código de Processo Penal

1 “Os atos processuais que incumbem às partes devem ser realizados até o fechamento normal do expediente forense (‘se por petição, no protocolo’, CPC, art. 172, § 3º). O expediente forense é fixado pelas leis que regulam o funcionamento do judiciário ou regimento dos Tribunais. Os atos processuais a que se refere o horário fixado no art. 770 da CLT são aqueles que se realizam fora do edifício-sede do juízo (TST, AI-RO 42.675/92.2, Marcelo Pimentel, Ac. SDC 317/93)” — confira-se Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, em análise ao art. 770.

PRAZOS PROCESSUAIS

1. INTRODUÇÃO

Sob pena de preclusão, os atos processuais serão realizados nos prazos previstos em lei, conforme preceitua o art. 177 do Código de Processo Civil.

Para efeito conceitual, deve-se entender o prazo processual como o período em que o ato processual da parte pode ser validamente praticado. Esse prazo é determinado por dois momentos ou termos. Assim, há o momento ou termo inicial, quando se inicia a faculdade de a parte realizar o ato processual. Esse termo inicial também é conhecido como *dies a quo*. Há, ainda, o momento ou termo final, quando se encerra essa mesma faculdade, denominado *dies ad quem*. Ou seja, em um primeiro instante, emerge a faculdade para a prática do ato, e, findo o prazo para a sua concretização, extingue-se aquela faculdade, realizado ou não o ato.

A maioria dos prazos para a realização de atos processuais vem consignada em lei. Omissa esta sobre o prazo para a prática de certo ato do processo, aquele deve ser indicado, a partir de critérios de razoabilidade para a sua realização, pelo juiz. No entanto, se o juiz não indicar o prazo para a realização do ato, será ele de cinco dias (conforme previsão do art. 185 do CPC).

2. CLASSIFICAÇÃO

Existem diversas classificações para os prazos processuais, dentre as quais destacamos as que se seguem.

2.1. Prazos legais, judiciais e convencionais

Os prazos legais são aqueles que, como o próprio nome indica, vêm estabelecidos em lei. Assim, por exemplo, é legal o prazo para a apresentação de contestação no rito ordinário, que, segundo o art. 297 do Código de Processo Civil, é de quinze dias.

Os prazos judiciais são aqueles que, não indicados em lei, são estabelecidos pelo juiz, segundo critérios de razoabilidade. Dentre estes, destacamos as datas de audiências ou os prazos para o cumprimento de cartas precatórias.

Os prazos convencionais, menos comuns em vista da cogência típica das normas processuais, são aqueles ajustados livremente por acordo das partes do processo. Como exemplo desses prazos pode-se mencionar a disposição do art. 265, II, do Código de Processo Civil, que possibilita a suspensão do processo pelo prazo acordado entre as partes.

2.2. Prazos comuns e prazos particulares

Os prazos comuns são aqueles estabelecidos simultaneamente para as duas partes, correndo a um só tempo para ambas. Assim, no caso de reconhecimento parcial da pretensão, proferida sentença de procedência parcial do pedido, ambas as partes serão vencedoras e perdedoras concomitantemente. O autor vencerá em parte, mas também perderá em parte a causa, o mesmo ocorrendo com o réu. Logo, ambos terão interesse em ingressar com o recurso. Iniciado portanto o prazo para o ingresso com o recurso, este será comum, correndo a um só tempo para ambos os interessados em recorrer.

Os prazos particulares são aqueles abertos no interesse de uma só das partes. Assim, por exemplo, o prazo para contestar é aberto única e exclusivamente em favor do réu. Da mesma forma, presente uma das hipóteses do art. 326 do Código de Processo Civil, o prazo ali consignado é aberto unicamente em prol do autor.

2.3. Prazos dilatatórios e prazos peremptórios

Dilatatórios são os prazos fixados pela lei, mas que admitem a sua ampliação ou redução, quer por decisão judicial, quer por acordo das partes. Esse prazo tem a sua previsão legal no art. 181 do Código de Processo Civil. No caso de mudança do prazo por convenção das partes, há que se observar os seguintes requisitos: a) deve haver o requerimento antes de vencer o prazo

indicado em lei; b) deve existir fundado motivo para a redução ou prorrogação; c) deve haver aprovação do juiz, que, no caso de prorrogação (§ 1º, do art. 181 do CPC), indicará o dia de vencimento do prazo.

Peremptórios são os prazos indicados por lei, que não podem ser modificados pela vontade das partes ou por determinação judicial. Somente nos casos excepcionais de dificuldade de transporte, para comarcas localizadas em local de difícil acesso, ou na ocorrência de calamidade pública, poderá haver modificação do prazo peremptório (art. 182, *caput*, segunda parte, e parágrafo único, do CPC).

Do Código de Processo Civil não se extraem regras específicas para a determinação de quais seriam os prazos dilatórios e os peremptórios; a natureza dos prazos, segundo essa classificação, vem sendo delineada especialmente pela jurisprudência.

2.4. Prazos próprios e prazos impróprios

São próprios os prazos fixados para as partes. Assim, por exemplo, é próprio o prazo para a juntada de contestação ou o prazo para ingresso com recurso.

Impróprios são os prazos concedidos ao juiz e aos demais auxiliares de justiça para a concretização do ato processual. Como exemplo de prazo impróprio teríamos o disposto nos arts. 189 e 190 do Código de Processo Civil. No processo penal, exemplos de prazo impróprio

seriam os previstos nos arts. 799 e 800 do Código.

3. CONTAGEM DOS PRAZOS

Para a contagem dos prazos algumas regras legais devem ser analisadas.

Salvo disposição em contrário, inicia-se a contagem do prazo com a exclusão do seu termo inicial e a inclusão do seu termo final — na forma do art. 184 do Código de Processo Civil.

O termo inicial dos prazos vem insculpido no art. 241 do Código de Processo Civil. No dia seguinte aos atos ali indicados, inicia-se a contagem dos prazos, como determina o art. 184 do mesmo Código. Percebe-se daqueles dispositivos, em síntese, que se tentou determinar o termo inicial do prazo a partir do momento em que viesse aos autos o documento comprobatório da convocação da parte contrária para a sua realização. É óbvio que somente a partir da ciência do ato e da confirmação dessa ciência nos autos do processo é que a parte terá condições de realizá-lo. Frise-se, no entanto, que uma coisa é termo inicial do prazo e outra é início da contagem de prazo. O termo inicial do prazo vem inscrito no art. 241 do Código de Processo Civil; já o início da contagem do prazo é obtido da conjugação desse dispositivo com o disposto no art. 184, *caput* e § 2º, do mesmo Código — como exposto acima, a contagem inicia-se com a exclusão do termo inicial do prazo.

Assim, por exemplo, juntado o mandado de intimação — instrumento que comprova que houve cientificação pela parte de que deverá realizar o ato —, começa-se a contagem no primeiro dia útil imediatamente posterior à juntada (art. 184, *caput* e § 2º, do CPC).

No exemplo anterior, se foi feita a juntada na sexta-feira, o primeiro dia útil após a intimação será a segunda-feira. Se a juntada se processou na quinta-feira, a contagem inicia-se na própria sexta-feira.

Na sua contagem, os prazos não se interrompem nos feriados (art. 178 do CPC) — são contínuos. Assim, se houver feriado no curso do prazo, não coincidindo com o final de sua contagem, será ele considerado normalmente para o seu transcurso. No entanto, se o prazo terminar no feriado — como este não pode ser considerado dia útil —, haverá prorrogação até o primeiro dia útil imediatamente posterior (art. 184, § 1º, do CPC). Por exemplo, se, no meio da contagem do prazo para a contestação, houver o feriado do Dia da Independência, será este considerado normalmente no seu transcorrer; se, no entanto, o prazo de contestação encerrar-se no dia 7 de setembro e este cair, v. g., na segunda-feira, o prazo somente se encerrará no dia 8 de setembro.

Haverá suspensão dos prazos — com reinício de sua contagem — nos casos excepcionais de encerramento das atividades forenses antes do horário normal de funcionamento ou de determinação de

fechamento do fórum (art. 184, § 1º, I e II, do CPC).

Por fim, da contagem do prazo não se exclui o termo final (como ocorre com o termo inicial). Portanto, o último dia do prazo, assinalado na lei ou por determinação judicial, deve ser considerado para efeitos de contagem.

No caso do Estado ou do Ministério Público, em vista do interesse público que cerca as demandas que os envolvem e para evitar que este seja corroído pelas dificuldades administrativas de auto-organização, os prazos para a contestação assinalados em lei devem ser quadruplicados e os prazos legais para recursos devem ser contados em dobro (art. 188 do CPC). Compreenda-se Estado aqui como a União, os Estados, Municípios e Territórios, além do Distrito Federal. Da mesma forma, esses prazos serão extensivos às suas autarquias.

No caso de litisconsórcio com diferentes advogados, os prazos legais de contestação, recursos e todos os outros concedidos para falar nos autos serão contados em dobro (art. 191 do CPC).

Se não existir indicação legal ou determinação judicial, no despacho ou decisão, “será de cinco dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte” (art. 185 do CPC).

No caso de contagem de prazos para efeitos recursais, o seu termo inicial será o da leitura da sentença em audiência, se esta ali for proferida; da intimação das partes, na forma já mencionada para os prazos em geral; ou da publicação do acórdão, no caso

de sentença de instância superior. A respeito, há que se observar as disposições dos arts. 242, 456 e 506, todos do Código de Processo Civil.

Os prazos poderão ser contados em minutos (p. ex.: arts. 454 e 554 do CPC), em horas (p. ex.: art. 190), em dias (p. ex.: arts. 297 e 305) ou em meses (art. 1.165). O art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil considera, inclusive, o prazo de um ano para os efeitos ali previstos.

Não sendo realizado no prazo determinado o ato, ocorrerá a perda da faculdade de sua realização. A esse fenômeno denominamos preclusão temporal, que evita o desenvolvimento infinito e arbitrário do processo. Somente ocorrendo justa causa, demonstrada pela parte e aprovada pelo juiz, não ocorrerá a preclusão, podendo ser reaberto prazo para a realização do ato processual, se for o caso. A respeito, veja-se o art. 183 do Código de Processo Civil.

Quanto ao processo penal, a disciplina de contagem de prazo vem disposta no art. 798 do Código, a seguir transcrito em sua integralidade:

“Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a

prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

a) da intimação;

b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;

c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho”.

Como se percebe, o dispositivo, propositalmente transcrito em sua totalidade, reproduz em grande parte a forma de contagem de prazo do processo civil. A peculiaridade maior fica por conta do § 5º, que discorre sobre os momentos em que os prazos começarão a correr — sendo estes diversos dos elencados no Código de Processo Civil.

Segundo o art. 800, § 2º, do Código de Processo Penal, os prazos para o Ministério Público passam a correr a partir do termo de vista. Ressalve-se, aqui, o prazo para a interposição de recursos, que, inclusive para o Ministério Público, observará o disposto no art. 798, § 5º, do Código de Processo Penal, acima transcrito.

Por fim, há que se atentar para certas peculiaridades da contagem do prazo no processo trabalhista. As disposições a respeito constam dos arts. 774 a 776 da

Consolidação das Leis do Trabalho.

Inicialmente, como a regra, no processo do trabalho, é a notificação pela via postal, o art. 774 da Consolidação estipula como início da contagem do prazo a data em que se notificar pessoalmente a parte ou em que for recebida aquela notificação. Quando se tratar de convocação por edital, a contagem inicia-se da data “em que for publicado o edital no jornal oficial ou no que publicar o expediente da Justiça do Trabalho, ou, ainda, daquela em que for afixado o edital na sede da Junta, Juízo ou Tribunal”. Por outro lado, em caso de notificação pela via postal, se o destinatário não for encontrado ou se recusar a recebê-la, “o Correio ficará obrigado, sob pena de responsabilidade do servidor, a devolvê-la, no prazo de 48 horas, ao Tribunal de origem”¹.

Por outro lado o art. 775 da Consolidação das Leis do Trabalho reedita as normas de contagem de prazo constantes do Código de Processo Civil, já estudadas anteriormente².

Por fim, pelo art. 776, “o vencimento dos prazos será certificado nos processos pelos escrivães ou chefes de secretaria”.

4. PRECLUSÃO

No campo específico dos prazos processuais, entende-se como preclusão a impossibilidade da

realização do ato processual em virtude do decurso do prazo para a sua concretização. No entanto, não existindo apenas a preclusão temporal, a perda de uma faculdade processual, por outra forma amparada pelo ordenamento jurídico, também pode implicar a preclusão³.

Encontrando-se, pois, a idéia de preclusão intimamente ligada com a de ônus processual, deve ser dividida nas seguintes espécies: preclusão temporal, preclusão lógica e preclusão consumativa.

O conceito de preclusão temporal já foi acima analisado, tratando-se da perda da faculdade da realização de determinado ato processual em vista do decurso do prazo legal. Assim, se o réu tem prazo de quinze dias para contestar a ação e não o faz nesse lapso — arcando com as conseqüências processuais —, terá ocorrido a preclusão temporal, não podendo o ato ser acolhido se realizado posteriormente.

Por preclusão lógica entende-se “a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato, ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior. Por exemplo, o réu condenado pela sentença comparece em juízo e paga o valor da condenação. Depois de praticar este ato, estando ainda a fluir o prazo para recurso, volta a cartório para apelar da mesma sentença. A aceitação da sentença, expressa pela conduta da parte comparecer

espontaneamente ao cartório e cumprir a condenação, importa em ter-lhe por preclusa a oportunidade para recurso (art. 503)”⁴. Na hipótese citada pelo ilustre Ovídio Baptista, a aceitação da sentença é incompatível, sob o ponto de vista da lógica, com a interposição do recurso. Assim, ainda que dentro do prazo do recurso — o que inviabiliza a assertiva da ocorrência da preclusão temporal —, ocorreu preclusão lógica.

Por fim, a “preclusão consumativa dá-se quando uma determinada faculdade processual já foi proveitosamente exercida, no momento adequado, tornando-se impossível o exercício posterior da mesma faculdade de que o interessado já se valeu. A parte a quem se confere o direito de apelar da sentença que lhe foi desfavorável, poderá fazê-lo nos quinze (15) dias subseqüentes à intimação (arts. 184, par. 2º e 240 do Código). Se, todavia, ao invés de valer-se de todo o prazo, a parte oferecer o seu recurso, por exemplo, no décimo dia, não lhe será permitido propor uma segunda apelação mais ampla ou diversa da anterior, ainda que dentro do prazo legal”⁵.

Expostas cada uma das espécies de preclusão, deve-se entender que a busca da justiça efetiva faz com que se pense, cada vez mais, no abrandamento do rigor das preclusões. A respeito, confirmam-se as seguintes lições:

“A preclusão, quer se tome este conceito em sua significação temporal, quer em sentido lógico, representa

sempre uma arma que o processo usa em defesa da segurança das relações processuais, em detrimento da justiça material, que é a outra polaridade de tensão a que está submetido o fenômeno jurídico. Não é, portanto, de estranhar que haja sido Chiovenda — o grande mestre do liberalismo burguês do início do século — o precursor e sistematizador do princípio da preclusão em direito processual civil, assim como serão igualmente compreensíveis as tentativas contemporâneas, senão de repúdio, pelo menos de sensível abrandamento das conseqüências de tal princípio, tendo em vista, precisamente, as modernas tendências da filosofia do direito, cuja direção tem-se voltado constantemente para o retorno aos padrões de uma sempre almejada justiça material ao caso concreto”⁶

¹ “Notificação, diz o texto; ou citação ou intimação. Quando a via utilizada é a postal, presume-se que o destinatário a recebeu 48 horas depois de expedida, podendo a parte provar o contrário. Presume-se recebida a notificação, 48 horas depois de sua regular expedição. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constituem ônus de prova do destinatário (TST — Súmula 16) (...) O carimbo apostado no verso do aviso de recebimento

(AR) refere-se à data em que o remetente tomou ciência da notificação, o que afasta a aplicação do En. 16 do TST, já que a presença do recebimento após o transcurso de 48 horas só é possível quando existe nos autos apenas a data de remessa sem constar a data de recebimento no verso do AR (TST, E-RR 61.855/92.0, Cnéa Moreira, Ac. SDI 2.556/95)” — Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998, em análise a esse dispositivo.

2 “Distingue-se início de prazo (o dia em que o interessado toma ciência do ato) de início de contagem (o primeiro dia que é computado para fins de prazo); se a parte foi cientificada no dia 31, o início de prazo é o próprio dia 31, que se exclui; o primeiro dia de contagem é o primeiro do mês seguinte; se o prazo for de oito dias, o último será o dia 8, terminando no último minuto de expediente normal da secretaria. Como se deduz do texto legal, no processo trabalhista os prazos não se contam, como no processo civil, da juntada aos autos das intimações ou mandados, mas do momento em que o interessado tomou ciência; uma exceção deve ser admitida: a da carta precatória, a fim de que as dificuldades de acesso e distância sejam creditadas à parte. Prazos no CPC (art. 177 e segs.). Ano civil é o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte; mês é o período contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte (L. 810/49)” (Carrion, *Comentários*, cit., comentário ao art. 775).

3 “O conceito de ônus processual é de importância capital para os sistemas processuais de tipo liberal, sujeitos ao princípio dispositivo. Na medida em que a realização da

ordem jurídica estatal, nos casos em que haja conflito entre as pessoas que se digam titulares de alguma pretensão e os respectivos obrigados, é deixada à livre iniciativa do próprio interessado, segundo o princípio da demanda (arts. 2º e 128 do Código), fica subentendido que ao juiz e nem a ninguém é dado reparar quaisquer lesões a direitos individuais — mesmo que o juiz tenha ensejo de constatá-las no processo — se o interessado não requer expressamente um provimento judicial específico capaz de restaurar-lhe o direito lesado.

Este tipo de comportamento processual que a lei reserva às partes, onera-as com o que se denomina ônus processual, que não se confunde com o conceito de obrigação em geral. A distinção entre estas duas categorias, como ensina Carnelutti (*Teoria geral do direito*, tradução de 1942, par. 92), faz-se com relativa facilidade considerando-se a natureza das conseqüências impostas por lei para o caso de violação dos preceitos que imponham, respectivamente, um ônus ou uma obrigação. O interessado, a quem incumbia algum ônus e que deixa de cumpri-lo, sofrerá, em razão disso, uma certa perda ou ver-se-á privado de alguma vantagem, mas não terá, em nenhum caso, praticado ato ilícito. O ônus não é uma obrigação e sim uma faculdade que o interessado tem no cumprimento de algum encargo processual, cuja realização lhe trará vantagem. No cumprimento da obrigação, as vantagens que daí decorram não serão obtidas pelo obrigado e sim pelo titular do direito em favor do qual a obrigação foi cumprida. O ônus é uma faculdade que o interessado tem de realizar o ato, ou cumprir encargo em seu próprio benefício (Carnelutti, *Sistema di diritto processuale*

civile, I, n. 21).

A preclusão temporal é uma categoria própria do direito processual estritamente ligada ao conceito de ônus processual” (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996, v. 1, p. 172).

4 Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 1, p. 173.

5 Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 1, p. 173.

6 Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 1, p. 174.

INTERCÂMBIO PROCESSUAL

1. INTRODUÇÃO

Em vista da necessidade do atendimento do pleno contraditório no processo, abre-se ensejo à comunicação, às partes envolvidas na controvérsia, dos atos processuais.

Além disso, o intercâmbio serve a outro princípio básico do direito processual, já visto, que se consiste no princípio da publicidade.

Assim, para que o processo seja público e para que se consiga a plena efetivação do contraditório, é indispensável que haja a comunicação dos despachos e decisões judiciais.

A comunicação dos atos processuais, que estabelece verdadeiro intercâmbio, dá-se por meio da citação, intimações e expedição de cartas, de diversas ordens, quando for o caso.

Passemos, então, a estudar cada um desses instrumentos de intercâmbio processual.

2. CITAÇÃO

2.1. Introdução

A citação é o ato pelo qual se convoca o réu para que, em juízo, apresente a sua defesa.

Entendemos que, com a citação, estabelece-se o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual, que, como já verificado anteriormente, é de natureza triangular (o que indica a indispensabilidade da convocação da outra parte).

No entanto, somente a citação válida é suficiente para a completude dessa relação jurídica. Como se verá mais adiante, para que o ato citatório seja válido, é indispensável a observância de certas formalidades, indicadas na própria legislação processual.

É claro que se a parte, conhecedora ainda que informalmente da existência da lide, comparece no processo espontaneamente, independente da citação válida, apresentando a sua defesa, não há como decretar a nulidade do processo. Contudo, se a parte comparece apenas para argüir a nulidade em vista da citação irregularmente realizada, esta deve ser decretada, e considerando-se que o réu foi citado a partir da data em que ele ou o seu advogado tenha sido intimado da decisão que reconheceu a nulidade argüida (art. 214, § 2º, do CPC).

Se a nulidade de citação é argüida em segunda instância, sendo acolhida, haverá nulidade de todos os atos processuais a partir desta, com a remessa dos autos à primeira instância, onde será realizada nova citação, observadas agora as regras legais.

A regra é a da citação feita pessoalmente — aqui na pessoa do réu ou de procurador legalmente constituído. No caso do incapaz, esta deve-se dar na pessoa do representante legal. A respeito, confira-se o disposto no art. 215, *caput*, do Código de Processo Civil. Permite-se excepcionalmente a citação, no caso de réu ausente, para as pessoas indicadas nos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo. No caso de réu portador de algum tipo de demência ou com algum tipo de impossibilidade de receber a intimação, não será feita a citação, devendo o oficial de justiça certificar o fato. Reconhecida pelo juiz a impossibilidade de recebimento da citação, este indicará curador, restrito à causa, que receberá a citação (art. 218 do CPC).

A citação deverá ser feita no lugar onde se encontre o réu, sendo realizada geralmente na sua residência, podendo, no entanto, ser feita no local de trabalho ou outros (a respeito veja-se o art. 216, *caput*, do CPC). No caso específico de militar na ativa, caso não conhecida a sua residência ou não encontrado, a citação poderá ser realizada na unidade onde estiver servindo.

O art. 217 do Código de Processo Civil, por sua vez, prevê casos de impedimentos momentâneos para a realização da citação. Ultrapassada a situação ali prevista, poder-se-á fazer normalmente a citação. Assim, não será possível, por exemplo, a citação a quem estiver assistindo a ato de culto religioso ou aos noivos nos três primeiros dias de bodas. É claro que, no caso de

indispensabilidade da citação imediata, a fim de evitar perecimento de direitos, esses impedimentos deixam de existir, podendo ocorrer o imediato ato citatório.

2.2. Modos de realizar a citação

O art. 221 do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que a citação poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria (a Lei n. 11.419/2006 acrescentou o inciso IV ao art. 221).

Analisemos cada uma das situações legais.

A citação por oficial de justiça se faz mediante a entrega da contrafé (cópia do mandado, acompanhada de uma segunda via da petição inicial). A entrega é feita pelo auxiliar da justiça conhecido como oficial de justiça — figura já analisada anteriormente.

Cumprida a diligência, com a entrega da contrafé ao réu, o oficial de justiça certifica o cumprimento da diligência nos autos, com devolução do mandado, que deve ser juntado aos autos. Nesse sentido, veja-se o art. 143, I e II, do Código de Processo Civil. Aliás, a certidão antes mencionada é parte integrante do ato citatório, sendo que qualquer defeito nela acarretará a anulação da citação.

No art. 225 do Código de Processo Civil encontramos todos os elementos que, indispensavelmente, devem constar do mandado

citatório. Já o art. 226 discorre sobre o procedimento a ser adotado pelo oficial de justiça no ato de cumprimento do mandado.

O oficial de justiça atua nos limites territoriais da comarca em que se encontra lotado. Somente no caso excepcional do art. 230 do Código de Processo Civil, isto é, de comarcas contíguas, situadas na mesma região metropolitana, em vista da facilidade de comunicação entre ambas, o oficial poderá realizar a diligência citatória independentemente de não estar lotado na comarca que a abrange.

Modalidade de citação realizada ainda por oficial de justiça, mas que guarda certa peculiaridade, é a citação com hora certa. Enquanto a citação pessoal é real, ocorrendo de fato, esta segunda modalidade de citação, realizada ainda por oficial de justiça, é ficta ou presumida. Assim, na realidade, na citação com hora certa, quando o oficial procura e não encontra o réu por três vezes, suspeitando que este se oculta, deve marcar, independentemente de despacho judicial, hora certa, desta intimando pessoa da família ou vizinho. No dia imediato e na hora designada, o oficial voltará para realizar a citação. Encontrando o réu, a citação se fará na pessoa deste; não o encontrando, dará o réu por citado, entregando cópia da contrafé a pessoa da família ou a vizinho, declarando-lhe o nome. Não se realiza, pois, a citação diretamente na pessoa do réu, mas de forma meramente presumida, passando a correr normalmente o

prazo para a apresentação da defesa. Não basta que não encontre o réu no local indicado no mandado; o oficial deverá partir de elementos persuasivos no sentido de que este tenta ocultar-se. Caso contrário, deverá dar o réu por não citado, certificando, quando da entrega do mandado, o fato nos autos. A procura deverá ser realizada na residência ou no domicílio, não bastando que seja feita no local de trabalho, por exemplo. Por outro lado, as três vezes em que o oficial procura o réu podem-se dar no mesmo dia ou em dias diferentes. A respeito da citação com hora certa leia-se o art. 227 do Código de Processo Civil. Recebido o mandado, o escrivão deve juntá-lo aos autos, expedindo telegrama ou carta para o réu, dando conta da realização da citação. Na forma do art. 229 do Código de Processo Civil essa comunicação é obrigatória.

Feita a análise da citação por oficial de justiça, nas suas formas possíveis — pessoalmente e com hora certa —, passemos a discorrer sobre a citação feita pelo correio. Não se trata ela de ato citatório ficto, mas real.

Com a redação dada ao art. 222 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.710, de setembro de 1993, pode-se afirmar que essa modalidade de citação passou a ser admitida de forma mais genérica, especialmente nas lides envolvendo disputas entre agentes de direito privado. Assim, passou a ser admissível a citação feita mediante a remessa da contrafé pela via postal para as mais diversas situações, excetuadas as hipóteses das

alíneas do próprio art. 222. No entanto, colhe frisar que o autor pode requerer outra forma de citação; somente quando não o fizer é que a citação será pelo correio. Tendo em vista que a citação por oficial de justiça oferece bastante segurança quanto à certeza da integridade legal do ato citatório, não raro o autor prefere essa modalidade. A forma como se processa a citação pelo correio vem descrita no art. 223 do Código de Processo Civil. Aqui, frise-se que mesmo a citação pelo correio, como exige este último dispositivo, deve ser pessoal — não bastando, portanto, a assinatura do aviso de recebimento por terceiro¹. O prazo para a contestação começa a fluir observado o art. 241, I, do Código de Processo Civil, isto é, da juntada aos autos do aviso de recebimento.

Por fim, passemos a analisar a citação por edital. Essa modalidade de citação se dá de forma ficta ou presumida. Somente se dará a citação por edital: a) quando o réu for incerto ou desconhecido. Assim, por exemplo, em caso de ação proposta contra eventual herdeiro, mas não se tendo condições de saber com exatidão quem teria sucedido o *de cujus*; b) quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra o réu. A ignorância diz respeito à ausência de conhecimento quanto ao paradeiro do réu. A incerteza trata de dúvidas fundadas quanto ao lugar em que exatamente se encontra o réu, e a inacessibilidade pode ser decorrente de impossibilidade física (impossibilidade

de acesso ao lugar em que o réu se encontra) ou jurídica (como no caso de país que não aceita dar cumprimento a rogatória enviada por outro); c) nos demais casos admitidos por lei, como, v. g., nas ações de demarcação (art. 953 do CPC) ou de usucapião (art. 942).

A citação por edital é excepcional e deve vir fundamentada de forma inexorável em uma das hipóteses antes mencionadas. Os requisitos da citação por edital encontram-se expressos no art. 232 do Código de Processo Civil. Não tendo havido real motivo para a sua concretização, sendo, por exemplo, que, diversamente do alegado e fundamentado, o réu não se encontrava em local incerto, haverá nulidade da citação, com base no art. 247 do mesmo Código. Aliás, se o autor agiu de má-fé, alegando quaisquer das hipóteses legais e obtendo indevidamente a citação por edital, deverá ocorrer a imposição da multa indicada no art. 233 do Código.

2.3. Efeitos da citação válida

A citação, realizada de forma válida, isto é, em consonância com todos os preceitos legais pertinentes, produz diversos efeitos. Estes se encontram elencados no art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil.

O primeiro desses efeitos é a prevenção. Assim, para o caso de juízos com jurisdição em áreas territoriais diversas, aquele que primeiro citou validamente será competente para o julgamento de ações conexas ou

continentes. A prevenção entre juízos situados na mesma área de atuação jurisdicional se dá, como já visto, pelo primeiro despacho (art. 106 do CPC).

O segundo efeito da citação válida é que, realizada esta, qualquer outra ação idêntica proposta, posteriormente, deverá ser extinta sem o julgamento em virtude da ocorrência da litispendência (art. 267, V, do CPC).

A citação válida também tem como efeito o fato de fazer litigiosa a coisa.

Outrossim, a citação feita de forma regular constitui o devedor em mora. Isso se dá, inclusive, quando ordenada por juiz incompetente.

Da mesma forma, ainda que juiz incompetente ordene a citação, esta interrompe a prescrição.

2.4. Da citação no processo penal

Na forma do art. 351 do Código de Processo Penal, a citação será feita por mandado. No caso de réu residente fora do território sujeito à jurisdição do juiz competente, a citação será feita ainda por mandado, mas por meio do envio de carta precatória (art. 353 do CPP, figura que será estudada logo a seguir em tópico próprio).

Do mesmo modo que no processo civil, o comparecimento espontâneo do réu supre eventual irregularidade na citação feita.

No processo penal inexistente, no entanto, a citação

pela via postal.

A citação do militar não necessita do requisito da pessoalidade, já que basta a requisição deste ao chefe de serviço, na forma do art. 358 do Código de Processo Penal. O mesmo, no entanto, não se diga da citação do funcionário público, que, na forma do art. 359 do mesmo Código, deve ser feita com cumprimento de dupla exigência: a convocação pessoal e a requisição ao chefe de serviço.

Por outro lado, na forma do art. 360, “se o réu estiver preso, será pessoalmente citado”.

No processo penal, existe também a citação por edital, cujas regras encontram-se nos arts. 364 e 365 do Código de Processo Penal (este último com alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008).

Há que destacar também a citação com hora certa, como se depreende do seguinte dispositivo:

“Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil. (*“Caput” do artigo com redação dada pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008.*)

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo”. (*Parágrafo único acrescido pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008.*)

O art. 368 do Código de Processo Penal cuida da citação por rogatória para réu residente fora do Brasil (as rogatórias serão analisadas mais adiante).

Já o art. 367 do mesmo diploma processual indica que o não-comparecimento aos atos processuais, sem motivo justo, implicará a revelia do denunciado.

Na hipótese de existência de motivação, justificada e comprovada, se for o caso, não ocorrerá a decretação da revelia.

3. INTIMAÇÃO

Da simples leitura do art. 234 do Código de Processo Civil se percebe que a “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

No direito do trabalho, especialmente, utiliza-se sobremaneira a expressão “notificação”, que em nada difere de “intimação”.

As intimações são efetuadas independentemente da vontade das partes, realizando-se de ofício. Podem ser feitas diretamente pelo escrivão, por ato do oficial de justiça ou mediante publicação na imprensa. Podem-se realizar, ainda, em audiência, com dispensa de posterior comunicação às partes — como no caso de sentenças publicadas em audiência (art. 242, § 1º, do CPC). Também podem efetuar-se com hora certa, na forma já explanada para as citações, bem como por edital, nas mesmas

hipóteses legais explicitadas anteriormente. Assim, utiliza-se, para estas últimas hipóteses, da analogia ao descrito nos arts. 227, 229 e 232, todos do Código de Processo Civil.

No caso de intimação feita ao Ministério Público, deve-se realizar pessoalmente.

A regra, em princípio, seria a publicação pela imprensa. No entanto, nas hipóteses do art. 237 do Código de Processo Civil, pode haver outros tipos de intimação dos atos processuais.

Nas intimações por ato do oficial de justiça, este deve fazer a certidão na forma do art. 239 do Código de Processo; somente feita esta o ato poderá ser considerado validamente realizado.

No processo penal, a regra será a intimação do ato por meio da imprensa oficial. Inexistindo esta, será feita pessoalmente pelo escrivão ou por outro meio idôneo. No caso do Ministério Público, a intimação dos atos será pessoal. No mais, as intimações seguirão as regras das citações. A respeito confira-se o disposto nos arts. 370 a 372 do Código de Processo Penal. A única peculiaridade é a intimação da sentença, que segue regras próprias, como se depreende do disposto nos arts. 390 a 392 do mesmo Código.

4. DAS CARTAS

Outra forma de realizar o intercâmbio processual é

por utilização, nas situações indicadas em lei, das cartas, a saber: carta precatória, carta de ordem e carta rogatória.

Para analisarmos essas diversas modalidades de cartas, devemos ter em mente a idéia, já exposta anteriormente, de que há limites territoriais na competência do juízo. Ou seja, este atua segundo as limitações espaciais de certa circunscrição territorial. No entanto, os atos processuais, muitas vezes, para a sua adequada realização, extrapolam esses limites territoriais. Ora, não se pode deixar, por exemplo, de penhorar determinado imóvel somente porque ele se situa em local diverso daquele em que a execução vem normalmente transcorrendo. Assim, a utilização especialmente das cartas precatória e rogatória tem essa conotação, ou seja, possibilita a realização de atos judiciais fora dos limites de atuação jurisdicional do juízo perante o qual a causa vem tendo curso legal. No caso das cartas de ordem, o pressuposto é um pouco diverso, na medida em que se parte da idéia de que os órgãos jurisdicionais de instâncias superiores, não tendo condições de realizar certos atos, determinam a sua concretização pela atuação dos juízos de primeiro grau.

De acordo com a divisão já mencionada, carta precatória é aquela em que determinado juízo, em virtude da limitação de sua atuação jurisdicional, sob o prisma espacial, solicita a outro juízo o cumprimento de diligência indispensável ao andamento do processo. Assim, por exemplo, residindo testemunha fora dos

limites territoriais do juízo em que deve ser ouvida, expede-se precatória, solicitando-se a oitiva pelo juízo deprecado. Aqui, deve-se ter em mente que deprecante é o juízo que solicita o cumprimento da diligência, e deprecado aquele do qual se pretende o cumprimento dessa diligência. A solicitação, desde que obedecidas as exigências legais para a expedição de cartas precatórias, deve ser atendida, não se tratando de mera faculdade o seu cumprimento. No entanto, encontrando-se, nas precatórias, os juízes no mesmo grau de jurisdição, não se pode falar na existência de uma ordem de cumprimento, como no caso das cartas de ordem. Nas hipóteses do art. 209 do Código de Processo Civil, o deprecado poderá deixar de dar cumprimento à carta precatória, fundamentando a sua decisão. O intercâmbio estabelecido no caso das precatórias parte da idéia da necessidade de colaboração entre os diversos juízos, para fins de aperfeiçoamento do intercâmbio dos atos processuais. Os requisitos das precatórias, bem como das demais cartas, abaixo analisadas, estão inscritos no art. 202 do Código de Processo Civil.

A carta de ordem, por sua vez, é expedida por juízo de instância superior a juízo de instância inferior ao qual este segundo está vinculado, a fim de que seja cumprida determinada diligência.

A carta rogatória é aquela dirigida a autoridade estrangeira, solicitando-se o cumprimento de diligência no seu território.

Na forma do art. 203 do Código de Processo Civil, o juízo de que emanar a carta deve indicar o prazo para o seu cumprimento — o que nem sempre se dá na prática —, observada a natureza do ato e a facilidade de comunicação entre os juízos. No entanto, nada obsta que, dados motivos relevantes, como por exemplo embaraços com a realização da diligência, o que cria a necessidade de maior lapso para o seu cumprimento, o juízo para quem foi expedida a carta ultrapasse o prazo fixado inicialmente.

As cartas, em geral, possuem caráter itinerante, com o que, verificado pelo juízo deprecado que a diligência deve ser realizada por juízo com competência territorial diversa, deve ser remetida a este segundo. No entanto, o juízo deprecado deve officiar o deprecante informando o novo destino da carta.

Em caso de urgência, as cartas podem ser transmitidas por telegrama, radiograma ou telefone (art. 205 do CPC).

No caso de cartas emitidas por telegrama ou radiograma observar-se-á o disposto no art. 206 do Código de Processo Civil. No caso de carta por telefone, o disposto no art. 207.

1 “É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que, na citação pelo correio, com aviso de recepção, exige-se seja a entrega feita, contra recibo, pessoalmente ao citando ou a quem tenha poderes para receber a citação em seu nome” (STJ-1ª Turma, REsp 57.370-0-RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 26.4.95, v. u., DJU, 22.5.95, p. 14369, julgado extraído de Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A democratização da justiça. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, v. 1, n. 3, p. 70-5, set./dez. 1997.

BAPTISTA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996. v. 1.

BASTOS, Celso; Gandra Martins, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, 156/48-66, out./dez. 1991.

BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). *Processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

BIDART, Adolfo Gelsi. El concepto de estructura y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 20/154-78, out./dez. 1980.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

———. *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA, 1986. v. 1.

———. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA, 1986. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Bogotá: Ed. Temis, 1989.

———. *Derecho procesal civil e penal*. Buenos Aires: EJEA, 1971. v. 1.

———. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA. v. 1.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998.

———. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1998.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Nuevos estudios de derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO,

Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COSTA, José de Ribamar da. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

COSTA, José Rubens. *Manual de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978. t. 1.

DE ANGELIS, Barrios. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 117/89-114, jan./mar. 1993.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel; la théorie générale de l'État*. Paris: Bocard Ed., 1928. v. 2.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.

———. Os conflitos trabalhistas, a arbitragem e a justiça do trabalho. *LTr*, São Paulo, 47/271-80, mar. 1983.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

———. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988. v. 3.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. t. 4.

NALINI, José Renato. Processo e procedimento — distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *RT*, ano 85, 730/687-8, ago. 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A negociação coletiva no contexto democrático: sistema brasileiro e avaliação de experiências pós-corporativas estrangeiras. *LTr*, São Paulo, out. 1985, v. 49, n. 10, p. 1169-86.

———. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1990.

———. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva (Direito Informatizado), 1997.

NETO, Pedro Vidal. *Natureza jurídica da seguridade social*. Tese de concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1993.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIVAS, Adolfo Armando. Ideas para una teoría general del proceso. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 51/89-97, jul./set. 1988.

ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá — Buenos Aires: Temis/Depalma, 1983. v. 1.

SCHAWB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3/55-61, jul./set. 1976.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho*; efetividade, acesso à justiça, procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.