

A vitaliciedade não impede que o juiz seja aposentado compulsoriamente (a) por interesse público, ou (b) aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ou (c) por invalidez permanente, também com os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (art. 93, inc. VI, c/c art. 40, incs. I e II), ou (d) ainda colocado em disponibilidade pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (art. 93, inc. VIII).

A colocação do juiz em disponibilidade bem como sua aposentação pelo procedimento do art. 93, inc. VIII, da Constituição, que se resolvem em processos administrativos conduzidos pelo Poder Judiciário, são passíveis de revisão jurisdicional por sentença judiciária. Assim também ocorre com a perda do cargo pelo juiz durante o estágio probatório (art. 95, inc. I).

A *inamovibilidade* consiste em não se permitir, sem seu consentimento, a remoção de um juiz de um lugar para outro (art. 95, inc. II). Abrangem-se na inamovibilidade o grau, a sede, a comarca ou a seção judiciária, o cargo, o tribunal e a câmara. A inamovibilidade não pode sofrer exceção, sequer em caso de promoção, sem consentimento do magistrado. Em caso de interesse público porém o ato de remoção compulsória do magistrado fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (art. 93, inc. VIII). Também a disponibilização do juiz, sendo uma decisão administrativa do tribunal, está sujeita ao controle jurisdicional.

A *irredutibilidade de vencimentos*, assegurada pelo art. 95, inc. III, não impede a incidência de tributos sobre os vencimentos dos juízes, nos termos do próprio dispositivo (c/c arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, inc. II, 153, inc. III, e 153, § 2º, I).

97. *impedimentos como garantia de imparcialidade*

Os impedimentos constitucionais dos juízes consistem em vedações destinadas a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes.

O art. 95, par., impede o juiz de exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (inc. I); receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo (inc. II); dedicar-se a atividade político-partidária (inc. III); “receber, a qualquer

título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei” (inc. IV); “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (inc. V – essa é a regra da chamada *quarentena*).

Para a efetividade da observância dos impedimentos e cumprimento dos deveres pelos magistrados, oficiará o Conselho Nacional de Justiça, dotado de severo poder censório e disciplinar sobre eles (Const., art. 92, inc. I-A). O Conselho poderá ser provocado por qualquer interessado ou pelas Ouvidorias de Justiça, às quais tocará esse relevante papel de captação e encaminhamento de reclamações contra condutas irregulares (art. 103-B, § 4º, incs. II e III; § 5º, inc. I; § 7º – *supra*, n. 92).

bibliografia

- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 155 e 171-190.
Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, pp. 221 ss.
Guimarães, *O juiz e a função jurisdicional*, caps. III e X.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, §§ 15 e 18.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 14, b.
Moura Bittencourt, *O juiz*.

CAPÍTULO 18

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: CONCEITO, CONTEÚDO, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

98. conceito

Enquanto as leis processuais disciplinam o exercício da jurisdição, da ação e da exceção pelos sujeitos do processo, ditando as formas do procedimento e estatuindo sobre o relacionamento entre esses sujeitos, cabe às de organização judiciária estabelecer normas sobre a constituição dos órgãos encarregados do exercício da jurisdição. Aquelas são normas sobre a *atuação da justiça*, e estas sobre a *administração da justiça*. Cuidam estas de tudo que se refira aos aspectos orgânicos da Justiça, indicando quais e quantos são os órgãos jurisdicionais, dispondo sobre a superposição de uns a outros e sobre a estrutura de cada um, fixando requisitos para a investidura e dizendo sobre a carreira judiciária, determinando épocas para o trabalho forense, dividindo o território nacional em circunscrições para o efeito de exercício da função jurisdicional. Poder-se-á dizer então, utilizando palavras de um antigo processualista brasileiro, que organização judiciária é o *regime legal da constituição orgânica do Poder Judiciário*.

Se a organização judiciária é setor do próprio direito processual ou ramo autônomo da ciência do direito, isso tem sido objeto de divergências. Contudo, não resta dúvida de que através das leis de organização judiciária fixam-se normas que, ao menos por reflexo, projetam relevantes reflexos na *atuação da justiça*; é o que se dá, p. ex., com as leis que criam varas especializadas, tendo cada uma delas competência diferente das demais. A Constituição considera diferentemente: a) a disciplina do direito processual, b) a do procedimento e c) a organização judiciária – dando à União o monopólio da competência legislativa para o primeiro (art. 22, inc. I), competência concorrente dos Estados e União para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI)

e dispondo que “os Estados organizarão a sua Justiça” (art. 125 – *supra*, n. 19).

Mas as modernas colocações dos processualistas ligados à ideologia do pleno acesso à justiça apresentam a tendência de minimizar a distinção entre direito processual e organização judiciária, diante do fato de que o bom processo depende sempre de bons operadores e pouco valem normas processuais bem compostas e bem estruturadas sem o suporte de bons juízes e de uma justiça bem aparelhada.

99. competência legislativa

É na Constituição Federal que se encontram as regras básicas sobre a organização judiciária. No cap. III do seu Tít. IV (arts. 92 ss.) estabelece normas referentes ao Supremo Tribunal Federal e a todos os demais órgãos e organismos judiciários nacionais.

Nesse quadro, cada Estado tem competência para legislar sobre sua própria organização judiciária, mas ao fazê-lo deverá observar as diretrizes estabelecidas nos arts. 93 a 97 da Constituição bem como no Estatuto da Magistratura, previsto constitucionalmente (Const., art. 93).

Ainda está parcialmente em vigor a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (lei compl. n. 35, de 14.3.1979, alterada pela lei compl. n. 37, de 13.11.1979), prevista pelo art. 112, par., da Constituição de 1967 e que estabelece “normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes”. Suas normas não colidentes com a vigente ordem constitucional foram recebidas por esta, e enquanto não sobrevier o Estatuto da Magistratura ou alguma outra lei complementar que os revogue tais dispositivos continuam vigentes. Pelo disposto no art. 5º, § 2º, da emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, “até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor”.

O Estatuto da Magistratura trará as regras estruturais da organização judiciária nacional. O art. 93 do texto constitucional dita os pontos a serem disciplinados e as linhas a serem seguidas, destacando-se a carreira da Magistratura, acesso aos tribunais, cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento, vencimentos, disciplina judiciária, indispensável fundamentação dos julgados e das decisões administrativas dos tribunais e instituição do Órgão Especial referido logo acima.

Aquela mesma emenda constitucional n. 7 derrogara o antigo § 5º do art. 144 da Constituição de 1967, que dava aos Tribunais de Justiça competência legislativa para dispor, em resolução, sobre a organização e a divisão judiciárias. Existem resoluções ainda em vigor (como, em São Paulo, a res. n. 1, de 1971; e a res. n. 2, de 1976), mas agora a competência é do Legislativo estadual, cabendo privativamente ao Tribunal de Justiça (ou ao Órgão Especial exigido pelo art. 93, inc. XI, da Const.-1988) a proposta de leis estaduais de organização judiciária (Const.-1988, art. 125, § 1º).

Eventuais conflitos entre leis federais e estaduais em matéria de organização judiciária são resolvidos não com atenção à hierarquia das leis, mas com base na discriminação de competência legislativa, fixada na Constituição. Quando se trata de organização da Justiça local é só o Estado quem legisla, e qualquer norma federal que invada essa competência será violadora do art. 125 da Constituição.

Apesar da clareza dessa regra, contudo, às vezes é difícil solucionar casos concretos de conflito de leis, porque não são nítidos os limites entre a organização judiciária e o direito processual propriamente dito. Problemas sobre a competência, sobretudo, são os que mais dificuldades apresentam; mas há outros, também relevantes, que requerem sempre muita atenção para serem devidamente compreendidos e solucionados, como o do processo nos tribunais e o da participação dos órgãos auxiliares no processo. A propósito, preocupou-se sobremodo o Código de Processo Civil em não invadir a área reservada às leis de organização judiciária, fazendo frequentes remissões a estas (arts. 91, 93, 140 e 493, inc. II). Nos casos de competência legislativa concorrente os Estados a exercerão com plenitude em caso de inexistência de normas federais a respeito (“procedimentos em matéria processual”), sendo que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário” (art. 24, § 4º).

100. conteúdo da organização judiciária

Os problemas referentes à administração da justiça podem ser distribuídos sistematicamente em alguns grupos fundamentais, que são os seguintes: a) Magistratura; b) duplo grau de jurisdição; c) composição dos juízos (inclusive tribunais); d) divisão judiciária; e) épocas para o trabalho forense.

101. *Magistratura*

Magistratura é o conjunto dos juízes que integram o Poder Judiciário. Fala-se, assim, em Magistratura estadual ou federal, em Magistratura trabalhista *etc.*; fala-se também em Magistratura vitalícia e em Magistratura temporária ou honorária (Const., art. 98, inc. II).

São *magistrados* apenas os juízes togados, isto é, os juízes de direito. Excluem-se os juízes de fato (jurados), os juízes de paz, os árbitros, os conciliadores e os juízes leigos. Também os membros do Ministério Público não fazem parte da Magistratura nem do Poder Judiciário – ao contrário do que sucede em outros países, como na Itália, onde tanto os *procuratori* como os juízes integram a categoria dos *magistrati*.

A Magistratura é, por dispositivo constitucional, *organizada em carreira* (Const., art. 93, incs. I-III). Isso significa que os juízes se iniciam nos cargos inferiores, com possibilidade de acesso a cargos mais elevados, e assim sucessivamente, segundo determinados critérios de promoção.

O primeiro tema a tratar quanto à carreira da Magistratura é o do *recrutamento de juízes*. Em direito comparado conhecem-se quatro critérios fundamentais: a) cooptação, que é o sistema de escolha de novos magistrados pelos próprios membros do Poder Judiciário; b) escolha pelo Executivo, com ou sem interferência de outros Poderes; c) eleição (alguns Estados americanos); d) concurso.

No Brasil prevalece o *concurso* para a Justiça dos Estados, para a Federal comum e para a do Trabalho (Const., art. 93, inc. I). A nomeação para o Supremo Tribunal Federal faz-se mediante livre escolha do Presidente da República, com a aprovação do Senado (Const., arts. 101, *caput* e par.). Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e os do Tribunal Superior do Trabalho também por escolha do Presidente da República, mas a partir de uma lista tríplice formulada pelo próprio Tribunal (art. 104, par., e art. 111-A, c/c art. 94). Os do Superior Tribunal Militar, pelos critérios heterogêneos estabelecidos no art. 123, *caput* e par., da Constituição Federal.

Os advogados e membros do Ministério Público que passam a integrar os tribunais estaduais (Const., art. 94 – o *quinto constitucional*) são escolhidos pelo Governador do Estado de uma lista tríplice oferecida pelo próprio tribunal. Para o ingresso ao Tribunal Superior do Trabalho (Const., art. 111, § 1º) e ao Tribunal Superior Eleitoral (art. 119) utilizam-se critérios heterogêneos.

Sendo a Magistratura organizada em carreira, há também o problema do *acesso* aos cargos superiores.

A Constituição estabelece que as promoções se farão alternadamente (inclusive para os tribunais), pelos critérios da *antiguidade* na entrância imediatamente inferior e do *merecimento*; quando se trata de vaga a ser preenchida pelo segundo desses critérios o tribunal elabora uma lista tríplice, da qual é extraído um nome para o preenchimento do cargo (pelo Presidente da República na órbita federal, e pelo Presidente do Tribunal nas Justiças dos Estados – Const., art. 93, inc. II).

102. duplo grau de jurisdição

A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso possa ser feito é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.

Fala-se então, na terminologia brasileira, em *juízos* (órgãos de primeiro grau) e *tribunais* (órgãos de segundo grau). Quer a Justiça dos Estados, quer as organizadas e mantidas pela União, todas elas têm órgãos superiores e órgãos inferiores. Acima de todos eles e sobrepondo a todas as Justiças comuns está o Superior Tribunal de Justiça; e acima do próprio Superior Tribunal de Justiça e de todas as Justiças do país situa-se o Supremo Tribunal Federal, que representa a cúpula do Poder Judiciário. A função de ambos é, entre outras, a de julgar recursos provenientes das diversas Justiças, segundo as competências estabelecidas na Constituição Federal.

Mas entre juízos e tribunais não há qualquer hierarquia, no sentido de estes exercerem uma suposta competência de mando sobre aqueles, ditando normas para os julgamentos a serem feitos. O que ocorre é que as decisões dos órgãos inferiores podem ser revistas pelos órgãos superiores, mas cada juiz é livre ao proferir a sua sentença ainda quando, ao fazê-lo, contrarie a jurisprudência dos tribunais. Sobre súmulas vinculantes e súmulas impeditivas de recursos (*infra*, n. 108).

Há também uma hierarquia no plano administrativo: os Tribunais de Justiça, especialmente através do Conselho Superior da Magistratura, administram a Justiça dos Estados, provendo cargos, realizando concursos, aplicando penalidades. O Supremo Tribunal Federal, que não

pertence a qualquer das Justiças e paira acima de todas, não tem poder hierárquico (em termos administrativos) sobre juízo algum. Mas o Conselho Nacional de Justiça terá poder de controle administrativo, censório e disciplinar, em todo o território nacional, sobre todas as Justiças e sobre os magistrados de todas elas (*supra*, n. 92).

103. composição dos juízos

No Brasil os juízos de primeiro grau da Justiça comum são *monocráticos* – isto é, o julgamento é feito por um só juiz, a não ser no tribunal do júri, que atua em colégio. E *colegiados* são os órgãos superiores, ou tribunais. Existem órgãos colegiados de jurisdição inferior nas juntas eleitorais, nos conselhos de Justiça Militar e no tribunal do júri. Por outro lado, em casos raros o julgamento em grau de recurso é feito por um juiz só: *v.g.*, embargos infringentes em execuções fiscais de pequeno valor (LEF, art. 34).

Na tradição europeia já em primeiro grau o julgamento é feito ordinariamente por um órgão colegiado, sendo que apenas a instrução (colheita de provas e de todo o material de convicção) faz-se por um juiz só: é o que se dá na Alemanha, Áustria e França. A Itália, que também decidia colegialmente em primeira instância, no ano de 1998 passou para o sistema do *giudice unico* (c.p.c., art. 50-bis, red. dec. legislat. n. 51, de 19.2.1998).

104. divisão judiciária

Dada a circunstância de que conflitos interindividuais surgem em todo o território nacional e considerando que seria sumamente embarracosa para as partes a existência de juízos e tribunais em um só ponto do país, surge a necessidade de dividi-lo da melhor forma possível para que as causas sejam conhecidas e solucionadas pelo Poder Judiciário em local próximo à sua própria sede. Assim é, p. ex., que para efeitos da Justiça Federal o país está dividido em cinco regiões, cada uma delas composta de tantas *seções judiciárias* quantos são os Estados e havendo também uma seção que corresponde ao Distrito Federal (Const., art. 110); e em cada seção judiciária existem subseções entre as quais estão distribuídos os órgãos de primeiro grau de jurisdição (varas federais). Nas Justiças Estaduais há a divisão de cada unidade federada em *comarcas*.

Vê-se portanto que, dado o princípio da aderência ao território, segundo o qual o juiz só é autorizado a exercer a jurisdição nos limites territoriais que lhe são traçados por lei, as leis estaduais de organização judiciária acabam por influir decisivamente na competência.

A Constituição dá também a entender que a divisão judiciária é matéria distinta da organização judiciária quando, no art. 96, inc. II, letra *d*, incumbe o Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça de propor ao Legislativo a alteração da organização e da divisão Judiciárias. É inegável, contudo, que também a divisão territorial para o efeito de distribuição da justiça é nitidamente um problema de administração desta, pela influência que tem no funcionamento do Poder Judiciário.

A comarca e a seção judiciária constituem o *foro* (isto é, território em que o juiz exerce a jurisdição). Em um só foro pode haver um ou mais juízos (varas *etc.*).

105. épocas para o trabalho forense

Com vista a implantar a continuidade dos serviços judiciais, os quais devem ser *ininterruptos* para que a tutela jurisdicional não seja tão demorada como vem sendo, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, pôs fim às tradicionais férias forenses que antes vigoravam em ambos os graus das Justiças dos Estados. Assim está redigido o art. 93, inc. XII, da Constituição Federal, com a redação dada por essa emenda: “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”. Isso significa que somente poderá haver férias forenses no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores da União – uma vez que, claramente, a emenda n. 45 não as quis proibir. Não há férias forenses nos juízos estaduais de primeiro grau, que foram objeto das legislações de todos os Estados, nem há as férias de janeiro e julho nos Tribunais de Justiça, como constava do art. 66, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; na primeira instância da Justiça Federal já não havia férias (lei n. 5.010, de 30.5.1966, art. 51, par.).

As *férias dos juízes*, que são um direito de cada um deles no plano administrativo, não interferem no funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Como a Constituição proíbe que elas sejam coletivas, cada qual

gozará as suas segundo escalas a serem organizadas pelos respectivos tribunais.

No Supremo Tribunal Federal consideram-se férias os meses de janeiro e julho (RISTF, art. 78, *caput* e § 1º), e assim também, no Tribunal Superior do Trabalho (RITST, art. 11). No Superior Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal Militar elas recaem nos períodos entre 2 e 31 de janeiro e entre 2 e 31 de julho (RISTJ, art. 81 – RISM, art. 43).

Diante dessas supervenientes disposições constitucionais perdem grande parte de sua importância as disposições do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal sobre *processos e atos que se realizam ou que não se realizam nas férias forenses* (CPC, arts. 173-174 – CPP, art. 797). Essa distinção só terá relevância em relação aos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores da União (ações rescisórias, revisões criminais, processos criminais contra certas autoridades, mandado de segurança ou *habeas corpus* impugnando atos dessas autoridades). Também a *suspensão de prazos* pela superveniência das férias (CPC, art. 179 – CPP, art. 798) só ocorrerá onde há férias, ou seja, no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores – e nunca em primeira ou segunda instâncias.

Continuam porém em vigor as disposições legais atinentes aos *feriados* (CPC, arts. 172, § 2º, e 173 – CPP, arts. 797 e 798). “São feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados por lei” (CPC, art. 175), ou seja: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 12 de outubro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro (lei n. 1.266, de 8.12.1950). Além disso, suspende-se o trabalho forense nos dias em que, mediante portaria, o determina o presidente de cada tribunal. Mas os *processos ou os prazos* não se reputam suspensos em razão dos feriados, embora nesses dias não se realizem atos processuais.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. IX.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 149-156.
Marques, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 14, a.
_____, “Organização judiciária e processo”.

CAPÍTULO 19

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: A ESTRUTURA JUDICIÁRIA NACIONAL

106. a Constituição e a estrutura judiciária nacional

No cap. III de seu Tít. IV (arts. 92-126) cuida a Constituição Federal do Poder Judiciário, ditando normas gerais, fixando garantias e impondo impedimentos aos magistrados e também desenhando desde logo a estrutura judiciária do país.

A propósito desta, dispõe inicialmente sobre o Supremo Tribunal Federal, sua composição, sua competência, forma de escolha e nomeação de seus componentes (arts. 101-103). Em seguida, sobre o Superior Tribunal de Justiça (arts. 104 e 105). Ambos incluem-se entre os Tribunais Superiores da União, sendo alheios e sobreporando às Justiças. O primeiro tem competência preponderantemente constitucional (o guarda da Constituição) e o segundo, em sua competência recursal, recebe causas da Justiça Federal e das estaduais comuns versando matéria infraconstitucional.

Fala depois a Constituição das diversas *Justiças*, através das quais se exerce a função jurisdicional. A jurisdição é uma só, ela não é nem federal nem estadual: como expressão do poder estatal, que é uno, ela é eminentemente *nacional* e não comporta divisões. No entanto, para a divisão racional do trabalho é conveniente que se instituam organismos distintos, outorgando-se a cada um deles um setor da grande *massa de causas* que precisam ser processadas no país. Atende-se, para essa distribuição de competências, a critérios de diversas ordens: às vezes é a natureza da relação jurídica material controvérsia que irá determinar a atribuição de dados processos a dada Justiça; outras, a qualidade das pessoas figurantes como partes; mas é invariavelmente o interesse público que inspira tudo isso (o Estado faz sempre a divisão das Justiças com vista à melhor atuação da função jurisdicional).

São estes os organismos que compõem a estrutura judiciária brasileira: Justiça Federal (Const., arts. 106-110), Justiça do Trabalho (arts. 111-117), Justiça Eleitoral (arts. 118-121), Justiça Militar (arts. 122-124), Justiças estaduais ordinárias (arts. 125 e 126), Justiças Militares estaduais (art. 125, § 3º).

Entre elas, só a Justiça do Trabalho não tem competência penal alguma; e só as Justiças Militares (da União e estaduais) não exercem qualquer competência civil. Fora disso, as Justiças exercem igualmente competência civil e criminal (Justiças Eleitoral, Federal, estaduais).

Por *Justiça Federal* entende-se aquela composta pelos Tribunais Regionais Federais e pelos *juízes federais* (Const., arts. 106 ss.); também a Justiça do Trabalho, a Eleitoral e a Militar são organizadas por lei federal e mantidas pela União (são federais, portanto), mas só aquela é que recebe o nome de Justiça Federal, por autonomia. Há também a Justiça do Distrito Federal e Territórios, organizada e mantida pela União, mas que é Justiça local.

Atendendo à existência desses organismos judiciários, costuma a doutrina distingui-los em *Justiça comum* e *Justiça Especial* (exercendo jurisdição comum ou especial: v. *supra*, n. 79).

Pertencem à Justiça Especial os organismos judiciários encarregados de causas cujo fundamento jurídico-substancial vem especialmente indicado na Constituição (e, nos casos em que ela permite, na lei ordinária). Especificamente, competem: a) à Justiça do Trabalho, dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, assim como outros oriundos da relação de trabalho (Const., art. 114); b) à Justiça Eleitoral, matéria referente a eleições, partidos, perda de mandato, crimes eleitorais (revisão da Const., art. 121, à lei complementar específica); c) à Justiça Militar da União, os “crimes militares definidos em lei” (Const., art. 124); d) à Justiça Militar dos Estados, crimes militares imputados a policiais e bombeiros militares (art. 125, § 4º).

A lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, submete à competência da Justiça comum os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil.

Onde nada diz a Constituição a competência é da Justiça comum (Justiça Federal e Justiças ordinárias dos Estados); no seio da própria Justiça comum também há alguma relação de especialidade, cabendo: a) à Federal, as causas em que forem partes a União ou certas outras pessoas ou fundadas em tratado internacional, e ainda as referentes aos

crimes praticados contra a União (Const., art. 109); b) às estaduais, as demais (competência residual – Const., art. 25, § 1º).

Incluem-se na competência da Justiça do Trabalho as reclamações trabalhistas contra a União, suas autarquias e empresas públicas federais (Const., art. 114, inc. I). Com a redação dada ao art. 114 da Constituição Federal pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, houve árduas discussões sobre a permanência das causas referentes a acidentes do trabalho nas Justiças dos Estados ou sua transferência para a do Trabalho – e o Supremo Tribunal Federal, que de início decidira seguidas vezes pela competência estadual, acabou firmando jurisprudência no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para tais causas. Infelizmente.

A Constituição deixa a critério do legislador ordinário a fixação da competência da Justiça Eleitoral e da Trabalhista, estabelecendo apenas o mínimo a ser observado (arts. 114 e 121).

bibliografia

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 157 e 170.

Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, § 17.

_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 14, a.

Pereira, *Justiça Federal*.

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 213 ss.

CAPÍTULO 20
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

107. órgãos de superposição

É sabido que cada uma das Justiças tem seus *tribunais*, que são órgãos superiores destinados principalmente a funcionar como segunda instância, julgando recursos interpostos contra decisões inferiores. Assim, têm-se:

- a) na Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais;
- b) na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho;
- c) na Justiça Eleitoral, o Superior Tribunal Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais;
- d) na Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar;
- e) na Justiça de cada Estado, o Tribunal de Justiça.

Entre os Tribunais da União, todavia, dois existem que não pertencem a qualquer das Justiças. Trata-se do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Esses dois Tribunais não são órgãos destinados a julgar recursos ordinários de qualquer delas (apelação, agravo *etc.*).

Além da competência originária de que dispõe cada um deles e da competência para julgar em grau de recurso ordinário (casos excepcionais), eles funcionam como *órgãos de superposição*, isto é, julgam recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das Justiças comuns e especiais. Em outras palavras, eles se *sobrepõem* a elas.

No exercício de sua competência de superposição, esses dois Tribunais julgam o recurso extraordinário (STF) e o especial (STJ). Esses

dois recursos têm a marca da extrema excepcionalidade e permitem somente a apreciação de questões de direito (nunca de fato). Mais ainda: por se tratar de Tribunais da União, compete-lhes, em coerência com a sistemática do sistema federativo brasileiro, somente o exame do direito *nacional* (direito decorrente de fontes federais, de aplicação em todo o território brasileiro) e não do direito local (estadual, municipal).

O fundamental critério de distinção entre a competência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reside na atribuição ao primeiro de questões constitucionais (Constituição Federal); e ao segundo de questões federais infraconstitucionais. Mas esse critério não é absoluto, pois o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para uma série de causas cíveis ou criminais sem necessária ligação a temas constitucionais (Const., art. 102, inc. I, letras *b, c, d, e, f, g, i, j, l, m, n, o, p, q*) e, além disso, compete-lhe também o recurso extraordinário contra decisão que “julgar válida lei local contestada em face da lei federal” (Const., art. 102, inc. III, letra *d*).

108. Supremo Tribunal Federal: funções institucionais

Com sede na Capital da União e competência sobre todo o território nacional (Const., art. 92, par.), o Supremo Tribunal Federal representa o ápice da estrutura judiciária nacional e articula-se quer com a Justiça comum, quer com as especiais. Não chefia administrativamente os demais órgãos da jurisdição – em face da independência jurídica dos magistrados –, mas sem dúvida os encabeça funcionalmente. O Supremo é a máxima *instância de superposição*, em relação a todos os órgãos da jurisdição.

Sua função básica é a de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o país, o que faz através de uma série de mecanismos diferenciados – além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional. Como *cabeça do Poder Judiciário*, compete-lhe a última palavra na solução das causas que lhe são submetidas.

O sistema brasileiro não consagra a existência de uma *corte constitucional* encarregada de resolver somente as questões constitucionais do processo sem decidir a causa (como a italiana). Aqui existe o *controle difuso* da constitucionalidade, feito por todo e qualquer juiz, de qualquer grau de jurisdição, no exame de qualquer causa de sua competência – ao lado do *controle concentrado*, feito pelo Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta da inconstitucionalidade ou da ação declaratória de

constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal constitui-se, no sistema brasileiro, na *corte constitucional por excelência*, embora configurada segundo um modelo muito diferente dos europeus.

Como guarda da Constituição, cabe-lhe julgar:

- a) a ação declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra *a*), inclusive por omissão (art. 103, § 2º);
- b) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- c) o recurso extraordinário interposto contra decisões que contrariarem dispositivo constitucional, declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgarem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal (art. 102, inc. III, letras *a*, *b*, *c* e *d*);
- d) o mandado de injunção;
- e) o mandado de injunção contra o Presidente da República ou outras altas autoridades federais, para a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais etc. (art. 102, inc. I, letra *q*, c/c art. 5º, inc. LXXI).

Inexiste previsão constitucional de recurso extraordinário (STF) com fundamento específico no dissídio jurisprudencial entre tribunais do país acerca de interpretação de textos da Constituição Federal. Mas a função unificadora da interpretação da Constituição não fica afastada porque, no julgamento final das questões sobre a compatibilidade de leis ou atos normativos com ela, a sua palavra final será, em si mesma, fator de unificação (pela influência que exerce sobre a jurisprudência dos outros tribunais).

Por outro lado, essa missão unificadora atribuída ao recurso extraordinário fica limitada aos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhecer a ocorrência, ou a perspectiva de ocorrência, da “repercussão geral das questões discutidas no caso” (art. 102, § 2º); isso significa que o Supremo Tribunal Federal só se ocupará de recursos extraordinários interpostos em causas cujo julgamento seja de interesse geral da população ou do Estado, não daquelas cuja solução se confine nos lindes das exclusivas esferas de direitos das partes.

Outra importante competência tem também o Supremo Tribunal Federal, de caráter abertamente normativo, que é a competência para editar *súmulas vinculantes*. Como está no art. 103-A da Constituição Federal, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provoca-

ção, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". As súmulas vinculantes têm autêntica força de lei, com generalidade e abstração suficientes para se impor em todos os casos nos quais ocorram as situações de fato nelas descritas. E, para a efetividade de sua imposição, dispõe também a Constituição Federal que "do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá *reclamação ao Supremo Tribunal Federal* que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso". O sistema de súmulas vinculantes é disciplinado em nível infraconstitucional pela lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

109. graus de jurisdição do Supremo Tribunal Federal

Mesmo sendo institucionalmente um órgão de superposição, nem sempre funciona o Supremo Tribunal Federal em grau de recurso. Justamente em face de seu relevante papel de *cabeça do Poder Judiciário*, atribui-lhe a Constituição uma *competência originária*, como verdadeiro Tribunal especial para o processo e julgamento de determinadas causas que perante ele se iniciam, transformando-o em órgão (especial) de primeiro e único grau (art. 102, inc. I).

O Supremo funciona também como órgão de *segundo grau* nos casos de recurso ordinário previstos pela Constituição no art. 102, inc. II. Trata-se de competência estabelecida segundo critérios políticos, seja para evitar que fiquem privados de toda e qualquer instância recursal os *habeas corpus*, *habeas data*, mandados de segurança ou de injunção impetrados diretamente perante Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE, STM) e denegados (letra a), seja para maior prudência no julgamento dos crimes políticos (letra b – a competência do Supremo para julgá-los em recurso ordinário exclui a que normalmente seria dos Tribunais Regionais Federais – v. art. 109, inc. IV).

Julgando o recurso ordinário manifesta-se já o Supremo Tribunal como *órgão de superposição*, uma vez que dá a última palavra sobre causas vindas das diversas Justiças. Esse caráter assume feitio mais

nítido quando se passa ao *recurso extraordinário*, que cabe contra julgamento de tribunais de qualquer Justiça. No julgamento do recurso extraordinário o Supremo assume a condição de órgão de terceiro e às vezes até quarto grau de jurisdição (quando interposto de decisão proferida pelo TST ou pelo TSE – art. 121, § 3º).

110. ingresso, composição e funcionamento (STF)

O número de Ministros do Supremo tem variado. Criado pelo dec. n. 848, de 1890, que organizou a Justiça Federal, o número de seus membros foi fixado em quinze e assim mantido pela Constituição de 1891. Esse número foi reduzido a onze pela Constituição de 1934, permanecendo inalterado até 1965, quando o ato institucional n. 2 o elevou a dezesseis. Mantidos os dezesseis Ministros pela Constituição de 1967, o ato institucional n. 6, de 1969, voltou a reduzir o número a onze, o que foi mantido pela emenda n. 1, de 1969 (art. 118) e assim está na Constituição de 1988 (art. 101).

O ingresso no Supremo Tribunal Federal não se faz por carreira mas por nomeação do Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Os Ministros devem estar no gozo dos direitos políticos, ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101). Devem ainda ser brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV).

Assim nomeados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal gozam de todas as garantias e impedimentos dirigidos aos juízes togados (esp. art. 95 – *supra*, nn. 93 e ss.), bem como de uma prerrogativa: nos crimes de responsabilidade são processados e julgados pelo Senado Federal (art. 52, inc. II), e nos comuns pelo próprio Supremo (art. 102, inc. I, letra b).

O Supremo funciona em Plenário ou em Turmas. Tendo os tribunais a prerrogativa de organizar sua atuação interna mediante elaboração dos próprios regimentos internos, no seu o Supremo Tribunal Federal fixa a distribuição dos onze Ministros em duas Turmas (5 Ministros em cada), assim como a composição e competência destas e do Plenário (v. RISTF, arts. 5º ss. e 9º ss.). Caso importante de competência do Plenário é a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo (RISTF, art. 5º, inc. VIII).

O atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi aprovado em 15 de outubro de 1980 e está em vigor desde 1º de dezembro do mesmo ano, com as sucessivas alterações que lhe foram introduzidas.

É ainda o Regimento Interno que divide o ano judiciário no Supremo em dois períodos, recaindo as férias em janeiro e julho (art. 78). Mesmo assim, poderá haver convocação dos Ministros durante as férias (art. 78, § 3º).

III. Superior Tribunal de Justiça: funções institucionais e competência

Logo abaixo da cúpula de todo o Poder Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal, encontra-se o Superior Tribunal de Justiça, também com sede no Distrito Federal e competência sobre todo o território nacional (Const., art. 92, par.).

Constitui inovação da Constituição de 1988 sobre a estrutura judiciária brasileira e relaciona-se com os sistemas judiciários das chamadas *Justiças comuns* (Justiça Federal e Justiças estaduais); ele próprio é um órgão exercente da chamada *jurisdição comum*, na medida em que somente lhe cabem causas regidas pelo direito substancial comum (direito civil, comercial, tributário, administrativo) e não as regidas por ramos jurídico-substanciais especiais (eleitoral, trabalhista, penal militar) (*supra*, n. 79).

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça dispõe de supervisão administrativa e orçamentária sobre a Justiça Federal (Const., art. 105, par.). Essa atribuição de competência é perfeitamente compreensível no contexto da inexistência de um órgão centralizador da cúpula da Justiça Federal, cuja segunda instância é representada pelos cinco Tribunais Regionais Federais distribuídos pelas cinco Regiões dessa Justiça.

Como órgão de *superposição* (nessa condição, ao lado do Supremo), o Superior Tribunal de Justiça não diz rigorosamente a última palavra sobre todas as causas, mas sua situação sobranceira às Justiças o qualifica como tal. Embora em situações diferentes, tanto quanto o Supremo ele julga causas que já hajam exaurido todas as instâncias das Justiças de que provêm.

Também dispõe de *competência originária*, apesar dessa superposição, tanto quanto o Supremo (art. 105, inc. I). Pela competência que lhe dá, a Constituição Federal apresenta-o como *defensor e unificador do direito infraconstitucional nacional*.

Como *defensor da lei federal*, compete-lhe julgar recursos interpostos contra decisões dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais

Federais que contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal (art. 105, inc. III, letra *a*).

Como *unificador da interpretação do direito*, cabe-lhe rever as decisões que derem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, inc. III, *c*).

Nas duas hipóteses acima trata-se do *recurso especial*, que tem aguçada natureza extraordinária, considerada a grande classificação dos recursos em ordinários e extraordinários (*supra*, n. 109).

Em certa simetria com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem competência originária para certas causas constitucionalmente indicadas (art. 105, inc. I), competência para julgar outras mediante recurso ordinário (inc. II) e, havendo alguma questão federal como as indicadas logo acima (art. 105, inc. III), competência para julgar em grau de *recurso especial*.

A admissibilidade desse recurso é regida de modo bastante restritivo pela Constituição Federal. Seu processo e seu julgamento estão disciplinados no Código de Processo Civil (arts. 541 ss.) e no Regimento Interno do próprio Superior Tribunal de Justiça (arts. 255-257).

O Superior Tribunal de Justiça é também competente (competência originária) para “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias” (Const., art. 105, inc. I, letra *i*).

112. ingresso, composição e funcionamento (STJ)

O art. 104 da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Superior Tribunal de Justiça, estabelece que este se compõe de *no mínimo* trinta e três Ministros. À falta de disposição diferente, prevalece atualmente esse número de Ministros.

A composição do Superior Tribunal de Justiça é heterogênea, incluindo uma terça parte de Ministros nomeados entre juízes dos Tribunais Regionais Federais, uma terça parte entre desembargadores e uma terça parte entre advogados e membros do Ministério Público (Const., art. 104, par.).

A escolha é feita pelo Presidente da República a partir de listas elaboradas na forma constitucional (art. 94), sendo a nomeação feita depois da aprovação pelo Senado Federal. Prevalecem as mesmas exigências de condições pessoais impostas para o preenchimento de cargo de Ministro

do Supremo Tribunal Federal, exceto a de tratar-se de brasileiro nato (basta ser brasileiro: art. 12, § 2º).

Tanto quanto os do Supremo Tribunal Federal, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, qualquer que seja sua origem, uma vez empossados ficam sob as garantias e vedações constitucionais destinadas aos juízes togados (art. 95).

O Superior Tribunal de Justiça funciona em *Corte Especial, Seções e Turmas*, sobre cuja composição e competência dispõe o Regimento Interno. As Seções são três e as Turmas são seis ao todo, cada uma delas composta de cinco Ministros. Há no Tribunal três áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria (art. 8º), sendo que a competência das Seções e das Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa (Seção de Direito Público, Seção de Direito Privado e Seção de Direito Penal). O Regimento disciplina também a Corte Especial, que reúne os quinze Ministros mais antigos da Casa e tem competência geral.

A competência e o funcionamento do Conselho da Justiça Federal são definidos na Constituição Federal, em lei e no Regimento Interno (Const., art. 105, par., inc. II; lei n. 8.472, de 14.10.1992; RISTJ, arts. 6º e 7º). Também deverá funcionar perante o Superior Tribunal de Justiça “a escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, cabendo-lhe, entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (Const., art. 105, par., inc. I).

bibliografia

- Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, pp. 166 ss.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 160 e 218.
Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, pp. 230 ss.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 86.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 15.

CAPÍTULO 21 *ORGANIZAÇÃO DAS JUSTIÇAS ESTADUAIS*

113. fontes

Como já se disse, a organização das Justiças pauta-se fundamentalmente pelas regras estabelecidas na Constituição (arts. 93-100 e 125) bem como pelas ditadas pela ainda vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelo futuro Estatuto da Magistratura (Const., art. 93) e pelas Constituições dos Estados.

No Estado de São Paulo a legislação básica sobre a organização da Justiça ordinária reside também no Código Judiciário do Estado de São Paulo (dec.-lei compl. est. n. 3, de 27.8.1969), no dec.-lei est. n. 158, de 28 de outubro de 1969, na lei compl. est. n. 225, de 13 de novembro de 1979, nas resoluções nn. 1 e 2 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e em muitas outras leis, provimentos, resoluções *etc.*, responsáveis pela complexa estrutura judiciária paulista. Muito importante, depois do advento da emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (que impôs a extinção dos Tribunais da Alçada), foi a lei compl. est. n. 972, de 30 de março de 2005, que converteu os cargos de juiz de Tribunal de Alçada em cargos de desembargador, criando ainda vinte e dois cargos de desembargador – com o quê esses cargos chegaram ao número de trezentos e sessenta. Tem também muita importância a lei compl. est. n. 980, de 21 de dezembro de 2005, que reclassificou as comarcas do Estado, sendo elas agrupadas em apenas três entrâncias – inicial, intermediária e final (e não mais quatro, como até então).

Tais resoluções foram editadas em cumprimento ao disposto no art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1969 (redação anterior à EC n. 7, de 13.4.1977), que dava aos Tribunais de Justiça verdadeira competência normativa para disporem sobre organização e divisão judiciárias. Essa competência não mais existe mas as resoluções então expedidas continuam parcialmente vigentes. Também o Código Judiciário está parcialmente em vigor, não tendo sido inteiramente revogado pelas duas

resoluções; ainda sobrevivem também preceitos contidos no dec.-lei est. n. 158, de 18 de outubro de 1969. Sentindo o tumulto que resulta dessa legislação fragmentária, anunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo a consolidação de todas as normas de organização judiciária vigentes em um texto único, a ser redigido pela Comissão de Organização Judiciária (res. n. 2, art. 188). Tal consolidação jamais chegou a ser feita, e o tumulto continua, agravando-se ainda a todo momento pela superveniência de mais e mais disposições referentes a essa matéria.

A lei est. n. 11.608, de 29 de dezembro de 2003, disciplina a taxa judiciária sobre os serviços públicos de natureza forense.

114. duplo grau de jurisdição – a composição dos tribunais

Para que tenha efetividade o princípio do duplo grau de jurisdição existem em todas as Justiças juízos de primeiro e de segundo graus. Os de segundo grau de jurisdição, ou *segunda instância*, são os Tribunais de Justiça, aos quais compete toda a administração superior do Poder Judiciário estadual. Há também no Estado de São Paulo, como na maioria dos Estados, o *Órgão Especial* a que se refere o art. 93, inc. XI, da Constituição Federal, o qual concentra as funções administrativas mais elevadas e gerais, como também competência jurisdicional em alguns casos. Esse colegiado é composto no mínimo por onze e no máximo por vinte e cinco desembargadores, “provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo Tribunal Pleno” (art. 93, inc. XI).

O Tribunal de Justiça é dividido em *câmaras*. A reunião de todas as câmaras de um tribunal leva ordinariamente o nome de *Tribunal Pleno*, havendo também os *grupos de câmaras*, compostos por duas ou mais destas. A lei estabelece a competência de cada um desses colegiados, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, inclusive no que diz respeito ao *Órgão Especial*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo é composto do Órgão Especial e três Seções, com um total de trezentos e sessenta desembargadores. A Seção de Direito Privado divide-se em trinta e quatro câmaras, a de Direito Público em dezenove e as Criminais em catorze; são ao todo sessenta e sete câmaras, cada uma abrigando cinco desembargadores. Além disso, em cada uma das câmaras oficiam geralmente dois juízes auxiliares de segunda instância, que no jargão forense paulista são tradicionalmente conhecidos como *pinguins*. O Órgão Especial tem vinte e cinco desembargadores e seus integrantes não participam das Câmaras; fazem parte dele, necessariamente, o Presidente do Tribunal de Justiça, o Corregedor-Geral da Justiça, o Vice-Presidente, o *Decano* e os Presiden-

tes das três Seções do Tribunal (de Direito Público, de Direito Privado e de Direito Penal). A Câmara Especial é integrada pelo *Decano* e por cinco juízes substitutos de segunda instância.

115. divisão judiciária – os juízos de primeiro grau

O território do Estado de São Paulo está dividido, para fins de justiça inferior, em mais de duas centenas de comarcas. Cada comarca abrange um ou mais municípios e distritos. *Comarca* é tradicionalmente, na Justiça dos Estados, o *foro* em que tem competência o juiz de primeiro grau, isto é, o seu território: em cada comarca haverá um ou mais juízes, ou seja, um ou mais ofícios judiciários, ou varas (v. Cód. Jud., arts. 7º-10).

Quando uma comarca tem apenas uma vara, desta é toda a competência que toca à comarca; havendo mais de uma vara, aplicam-se os critérios ditados pelo Código Judiciário (art. 48, incs. I-IV) e legislação complementar. Em todas as comarcas há um tribunal do júri, sendo que na Capital são cinco.

A comarca da Capital é dividida em *foro central* e *quinze foros regionais*. A lei dispõe sobre a competência das varas regionais, sendo que em cada foro regional há discriminação de competências entre elas (cíveis, criminais, família e sucessões, menores); varia o número de varas em cada foro regional. Existem também *varas distritais* em comarcas do interior e nos foros regionais da Capital.

As comarcas do interior estão divididas em *circunscrições judiciárias*, constituída cada uma delas “da reunião de comarcas contíguas da mesma região, uma das quais será a sua sede” (Cód. Jud., art. 8º). Tais circunscrições existem apenas para efeito de organização da substituição dos juízes de direito (Cód. Jud., art. 20), não influindo na competência territorial. O rol das circunscrições consta do art. 24 da lei est. n. 3.396, de 16 de junho de 1982.

116. classificação das comarcas

As comarcas do Estado de São Paulo são classificadas em três entrâncias, assim designadas em lei: entrância inicial, entrância intermediária e entrância final. A Capital é classificada em entrância final, bem como as comarcas mais importantes do interior (lei compl. est. n. 980, de 21.12.2005, arts. 1º, 2º e 3º). A classificação é feita segundo os critérios do movimento forense, população, número de eleitores e receita tributária, levando-se em conta ainda as “condições de autossuficiência

do Tribunal. Mas permanece a proibição de recusar o candidato que figurar pela terceira vez consecutiva ou pela quinta vez não consecutiva na lista de merecimento (Const., art. 93, inc. II, letra *a*). As remoções são preferenciais às promoções (Cód. Jud., art. 157).

Todas as promoções têm de observar o requisito do interstício imposto pela Constituição (art. 93, inc. II, *b*): sem dois anos de efetivo exercício na entrância em que está não pode o magistrado ser promovido, salvo se não houver interessado que preencha o requisito ou se forem recusados os que tenham estágio. Nem pode o juiz substituto vitalício ser promovido à primeira entrância antes de completar dois anos de investigação (Cód. Jud., art. 157).

A Constituição considera também, como critério para aferição do merecimento, a “frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, inc. II, *c*).

119. Justiça Militar estadual

Com base em permissivo constitucional (Const., art. 125, § 3º) a Constituição do Estado de São Paulo mantém a Justiça Militar estadual (arts. 80-82), cuja competência abrange os crimes militares dos quais sejam acusados os integrantes da Polícia Militar (inclusive bombeiros), assim como “as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (Const., art. 125, § 4º). Entre os Estados que têm sua Justiça Militar apontam-se Rio Grande do Sul e São Paulo.

São órgãos da Justiça Militar do Estado de São Paulo os Conselhos de Justiça (primeiro grau de jurisdição) e o Tribunal de Justiça Militar (segundo grau). Nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar não supere vinte mil integrantes inexiste o Tribunal de Justiça Militar e os julgamentos de segunda instância, nos feitos de competência dessa Justiça, competem ao Tribunal de Justiça.

A disciplina dessa Justiça especial está contida nos arts. 80-82 da Constituição Estadual e na lei est. n. 5.048, de 22 de dezembro de 1958 (Lei de Organização da Justiça Militar Estadual).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XI.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 161-163.
Marques, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 14, *d*.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 267 ss.

nal de Justiça ou por seu Órgão Especial, da conclusão que, com base nos prontuários, lhe houver proposto a Comissão de Concurso (Cód. Jud., art. 139). Durante o período de estágio probatório pode o juiz substituto ser exonerado, atendidos os requisitos do art. 57, § 2º, da res. n. 2. A inscrição ao concurso de provas e títulos depende de requerimento, comprovados certos requisitos (Cód. Jud., art. 135). Por disposição constitucional expressa, deverão ser instituídos “cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”.

Dá-se também o ingresso à Magistratura mediante a nomeação de advogados e membros do Ministério Pùblico para ocuparem cargos de desembargador. É feita inicialmente (a) uma indicação ao Tribunal de Justiça em lista sêxtupla elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil ou pelo Ministério Pùblico; segue-se a isso (b) uma indicação pelo Tribunal de Justiça ao Governador do Estado, em lista tríplice elaborada a partir da lista sêxtupla apresentada pelos órgãos de representação das respectivas categorias profissionais; e (c) a partir dessa lista tríplice é feita a nomeação pelo Governador. Esse critério de escolha é conhecido por *quinto constitucional* (Const., art. 94).

O juiz substituto efetivo, uma vez *vitaliciado* (o neologismo já está consagrado, inclusive em lei), está habilitado a galgar os cargos gradativamente mais elevados da carreira (Cód. Jud., art. 149). As promoções, nos termos do art. 93, incs. II e III, da Constituição, far-se-ão de entrância a entrância e da entrância final ao Tribunal de Justiça (Cód. Jud., arts. 101-105), observados alternativamente os critérios da *antiguidade* e do *merecimento* (Cód. Jud., art. 155, par. – LOMN, art. 8º).

São possíveis também as *remoções* (inclusive por permuta) para cargo de igual nível ao do magistrado que se remove (Cód. Jud., arts. 108, 146-148 e 153). Para estas e para as promoções na Justiça de primeiro grau é necessária a manifestação de interesse do candidato, através do pedido de inscrição (art. 152), em atenção à garantia constitucional da inamovibilidade (Const., art. 95, inc. II).

Nas promoções por merecimento e nas remoções o Órgão Especial organiza uma *lista tríplice*, da qual será escolhido um para ocupar o cargo vago. Antes da Constituição Federal de 1988 essa escolha era feita pelo Governador do Estado mas, dispondo ela que “compete privativamente aos tribunais prover (...) os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição” (art. 96, inc. I, letra c), agora a escolha é feita pelo Presidente

O dualismo jurisdicional brasileiro tem origem na República, que instituíra também o regime federalista: foi em consequência deste que se entreviu a conveniência de distribuir as funções jurisdicionais entre os Estados e a União, reservadas para esta as causas em que é parte, para que não ficasse o Estado federal com seus interesses subordinados ao julgamento das Magistraturas das unidades federadas. A Justiça Federal (comum) foi, assim, criada antes da Constituição de 1891, a qual somente veio a consagrá-la. Depois foi extinta (Constituição de 1937), e a Constituição de 1946, sem instituir uma Justiça Federal em primeiro grau de jurisdição, criou apenas o Tribunal Federal de Recursos – as causas federais continuaram a ser julgadas, em grau inferior, por juízes estaduais das Capitais dos Estados (as Varas Privativas da Fazenda Nacional). Foi só o ato institucional n. 2 (27.10.1965) que, dando nova redação ao art. 94 daquela Constituição, restabeleceu em sua plenitude a Justiça Federal, com a criação dos juízos federais inferiores. A Constituição previa a criação de três Tribunais Federais de Recursos (Distrito Federal, São Paulo e Recife), mas somente um chegou a ser criado e funcionar (Distrito Federal).

A Constituição Federal de 1988, ao enumerar os órgãos da Justiça Federal, eliminou o Tribunal Federal de Recursos (que tinha competência sobre todo o território nacional) e instituiu os Tribunais Regionais Federais. Estes têm a sede e a competência territorial que a lei lhes atribui (Const., art. 107, par.) e sua previsão constitucional corresponde ao intuito de regionalizar os serviços jurisdicionais de segundo grau na Justiça Federal. Em seu Ato das Disposições Transitórias a própria Constituição fixou em cinco o número dos Tribunais Regionais Federais a serem criados (art. 27, § 6º), os quais vieram a ser instalados no Distrito Federal e em quatro Capitais de Estados (Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre). Em conjunto, cobrem todo o território nacional. Cada um deles tem a composição determinada na lei n. 7.727, de 9 de janeiro de 1989, sendo que leis ulteriores vieram a ampliar essa composição. Uma quinta parte dos juízes de cada Tribunal é composta por advogados e membros do Ministério Pùblico Federal com mais de dez anos de carreira e os demais são juízes federais, promovidos alternadamente por antiguidade e por merecimento. Os Tribunais Regionais Federais têm competência originária e recursal (esta, para as causas conhecidas originariamente pelos juízes federais), sendo que as hipóteses indicadas no art. 109 da Constituição abrangem processos civis e criminais (v. tb. art. 108).

Com relação à Justiça Federal o território do país é dividido em cinco Regiões, em cada uma delas sendo a jurisdição de segundo grau

CAPÍTULO 22

ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA UNIÃO

120. as Justiças da União

Como já dito, das seis *Justiças* a que se refere a Constituição quatro pertencem à União e são por ela organizadas e mantidas, tendo caráter federal e sendo, portanto, a *Justiça da União* (em contraposição à *Justiça dos Estados*). Trata-se da Justiça Federal (comum), da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar. Todas elas, tanto como as Justiças estaduais, são sujeitas às regras fundamentais instituídas nos arts. 93 ss. da Constituição bem como às contidas na ainda vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional e no esperado Estatuto da Magistratura, sendo que cada qual recebe também, constitucionalmente e mediante lei, sua regulamentação específica. Delas cuida o presente capítulo.

121. organização da Justiça Federal (comum)

A Justiça Federal é composta pelos *juízos federais* de primeiro grau e pelos *Tribunais Regionais Federais*.

O regime específico dessa Justiça é ditado pela Constituição (arts. 106-110), pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 89-90) e, no plano da lei ordinária, principalmente pela lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, a qual constitui sua *Lei Orgânica*; esta foi sucessivamente alterada e aditada, especialmente pelos seguintes diplomas: dec.-lei n. 30 (17.11.1966), dec.-lei n. 81 (21.12.1966), dec.-lei n. 253 (28.2.1967), lei n. 5.345 (3.11.1967), lei n. 5.368 (1.12.1967), dec.-lei n. 384 (26.12.1968), lei n. 5.632 (2.12.1970), lei n. 6.032 (30.4.1974 – Regimento de Custas da Justiça Federal), lei n. 6.825 (22.9.1980) e lei n. 8.472 (14.10.1992 – composição e competência do Conselho da Justiça Federal).

O Superior Tribunal Militar, com sede no Distrito Federal e competência sobre todo o território nacional, compõe-se de quinze Ministros, todos brasileiros (natos ou naturalizados – Const., art. 123, par., c/c art. 12, §§ 2º e 3º). A nomeação é feita mediante escolha do Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, sendo dez militares (das três armas) e cinco civis (dois dos quais escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar – Const., art. 123, *caput* e par.). Tem competência originária e recursal, sendo que esta se refere, em princípio, aos processos da competência originária dos *conselhos* (LOJM, art. 6º, inc. II).

Em tempo de guerra ou durante o estado de sítio a jurisdição superior militar é exercida pelos Conselhos Superiores de Justiça Militar (LOJM, arts. 89 ss.).

A jurisdição inferior é dos Conselhos de Justiça Militar (órgãos colegiados), que são de duas categorias (LOJM, arts. 16 ss.): *Conselhos Especiais de Justiça* e *Conselhos Permanentes de Justiça*, nas Auditorias, compostos de um juiz civil vitalício (auditor) e de quatro oficiais (sorteados e com investidura efêmera).

Nos Conselhos Especiais e Permanentes, onde há juiz-auditor, tem este as funções de preparador (LOJM, art. 30); sua nomeação é feita pelo Presidente da República para o cargo inicial da carreira, que é o de *juiz-auditor* substituto de primeira entrância (art. 33).

A administração da Justiça Militar é feita pela Auditoria de Correição, especialmente através do *auditor-corregedor* (LOJM, arts. 12-14).

123. organização da Justiça Eleitoral

Compõe-se a Justiça Eleitoral dos seguintes órgãos (Const., art. 118): Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, juntas eleitorais e juízes eleitorais (de todos, só as Juntas não têm competência penal).

Sua disciplina básica é dada pela Constituição (arts. 118-121) e pelo Código Eleitoral (lei n. 4.737, de 15.7.1965), este modificado especialmente pelo dec.-lei n. 441 (29.1.1966) e pela lei n. 4.961 (4.5.1966).

O *Tribunal Superior Eleitoral*, órgão máximo dessa Justiça especial, com sede no Distrito Federal e competência em todo o Brasil, compõe-se

exercida por um Tribunal Regional Federal. Fala também a Constituição Federal em *seções judiciárias* (art. 110), uma delas correspondendo ao Distrito Federal e cada uma das outras a cada Estado da Federação, mas essa divisão não tem a menor repercussão em matéria de competência jurisdicional.

A jurisdição de primeiro grau é exercida pelos *juízos federais* representados por varas existentes nas muitas *subseções* em que se divide cada uma das Regiões. Trata-se de juízos monocráticos ao lado dos quais funciona também o tribunal do júri (um em cada Estado – dec.-lei n. 253, de 28.2.1967, art. 4º). Cada subseção da Justiça Federal constitui a célula mínima de sua divisão territorial, equivalendo ao que nas Justiças estaduais se chama *comarca*. A Justiça Federal de primeiro grau vem sendo sucessivamente ampliada mediante instalação de varas em muitas cidades do interior dos Estados; no Distrito Federal e em todas as Capitalias de Estado essas varas estão implantadas desde a vigência da lei que criou a Justiça Federal (lei n. 5.010, de 30.5.1966).

O ingresso à carreira da Magistratura federal dá-se mediante concurso, nos cargos de juiz substituto (Const., art. 93, inc. I), com as funções de substituição e auxílio aos titulares de varas. Ingressa-se também mediante nomeação ao cargo de desembargador dos Tribunais Regionais Federais pelo critério do quinto constitucional (Const., art. 94).

A administração da Justiça Federal compete a cada um dos Tribunais Regionais Federais no âmbito de sua Região, estando todos eles, dada sua autonomia administrativa e financeira (Const., art. 99), sujeitos à supervisão administrativa e orçamentária exercida pelo Conselho da Justiça Federal (Const., art. 105, par.).

122. organização da Justiça Militar da União

São órgãos da Justiça Militar da União, dotados de competência exclusivamente penal, o Superior Tribunal Militar e os Conselhos de Justiça Militar (Const., art. 122 da Lei de Organização Judiciária Militar, art. 1º), estes em primeiro grau de jurisdição.

A Lei de Organização Judiciária Militar (lei n. 8.457, de 9.9.1992), que, ao lado da Constituição (arts. 122-124), dispõe sobre a organização dessa Justiça, indica ainda como órgãos da Justiça Militar a Auditoria de Correição e os auditores. Mas, como veremos, os auditores são juízes civis que compõem os Conselhos. A Auditoria de Correição, como o nome indica, é órgão censório (administrativo) e não jurisdicional.

Constituem fontes de direito positivo a respeito a Constituição (arts. 111-116), a Consolidação das Leis do Trabalho (dec.-lei n. 5.452, de 1.5.1943) e a legislação modificativa desta, especialmente: dec.-lei n. 6.353 (20.4.1944), dec.-lei n. 8.737 (29.1.1946), lei n. 9.797 (9.9.1946), lei n. 409 (25.9.1948), lei n. 2.244 (23.7.1954), dec.-lei n. 229 (28.2.1967), lei n. 5.442 (24.5.1968), lei n. 5.584 (26.6.1970), lei n. 5.630 (2.12.1970), lei n. 5.657 (4.7.1971), lei n. 5.839 (5.12.1972), lei n. 6.598 (1.12.1978), lei n. 6.667 (3.7.1979), lei n. 7.305 (2.4.1985), lei n. 7.351 (27.8.1985), lei n. 7.701 (21.12.1988), lei n. 8.432 (11.6.1992), lei n. 9.022 (5.4.1995), lei n. 9.957 (12.1.2000), lei n. 9.958 (12.1.2000) etc.

O *Tribunal Superior do Trabalho*, órgão de cúpula dessa Justiça especial, tem sede na Capital Federal e competência em todo o território brasileiro, sendo composto de vinte e sete Ministros togados e vitalícios, escolhidos entre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. Um quinto de seus componentes vem do Ministério Público do Trabalho e da advocacia e os demais são escolhidos entre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho (Const., art. 111-A).

Estabelecendo a Constituição Federal que “a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho” (art. 111, § 1º), enquanto nada de novo dispuser a lei ordinária prevalecerão as competências ditadas em diplomas anteriores à emenda n. 45 e recepcionados por ela. Atualmente esse Tribunal tem competência originária e competência recursal, funcionando em cinco Turmas (de cinco juízes cada), em seções especializadas (uma em dissídios coletivos, outra em individuais) ou em Plenário (CLT, art. 699). A competência originária comprehende os dissídios coletivos que excedam a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho (CLT, art. 702), além de ações rescisórias contra suas próprias decisões e mandados de segurança. A competência recursal refere-se a processos já conhecidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e limita-se, em princípio, a matéria de direito; só aprecia matéria de fato quanto aos processos de competência originária daqueles Tribunais porque, do contrário, nesses casos ficaria comprometido o princípio do duplo grau de jurisdição.

Os Tribunais Regionais do Trabalho, compostos de desembargadores nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade da composição do Tribunal Superior do Trabalho (Const., arts. 112 e 115), têm em cada Região número variável de membros. Funcionam em Turmas, Grupos de Turmas ou em composição plena. A lei inclui

de sete membros (Const., art. 119): três Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois do Superior Tribunal de Justiça (uns e outros escolhidos por seus respectivos pares) e dois advogados (escolhidos pelo Presidente da República de uma lista sétupla elaborada pelo Supremo). Tem competência originária e recursal, sendo esta para os recursos de decisões proferidas pelos Tribunais Regionais (Cód. Eleit., art. 22, inc. II).

Os Tribunais Regionais compõem-se também de sete juízes (Const., art. 120, § 1º), sendo dois desembargadores do Tribunal de Justiça, dois juízes estaduais (aqueles e estes, designados pelo Tribunal de Justiça), um juiz do Tribunal Regional Federal (não o havendo no local, um juiz federal de primeira instância) e dois advogados nomeados pelo Presidente da República mediante indicação pelo Tribunal de Justiça em lista sétupla.

Há um Tribunal Regional Eleitoral no Distrito Federal e um em cada Estado (sede na Capital e competência sobre todo o Estado). Cada um deles tem competência originária e recursal, referindo-se esta aos processos já julgados pelos juízes e juntas eleitorais (Cód. Eleit., arts. 29 e 30).

Os *juízes eleitorais* são os próprios juízes de direito estaduais vitalícios (Const., art. 121 – Cód. Eleit., art. 32), que exercerão jurisdição nas zonas eleitorais (unidade da divisão judiciária eleitoral); têm competência eleitoral civil e penal, além de importantes encargos administrativos referentes às eleições (Cód. Eleit., art. 35).

As *juntas eleitorais* compõem-se de um juiz eleitoral e mais dois a quatro cidadãos de notória idoneidade, estes nomeados pelo presidente do Tribunal Regional, mediante aprovação deste (Cód. Eleit., art. 36); têm duração efêmera e sua competência (limitada à zona eleitoral) é predominantemente administrativa, referente às eleições para as quais tiverem sido constituídas (art. 40).

Como se vê, dos órgãos da Justiça Eleitoral apenas é monocrático o juiz eleitoral; os demais, colegiados. Vê-se também que, *como órgãos da Justiça Eleitoral*, os componentes desta não são vitalícios: todos (salvo os membros das juntas) são nomeados por dois anos apenas, só podendo ser reconduzidos uma vez (Const., art. 121, § 2º).

124. organização da Justiça do Trabalho

Os órgãos da Justiça do Trabalho são: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e varas do trabalho (Const., art. 111).

Corregedor, que no Tribunal Superior do Trabalho entre outras funções exerce a de “inspeção e correção permanente” (art. 709). Nos Tribunais Regionais a corregedoria pode ser exercida pelo Presidente (art. 682, inc. XI) ou por Corregedor eleito, quando o cargo estiver criado por lei.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. X.
Carrión, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 161-163.
Pereira, *Justiça Federal: primeira instância*.

também as seções especializadas, das quais ao menos uma competente para dissídios coletivos do trabalho (lei n. 8.480, de 7.11.1992). A competência dos Tribunais Regionais do Trabalho é originária e recursal, referindo-se esta às reclamações trabalhistas julgadas pelas varas do trabalho ou pelos juízos de direito estaduais, no limite de sua competência trabalhista.

A divisão judiciária trabalhista é em *Regiões*. A Constituição determina que haverá ao menos um Tribunal Regional do Trabalho no Distrito Federal e em cada Estado (art. 112), sendo que no Estado de São Paulo existe também o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas (15ª Região).

Pela emenda constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, os órgãos jurisdicionais de primeiro grau passaram a ser as varas do trabalho, ocupadas por um juiz singular, suprimidas as antigas juntas de conciliação e julgamento, e consequentemente os vogais.

Cada vara tem em princípio a mesma base territorial da comarca em que está sediada (CLT, art. 650). Mas há algumas que abrangem mais de uma comarca (conceito de divisão judiciária estadual), competindo somente à lei federal alterar a base territorial de cada uma delas. Há também casos de pluralidade de varas do trabalho sobre uma só base territorial (foros com pluralidade de juízos). Nas comarcas em que não há vara do trabalho e que não estejam incluídas na base territorial de qualquer delas a competência originária trabalhista pertence ao próprio juiz de direito estadual (Const., art. 112 – CLT, arts. 668 e 669), com recursos cabíveis aos Tribunais Regionais do Trabalho.

A Magistratura do Trabalho é *organizada em carreira*, que tem início no cargo de juiz do trabalho substituto (mediante concurso), sendo este promovido a juiz do trabalho, alternadamente por antiguidade e merecimento. Os juízes do trabalho, pelos mesmos critérios, são promovidos a *desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho* (Const., art. 115 – CLT, art. 654). A carreira limita-se a cada Região, cada qual dispõendo de seu próprio quadro. Mas os Tribunais têm permitido a permuta e até a remoção de uma para outra Região, desde que haja assentimento de ambas as cortes envolvidas, ingressando o magistrado no último lugar na lista de antiguidade do quadro para o qual se transfere.

A administração da Justiça do Trabalho compete (a) ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e ao de cada Tribunal Regional do Trabalho (CLT, art. 707, letras *b* e *c*, e art. 682), assim como (b) ao

Tampouco são auxiliares da Justiça os órgãos do chamado *foro extrajudicial* (tabelião, oficial de registros públicos, de protestos etc.). Eles desfrutam de fé pública (*infra*, n. 130) e são administrativamente subordinados aos juízes estaduais; por isso a doutrina menos recente os incluía entre os órgãos auxiliares, ao lado daqueles que compõem o chamado *foro judicial* (e essa inclusão é feita também pelo vigente Código Judiciário paulista – art. 193 c/c art. 195). Mas, como eles não desempenham qualquer função no processo nem cooperam com o juiz quando este exerce a jurisdição, a doutrina de hoje nega-lhes o caráter de órgãos auxiliares da Justiça. Suas funções ligam-se, antes, à administração pública de interesses privados.

O Brasil consagra tradicionalmente um sistema empresarial para a prestação desses serviços públicos, chegando a Constituição de 1988 a dizer que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” (art. 236) – mas o art. 32 do Ato das Disposições Transitórias ressalva a situação dos cartórios que na ordem constitucional precedente hajam sido oficializados. Eles são, também por tradição longeva, disciplinados por leis estaduais de organização judiciária, mas a vigente ordem constitucional dá a entender que doravante cumprirá à lei federal a definição de tais serviços (art. 236, § 1º). O que concorre para a ilusão de tratar-se de serviços auxiliares da Justiça é sobretudo, como dito acima, o fato de serem supervisionados, orientados e fiscalizados pelo Poder Judiciário, tendo fé pública.

A discriminação dos órgãos auxiliares da Justiça (*foro judicial*), seu regime funcional, suas funções etc. estão na própria lei processual, nas de organização judiciária, nos provimentos, nos regimentos dos tribunais (autogoverno da Magistratura – Const., art. 96, inc. I, letras b e f). Nenhum dos diplomas que contêm normas sobre os serviços auxiliares apresenta, todavia, uma sistematização completa e científica da matéria, nem uma classificação sistemática dos órgãos auxiliares. Para isso é preciso recorrer aos subsídios da doutrina.

O Código de Processo Civil cuida dos auxiliares da Justiça no cap. V do Tít. IV de seu Livro I (arts. 139-153); o Código de Processo Penal, nos caps. V e VI do Tít. VII do Livro I (arts. 274-281); a Consolidação das Leis do Trabalho, no cap. VI do Tít. VIII (arts. 710-721); a lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966 (Justiça Federal de primeiro grau), no cap. IV (arts. 35-44); a Lei dos Juizados Especiais, nos arts. 7º, 18, inc. III, 67 e 73, par. Na Justiça Estadual de São Paulo os serviços auxiliares são disciplinados pelo Código Judiciário (Livros III e IV, arts. 193-251), pela res. n. 1 (Tít. IV, cap. I, arts. 63-68), pela res. n. 2 (caps. XII e XIII, arts. 67-104), pelo dec.-lei n. 159 (28.10.1969) e pelo dec.-lei n. 206

CAPÍTULO 23

SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

125. órgãos principais e órgãos auxiliares da Justiça

Todo juízo (de grau superior ou inferior) é constituído, por ditame da própria necessidade de desenvolvimento da atividade judiciária, por órgãos principais e auxiliares. O órgão principal é o juiz, em quem se concentra a função jurisdicional, mas cuja atividade isolada seria insuficiente para a atuação da jurisdição; essa atividade é complementada pela do escrivão, do oficial de justiça e de outros órgãos auxiliares, encarregados da documentação dos atos do processo, de diligências externas *etc.* Alguns desses auxiliares pertencem aos próprios quadros judiciários, enquanto outros são pessoas ou entidades eventualmente chamadas a prestar serviços em dado processo.

A heterogeneidade das funções auxiliares e dos órgãos que as desempenham dificulta a conceituação da categoria mas, com as ressalvas e esclarecimentos que virão logo a seguir, é possível dizer que *são auxiliares da Justiça todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional.* Considerando que os sujeitos principais do processo são necessariamente três (Estado, autor, réu), os auxiliares são pessoas que, ao lado do juiz, atuam em nome do Estado no processo para a prestação do serviço devido às partes litigantes.

Assim, não são auxiliares da Justiça: a) em primeiro lugar, as partes, que são sujeitos autônomos do processo; b) as testemunhas, que são antes de tudo fonte de prova; c) os jurados, que são mais que auxiliares, pois integram um importante órgão do Poder Judiciário, o tribunal do júri, na condição de juízes; d) os tutores, curadores, síndicos, os quais são representantes de parte.

auxiliares são prestados exclusivamente por *servidores*. Mas, apesar de suas diferenças perante o direito administrativo, as funções processuais desempenhadas por servidores e serventuários são as mesmas.

A lei de organização judiciária dita o regime de ambos, dispendo que o ingresso às carreiras se dá mediante concurso (Cód. Jud., arts. 213 e 221, e dec.-lei n. 159, de 28.10.1969, art. 5º), disciplinando o acesso (Cód. Jud., arts. 218 e 222-224) e impondo um regime disciplinar aos serventuários (Cód. Jud., arts. 233-246). O regime disciplinar dos servidores da Justiça é o do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Cód. Jud., art. 220). Para os servidores dos tribunais legislam estes próprios (Const., art. 96, inc. I, letra b). Do impedimento dos auxiliares diz a lei processual (CPC, art. 138, inc. II – CPP, art. 274).

Entre os auxiliares permanentes da Justiça recebem especial realce da doutrina o *escrivão* e o *oficial de justiça*, que fazem parte do *esquema fixo* dos juízos, participando invariavelmente de todos os processos (embora, além deles, seja também constante a presença do *distribuidor*). O Código Judiciário cuida também do *contador*, do *partidor* e do *depositário público* (arts. 197 e 200).

Na Justiça do Trabalho o escrivão tem o nome de *chefe de secretaria* (CLT, art. 710); há também o *oficial de justiça avaliador* (CLT, art. 721).

O *escrivão* tem no processo as funções de: a) documentar os atos processuais (CPC, art. 141, inc. III); b) movimentar a relação processual (art. 141, incs. I e II); c) dar certidões dos processos (art. 141, inc. V); d) zelar pelos autos dos processos (art. 141, inc. VI). O Código de Processo Penal refere-se ao escrivão em diversos dispositivos (arts. 305, 370, par., 389, 390, 793, 799 e 808), dando-lhe inclusive o encargo de realizar certas intimações (arts. 305 e 370, par.). Há um escrivão, bem como o respectivo *ofício de justiça*, junto a cada juízo (nas comarcas de uma só vara, ordinariamente dois ofícios e dois escrivães).

Do ponto de vista administrativo o escrivão é também um chefe de seção (ofício de justiça), com funcionários subalternos sob sua direção (escreventes); e a lei processual permite que ele se faça substituir por um escrevente na realização de atos de seu ofício (CPC, art. 141, III – CPP, art. 808). Os serventuários no cargo de escrivão exercem anormalmente uma função pública em caráter privado e desfrutam de privilégios outorgados pela Constituição e pela lei (sendo que aqueles nomeados até 15.3.1967 têm a garantia de vitaliciedade). O art. 31 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, porém, dita a regra da oficialização de todas as serventias do foro judicial, respeitados os direitos

(25.3.1970), bem como pelo Regimento do Tribunal de Justiça e provimentos do presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor-Geral da Justiça.

126. classificação dos órgãos auxiliares da Justiça

Tentando uma classificação sistemática dos órgãos auxiliares, observa-se inicialmente que alguns deles são *órgãos permanentes*, integrando os quadros judiciários como servidores públicos; e que outros não são senão pessoas eventualmente chamadas a prestar colaboração em algum processo (*exercício privado de funções públicas*). Fala o Código Judiciário do Estado de São Paulo em *auxiliares permanentes da Justiça* e em *auxiliares eventuais da Justiça* (arts. 247 ss.). Entre estes há pessoas físicas que vêm cooperar no processo (perito, avaliador, intérprete) e há ainda repartições públicas e empresas que, como tais, às vezes também cooperam (Empresa de Correios e Telégrafos, Imprensa Oficial do Estado, empresas jornalísticas privadas, Polícia Militar etc.). A estes últimos a doutrina chama *órgãos auxiliares extravagantes*.

Essa classificação baseia-se no critério da natureza jurídica da relação existente entre o auxiliar e o Estado. Segundo outro critério, diz a doutrina que alguns órgãos auxiliares fazem parte do *esquema fixo* do tribunal (trata-se, entre nós, do oficial de justiça e do escrivão), enquanto outros constituem o *elemento variável* (perito, depositário etc.); os primeiros participam de todos os processos afetos ao juízo, e os segundos apenas de alguns (auxiliares eventuais). Fala a doutrina italiana, também, com eco na brasileira, de *encarregados judiciários* (ou órgãos de encargo judicial): trata-se daqueles órgãos que constituem o que foi denominado *elemento variável* dos tribunais.

127. auxiliares permanentes da Justiça

Há entre as pessoas que cooperam com o juiz no processo aquelas que ocupam cargos criados por lei, com denominação própria. Tais são os auxiliares permanentes da Justiça, qualificados, conforme o caso, como “servidores integrados no quadro do funcionalismo público”, ou *serventuários* (Cód. Jud., art. 209, incs. I e II).

O que os distingue é que os servidores só recebem vencimentos dos cofres públicos e os serventuários (às vezes cumulativamente), custas e emolumentos; estes são ligados aos cartórios não oficializados (Cód. Jud., arts. 211 ss.). Nos órgãos superiores (tribunais) os serviços

estes, segundo o critério instituído em lei (CPC, arts. 251-257 – CLT, arts. 713-715).

O *contador* é encarregado de fazer cálculos em geral, como o das custas do processo ou, no inventário, do imposto a pagar (CPC, art. 1.012). Realiza também o cálculo do valor devido na execução quando o credor for pobre ou o juiz suspeitar de que está sendo cobrado um valor excessivo em relação ao título executivo (art. 604, § 2º).

O *partidor* realiza as partilhas (CPC, arts. 1.022 ss.), que têm oportunidade, precípua mente, nos inventários realizados em juízo.

O *depositário público* tem por função a guarda e a conservação de bens que estejam sob a sujeição do juízo (penhorados, arrestados, sequestrados, apreendidos, dados em fiança no processo criminal: CPC, art. 148 – CPP, art. 331).

O Código de Processo Civil cuida ainda da figura do *administrador*, com funções análogas às do depositário mas referentes aos processos em que o juiz concede o impropriamente chamado *usufruto judicial* (CPC, arts. 716-729 e arts. 148-150); no entanto, até que as leis de organização judiciária criem o cargo de administrador ou cometam suas funções ao próprio depositário público, não se trata de auxiliar permanente, mas eventual, da Justiça, o qual será nomeado pelo juiz, caso por caso (CPC, art. 719).

Nos juizados especiais cíveis haverá ainda, como auxiliares permanentes, o juiz leigo, o conciliador e o secretário (funções de escrivania). Os juízes leigos exercem também as funções de árbitro (LJE, arts. 7º, 14, § 3º, e 24).

128. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos de encargo judicial)

Muitas funções auxiliares são desempenhadas por pessoas que não ocupam cargo algum na administração da justiça, sendo nomeadas *ad hoc* pelo juiz. Trata-se do *perito*, do *intérprete*, do *depositário particular*, do *administrador* e do *inventariante*.

Perito é aquele que vem cooperar com o juízo, realizando exames, vistorias ou avaliações dependentes de conhecimentos técnicos que o juiz não tem (CPC, art. 145 c/c art. 420). Assim, o *avaliador* é um perito, merecendo destaque a função do *arbitrador*, que é encarregado de realizar estudos e indicar o valor de uma obrigação (honorários, indenização etc. – CPC, arts. 18, § 2º, 606 e 607). Há também o arbitrador que oficia

adquiridos pelos atuais titulares. No Estado de São Paulo já ao tempo da anterior Constituição Federal a oficialização dos cartórios do chamado *foro judicial* havia chegado a um índice bastante elevado.

A função do escrivão foi a primeira a se destacar do ofício do juiz e sua posição no processo é tão importante que um autor antigo, certamente exagerando-a, chegou a dizer que os sujeitos processuais básicos não são três, mas quatro: juiz, autor, réu e escrivão.

O *oficial de justiça* é tradicionalmente encarregado das diligências externas do juízo (CPC, art. 143 – CLT, art. 721), como sejam: a) atos de comunicação processual (citação, intimação); b) atos de constrição judicial (penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão, prisão). Incumbe-lhe também “estar presente às audiências e coadjuvar o juiz na manutenção da ordem” (art. 143, inc. IV), o que é tipicamente uma função de *porteiro*.

Essa última função era cometida no Código de Processo Civil anterior ao *porteiro dos auditórios* (CPC-1939, arts. 125 e 264). Transferidas algumas funções deste ao oficial de justiça, o atual Código deu a impressão de pretender eliminar a figura do porteiro, mas a este continua fazendo referências, como se vê no trato da *arrematação* que tem lugar no processo de execução forçada (arts. 688, par., e 694).

O oficial de justiça deve cumprir estritamente as ordens do juiz, não lhe cabendo entender-se diretamente com a parte interessada no desempenho de suas funções. Percebe vencimentos fixos e mais os emolumentos correspondentes aos atos funcionais praticados (no Estado de São Paulo vige o Regimento de Custas, consubstanciado na lei n. 4.476, de 20.12.1984, complementado por tabelas que são periodicamente atualizadas).

Essa estrita subordinação ao juiz é ligada às origens humildes dos *meirinhos* nas Ordenações Filipinas (Livro III, cap. 76), cuja função era “executar as coisas da Justiça e fazer o que lhes mandam”. Nas próprias Ordenações havia ainda o *caminheiro*, ou *viador*, com a função de levar os autos de uma para outra instância; e, no direito português mais antigo, os *andadores dos juízes*. Nos direitos francês, alemão e italiano, todavia, desfruta o oficial de justiça de posição bem mais independente, realizando inclusive citações e (conforme o caso) até atos de execução sem mandado judicial.

O *distribuidor* tem funções que se ligam diretamente à existência de mais de um ofício judiciário no mesmo foro: ele distribui os feitos entre

130. fé pública

O escrivão e o oficial de justiça têm *fé pública* (tanto quanto os órgãos do chamado *foro extrajudicial*), o que significa que suas certidões são havidas por verdadeiras sem qualquer necessidade de demonstração de sua correspondência à verdade, até que o contrário seja provado (presunção *juris tantum*).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XIII.
Calamandrei, *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 101, 102, 103 e 105.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 114-120.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 340-368.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. IV.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, § 26.

nas ações demarcatórias (art. 956). São peritos todos os engenheiros, médicos, contadores *etc.* que venham trazer ao juízo a cooperação de seus trabalhos especializados.

O perito, uma vez nomeado, assume formalmente o compromisso de desempenhar fielmente o *munus* (CPC, art. 422 – CPP, art. 159, § 2º), respondendo civil e penalmente (CP, art. 342) pelos prejuízos que através de informações inverídicas vier a causar à parte (CPC, art. 147).

Recebe o nome de *laudo* o parecer que o perito apresenta ao juiz, relatando o trabalho feito e formulando conclusões. O laudo não vincula o juiz: o perito é mero auxiliar, e aquele fica livre para decidir segundo sua convicção, ainda contra as conclusões do laudo (CPC, arts. 131 e 436 – CPP, art. 182).

O *intérprete* (que, bem pensado, é também um perito) tem funções ligadas a seus conhecimentos de língua estrangeira ou da linguagem mímica dos surdos-mudos (CPC, art. 151).

O *depositário particular* tem as mesmas funções do depositário público nas hipóteses do art. 666 do Código de Processo Civil. O próprio executado, proprietário do bem penhorado, será, a partir desse momento, um auxiliar eventual da Justiça quando houver recebido o bem em depósito.

O *administrador judicial* e o *inventariante* são os administradores nomeados pelo juiz para a recuperação judicial de empresa, para a falência, para o inventário e, em alguns casos, para a execução por quantia (CPC, arts. 148-150, 716-729 e 990 ss. – LF, arts. 21 ss.).

129. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos extravagantes)

Para o desempenho das funções jurisdicionais muitas vezes o juiz necessita da cooperação de diversas entidades (públicas ou privadas), como, p. ex.: a) a Empresa de Correios e Telégrafos, para a expedição de cartas precatórias ou citatórias; b) a Imprensa Oficial do Estado e as empresas jornalísticas particulares, para a publicação de editais; c) a Polícia Militar, nos casos de resistência aos oficiais de justiça; d) os órgãos pagadores de entidades públicas e privadas, encarregados de descontar em folha a prestação de alimentos devida pelo funcionário ou empregado (CPC, art. 734 – lei n. 5.478, de 25.7.1968, art. 16). Tais órgãos, que não são em si mesmos auxiliares da Justiça, funcionam como tais no momento em que prestam sua cooperação ao desenvolvimento do processo.

Em sua origem mais remota o Ministério Público não tinha exatamente essa função: foi em uma *ordonnance* francesa do início do século XIV que pela primeira vez se fez menção a ele, porém na qualidade de mero encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano (*gens du roi*).

Até tempos relativamente recentes tinha o Ministério Público brasileiro o encargo anômalo de representação dos interesses do Poder Executivo em juízo (Const.-1967, art. 126); essa função destoava inteiramente dos objetivos da Instituição e contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros desta. Por isso, a Constituição de 1988 vedava expressamente “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, inc. IX).

Ainda que, como ensina a doutrina mais autorizada, a verdadeira origem da Instituição seja na França, identificam-se nos *procuratores Cæsar* remotos precursores dos atuais promotores (embora apenas com funções de defensores do patrimônio do imperador). No Egito de 4.000 anos aC um corpo de funcionários com atribuições que substancialmente se assemelham às do Ministério Público moderno era encarregado de: “I – ser a língua e os olhos do rei do país; II – castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III – acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV – ser o marido da viúva e o pai do órfão; V – fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI – tomar parte nas instruções para descobrir a verdade”.

132. Ministério Público e Poder Judiciário

A definição constitucional do Ministério Público, já transcrita, coloca-o como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado” (v. tb. a Lei Orgânica do Ministério Público, lei n. 8.625, de 12.2.1993, art. 1º). Aquele texto encontra-se no capítulo constitucional dedicado às “funções essenciais à Justiça”, ao lado da Advocacia-Geral da União e da Defensoria Pública – v. Tít. IV, cap. IV. No Brasil o Ministério Público é portanto configurado como instituição autônoma, que não integra o Poder Judiciário embora desenvolva suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais.

A emenda n. 1 à Constituição de 1967 colocava o Ministério Público entre os órgãos do Poder Executivo (Tít. I, cap. VII, seq. VII, arts. 94-96), ao contrário do que se dava no texto original de 1967, que o incluía no Poder Judiciário. Em outros países, como na Itália, inexiste o

CAPÍTULO 24

MINISTÉRIO PÚBLICO

131. noção, funções, origens

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Tais valores recebem a atenção dos membros do *Parquet* seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando no juízo civil os promotores se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos) ou de certas pessoas (consumidores, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho). Por isso a Constituição Federal define o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127).

É que o Estado Social de Direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.

própria, e a do Estado de São Paulo é a sua Lei Orgânica (lei compl. est. n. 734, de 26.11.1993).

133. *princípios*

Dois princípios básicos informam tradicionalmente a instituição do Ministério Público: a) o da unidade e indivisibilidade; b) o da independência funcional – ambos erigidos à dignidade constitucional na ordem vigente (Const., art. 127, § 1º).

Ser *una e indivisível* significa que todos os seus membros da Instituição fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam – porque quem está na relação processual é o Ministério Público como Instituição, não a pessoa física de um promotor ou curador.

Ser *independente* significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (lei n. 8.625, de 12.2.1993, art. 1º, par.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para “propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos” (Const., art. 127, § 2º), e para elaborar “sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 127, § 3º).

Manifestação do primeiro desses princípios é a possibilidade que tem o chefe da Instituição de avocar inquéritos, bem como a de substituir membros do Ministério Público em suas funções ou a de delegar funções. Na doutrina questionou-se a legitimidade dessas interferências, que violariam a garantia do *promotor natural*.

Em virtude do princípio da independência, o órgão do Ministério Público (em qualquer instância) não está ligado aos interesses do Estado *pro domo sua*: assim, p. ex., é absolutamente livre para opinar como lhe parecer de justiça nos mandados de segurança e nas ações patrimoniais em que o Estado for parte.

A Constituição Federal, inovando e valorizando a instituição do Ministério Público, define as *funções institucionais* deste, ou seja, os

Ministério Público como instituição: suas funções pertencem ao próprio Poder Judiciário e os magistrados ora desempenham funções de juiz (Magistratura judicante), ora de órgãos do Ministério Público (Magistratura requerente).

Apesar da *unidade* do Ministério Público, como Instituição, oficiando seus membros junto ao Poder Judiciário e compondo-se este de diversos organismos distintos (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e as *Justiças* comuns e especiais, da União e dos Estados), é compreensível que também o *Parquet* se apresente diversificado em vários organismos separados, cada um deles oficiando perante um daqueles. Trata-se de atribuições internas, que não incidem sobre sua legitimidade (*infra*, n. 169).

A Constituição apresenta o Ministério Público da União integrado pelo Ministério Público Federal (oficiando perante o STF, o STJ e a Justiça Federal), Ministério Público do Trabalho (Justiça do Trabalho), Ministério Público Militar (Justiça Militar da União) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Justiça do Distrito Federal e Territórios – Const., art. 128, inc. I). Não existe mais cada um desses corpos como instituição autônoma, pois todos eles integram uma instituição só, que é o Ministério Público da União. Autônomo é o Ministério Público de cada Estado, oficiando perante a respectiva Justiça.

A lei compl. n. 75, de 20 de maio de 1993, que é a Lei Orgânica do Ministério Público da União, dispõe sobre o Ministério Público Federal (arts. 37-82), sobre o Ministério Público Militar (arts. 116-148), sobre o Ministério Público do Trabalho (arts. 83-115) e sobre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 149-181), dizendo-os todos *independentes entre si* (art. 32).

Há, além disso, junto à Justiça de cada Estado um Ministério Público estadual (Const., art. 128, inc. II). Eles são organizados segundo as normas gerais contidas na própria Constituição e na Lei Orgânica federal que dá normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (lei n. 8.625, de 12.2.1993). A Constituição autoriza a edição de leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, as quais devem estabelecer “a organização, as atribuições e o estatuto” do Ministério Público da União e dos estaduais segundo os princípios, garantias e regras fixados em nível constitucional (art. 128, § 5º). Cada Estado organiza seu *Parquet* mediante legislação

cionalmente reservado aos juízes e agora concedido aos promotores de justiça na mesma dimensão que a estes (art. 128, § 5º, inc. I – *supra*, nn. 95 e 96); b) ingresso aos cargos iniciais mediante concurso de provas e títulos, “observada, nas nomeações, a ordem de classificação” (art. 129, § 3º); c) promoção voluntária, por antiguidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incs. III e VI da Constituição Federal (LOMP, art. 61, inc. I), “com prevalência de critérios de ordem objetiva” para a apuração da antiguidade e do merecimento (inc. II); d) sujeição à competência originária do Tribunal de Justiça “nos crimes comuns e nos de responsabilidade” (LOMP, art. 40, inc. IV).

A vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, inc. I).

A Constituição (art. 129) e a Lei Orgânica falam ainda em certas atribuições, entre as quais arrolam verdadeiras prerrogativas: a) promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da Administração direta ou indireta; b) expedir notificações; c) acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais; d) requisitar informações, resguardando o direito de sigilo; e) assumir a direção de inquéritos policiais, quando designados pelo Procurador-Geral (v. LOMP, arts. 25 e 40).

135. *impedimentos e mecanismos de controle*

A Constituição Federal de 1988, haurindo o espírito da anterior Lei Orgânica do Ministério Público (lei compl. n. 40, de 14.12.1981) e de algumas Constituições e leis estaduais precedentes, impõe aos membros do Ministério Público uma série de impedimentos destinados a preservar-lhes a independência funcional e, por via desta, a indispensável imparcialidade no exercício de suas funções. Além do voto à representação judicial e consultoria de entidades públicas (art. 129, inc. IX), consigna ainda o do *exercício da advocacia* (art. 128, § 5º, inc. I, letra *b*), o de receber honorários, percentuais ou custas (letra *a*), o de participar de sociedade comercial (letra *c*), o do exercício de outra função pública, salvo uma de magistério (letra *d*), o de exercer atividades político-partidárias (letra *e*) e o de “receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contri-

encargos que o caracterizam e identificam em face dos demais agentes ou organismos. Merece destaque especialíssimo, por dizer respeito à própria essência do *Parquet* e sua legitimidade na sociedade e no Estado contemporâneos, a responsabilidade de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, inc. II).

Outras regras de primordial importância também ali contidas são a *exclusividade da ação penal pública* (inc. I) e a titularidade da ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inc. III) etc. A proibição de prestar serviços a entidades públicas (inc. IX) é também um fator de valorização do Ministério Público e sua independência, a qual fica valorizada, ainda, pelas limitações impostas ao Chefe do Executivo para a nomeação e a destituição do Procurador-Geral (*infra*, n. 134).

Além disso, existem algumas *regras fundamentais* estabelecidas na Lei Orgânica (federal) do Ministério Público estadual (lei n. 8.625, de 12.2.1993). Seu art. 59 pressupõe a organização do Ministério Público dos Estados *em carreira*, o que não está dito diretamente na própria lei nem na Constituição mas resulta de diversas referências no texto constitucional (art. 128, §§ 1º e 3º, art. 129, §§ 2º e 3º, etc.).

134. *garantias*

A Constituição oferece uma série de garantias ao Ministério Público como um todo e aos seus membros (arts. 127-130). Elas amparam na mesma medida o Ministério Público da União e o dos Estados, sendo que ao Ministério Público estadual e seus integrantes a Lei Orgânica também dedica algumas garantias.

Entre as *garantias do Ministério Público como um todo* destacam-se: a) sua estruturação em carreira (*supra*, n. 133); b) sua relativa autonomia administrativa e orçamentária (Const., art. 127, §§ 2º e 3º); c) limitações à liberdade do Chefe do Executivo para a nomeação e destituição do Procurador-Geral (Const., art. 128, §§ 1º-4º); d) a exclusividade da ação penal pública e voto à nomeação de promotores *ad hoc* (Const., art. 129, inc. I e § 2º).

Aos promotores individualmente são estas as principais garantias outorgadas pela Constituição e Lei Orgânica: a) o tríplice predicado da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tradi-

aprovação pelo Senado Federal. Constitui sadia inovação constitucional a regra da escolha necessariamente entre integrantes da carreira e com a investidura garantida por dois anos, permitida uma recondução. Com isso afastam-se as nomeações por critérios pessoais ou políticos e assegura-se boa dose de autonomia funcional. A destituição antes de findo o prazo constitucionalmente previsto depende de autorização pela maioria absoluta do Senado Federal (Const., art. 128, §§ 1º e 2º).

As carreiras do Ministério Pùblico da União são distintas segundo os ramos em que se divide a Instituição, a saber: Ministério Pùblico Federal, Ministério Pùblico do Trabalho, Ministério Pùblico Militar e Ministério Pùblico do Distrito Federal e Territórios (lei compl. n. 75, de 20.5.1993, art. 32). O Procurador-Geral da República, sendo chefe do Ministério Pùblico da União, é quem exerce, direta ou indiretamente, a direção geral da Instituição (art. 128, § 1º).

Os Procuradores da República (integrantes do Ministério Pùblico Federal) oficiam não só perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como ainda perante todos os órgãos da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral. Perante a Justiça do Trabalho oficia o Ministério Pùblico do Trabalho, e perante a Justiça Militar o Ministério Pùblico Militar (lei compl. n. 75, de 20.5.1993, arts. 37, 83, 116 etc.). Como é natural, o Ministério Pùblico da União não tem funções perante as Justiças dos Estados.

Com o sadio voto constitucional à representação e consultoria a órgãos estatais (art. 129, inc. IX) e correlata implantação da Advocacia-Geral da União (arts. 131-133), o Ministério Pùblico da União fica afastado daquelas funções espúrias, que até um passado relativamente próximo comprometiam sua independência funcional e intelectual. Mas infelizmente são muitos os procuradores que ainda não se conscientizaram dessa modificação e mantêm uma linha de obcecada defesa dos cofres públicos.

137. órgãos do Ministério Pùblico estadual

Fiel à Lei Orgânica federal, a Lei Orgânica do Ministério Pùblico do Estado de São Paulo (lei compl. n. 734, de 26.11.1993) indica os órgãos do *Parquet* estadual: a) órgãos de *administração superior* (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Pùblico e Corregedoria-Geral do Ministério Pùblico); b) órgãos de *administração do Ministério Pùblico* (Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça); c) órgãos de *execução* (Procurador-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores da Justiça, Conselho Superior do Mi-

buições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei” (letra f) – aplicando-se ainda aos promotores em geral a chamada *quarentena*, ou seja, a proibição de “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (Const., art. 128, § 6º, c/c art. 95, par., inc. V).

A sadia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional.

Infelizmente, por casuísma e atendendo a notórios interesses espúrios, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu aos promotores que já o eram quando da promulgação da Carta de 1988 optar pelo regime precedente quanto às vedações. Com isso, só para os novos integrantes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscriminados e por tempo indeterminado para prestar serviços de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira enquanto tais ligações não tiverem fim.

Em simetria com o que se dá em relação à Magistratura, para a efetividade da observância dos impedimentos e cumprimento dos deveres também pelos promotores oficiará um órgão censório, que é o *Conselho Nacional do Ministério Público*, dotado de poderes análogos aos do Conselho Nacional de Justiça (Const., art. 130-A). Esse Conselho poderá ser provocado por qualquer interessado ou pelas *Ouvidorias do Ministério Público*, às quais tocará esse relevante papel de captação e encaminhamento de reclamações contra condutas irregulares (art. 130-A, § 2º, inc. III e § 5º – *supra*, n. 92). O Conselho Nacional do Ministério Público será composto por oito representantes do *Parquet*, entre eles o Procurador-Geral da República, ao lado de dois magistrados, dois advogados e “dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal” (art. 130-A, incs. I-VI).

136. Órgãos do Ministério Público da União

A chefia do Ministério Público da União é exercida pelo Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República após

Entre os *direitos do advogado* (arts. 6º e 7º) ressaltam-se os seguintes: a) exercer com liberdade a profissão, em todo o território nacional; b) ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da Ordem; c) comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; d) contar com a presença de representante da Ordem, quando preso em flagrante por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade (procedendo-se nos demais casos à comunicação expressa à Seccional da Ordem); e) não ser recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala do Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela Ordem, e, na sua falta, em prisão domiciliar. A prisão em flagrante, com as cautelas acima descritas, só pode dar-se em caso de crime inafiançável (§ 3º do art. 7º).

145. *Ordem dos Advogados do Brasil*

A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do dec. n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, é hoje serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade: a) defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos e a justiça social, além de pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; b) promover, com exclusividade, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Para tanto, a Ordem dos Advogados do Brasil não mantém qualquer vínculo funcional ou hierárquico com órgãos da Administração Pública, sendo-lhe privativo o uso da sigla “OAB” (EA, art. 44).

São órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil: I – o Conselho Federal; II – os Conselhos Seccionais; III – as Subsecções; IV – as Caixas de Assistência dos Advogados (art. 45).

O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais dispõem de personalidade jurídica própria. O Conselho Federal é sediado na Capital da República, e os Seccionais no Distrito Federal e Capitais dos Estados. O Conselho Federal é o órgão supremo da Ordem.

nistério Público, procuradores de justiça, promotores de justiça); d) órgãos *auxiliares* (centros de apoio operacional, Comissão de Concurso, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional, órgãos de apoio técnico e administrativo, estagiários – art. 7º).

A Procuradoria-Geral da Justiça e o próprio *Parquet* estadual são dirigidos pelo Procurador-Geral da Justiça, que será necessariamente membro da carreira (procurador de justiça ou não) e figurante de uma lista tríplice apresentada pelo Ministério Público ao Governador. O Procurador-Geral da Justiça é investido por dois anos, podendo ser reconduzido somente uma vez, e só será destituído antes do prazo mediante deliberação secreta da Assembleia Legislativa, exigido o *quorum* de dois terços (Const.-SP, art. 94, incs. II e III – Const. Fed., art. 128, § 3º).

O Colégio de Procuradores, como órgão de administração superior de execução, é composto por todos os procuradores da justiça e presidido pelo Procurador-Geral da Justiça. Suas funções são exercidas por um Órgão Especial composto de quarenta e dois procuradores de justiça, para tanto escolhidos segundo os critérios fixados em lei (arts. 22-24).

O Conselho Superior do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral, é composto de onze procuradores da justiça, sendo nove eleitos (art. 26). Ele tem a precípua função de indicar promotores em lista tríplice para a promoção por merecimento; indica também os membros da Comissão de Concurso etc. (art. 36).

A Corregedoria-Geral é o órgão censório do Ministério Público e o Corregedor-Geral é eleito pelo Colégio de Procuradores pelo prazo de dois anos (art. 19).

Os órgãos de execução exercem suas funções perante a Justiça estadual (ordinária e Militar), assim como perante a Justiça Eleitoral (arts. 116-121). A partir do disposto no art. 129 da Constituição Federal e na Lei Orgânica federal, a vigente Lei Orgânica do Ministério Público imprimiu uma extraordinária dinâmica à atuação do *Parquet* estadual por seus órgãos de execução, seja no processo criminal, na ação civil pública, no inquérito civil e no policial e no atendimento ao público – especialmente ao consumidor – etc.

Os cargos do Ministério Público estadual são estruturados em *carreira*, em forma bastante simétrica e análoga à da carreira da Magistratura paulista. O *ingresso* dá-se no cargo de promotor de justiça substituto, havendo necessidade de confirmação na carreira após dois anos de exercício (arts. 128 ss.). As *promoções* para as diversas entrâncias e para a Procuradoria são feitas, alternadamente, pelos critérios do merecimento e antiguidade (LOMP-SP, art. 133).

146. exame de Ordem e estágio

Como já se viu, uma das finalidades precípuas da Ordem dos Advogados do Brasil é a de proceder à seleção de seus próprios membros, habilitando-os ao exercício da advocacia. Essa seleção abrange a verificação da idoneidade moral do candidato (EA, art. 8º, §§ 3º e 4º), necessária para o exercício privado da elevada função pública em que se pretende investir; da inexistência de incompatibilidade entre a advocacia e o exercício de cargo, função ou atividade do candidato, para assegurar a independência do advogado, evitar a indevida captação de clientela e impedir o abuso de influências (EA, arts. 27-30); e, finalmente, da chamada *capacitação profissional*, que inclui as condições especiais exigidas para o desempenho da profissão, em acréscimo à formação universitária adequada.

A aferição dessa capacitação profissional faz-se através do exame de Ordem, para o bacharel (EA, art. 8º, inc. IV), e pela admissão em estágio profissional de advocacia, para o estagiário (art. 9º, inc. II). São dispensados do exame de ordem os ex-membros da Magistratura e do Ministério Público.

O exame de Ordem está disciplinado pelo prov. n. 81, de 16 de abril de 1996, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Consiste em provas de habilitação profissional, perante comissão composta de três ou mais advogados inscritos há mais de cinco anos e nomeados pelo presidente da Seção ou da Subseção delegada, sobre matéria de programa adrede preparado, compreendendo prova escrita, que inclui a elaboração de alguma peça profissional, e prova oral de participação em audiência, Tribunal do Júri e sustentação de recurso. Na atribuição das notas, que irão de zero a dez pontos, os examinadores terão em conta o raciocínio jurídico, a correção gramatical e a técnica profissional demonstrada, entre outros critérios. Inabilitado em qualquer exame, poderá o candidato repeti-lo nos períodos seguintes.

Pelo estatuto anterior era possível substituir o exame de Ordem pelo estágio profissional, período de estreito contato com o funcionamento prático das instituições junto às quais o advogado atuasse profissionalmente ou de efetivo exercício, sob o controle e orientação de advogado, de algumas atribuições da profissão, tudo de acordo com um programa preestabelecido. Ao estágio eram admitidos os bacharéis em direito e os alunos matriculados no 4º ou no 5º anos de faculdade de direito mantida pela União ou sob fiscalização do Governo Federal. Hoje todavia essas disposições estão fora de vigor, prevalecendo pois as exigências contidas

- Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 121 e 122.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338 e 339 e 369-374.
- Freitas Camargo, “Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira”.
- Frontini, “Ministério Público, Estado e Constituição”.
- Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. V.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, § 3º, b.
- Penteado e outros, “Ministério Público: órgão de Justiça”.
- Petrocelli, “O Ministério Público, órgão de Justiça”.
- Spagna Musso, “Problemas constitucionais do Ministério Público na Itália”.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 291 ss.

CAPÍTULO 26
COMPETÊNCIA:
CONCEITO, ESPÉCIES,
CRITÉRIOS DETERMINATIVOS

147. conceito

→ Como são inúmeros os processos que podem ser instaurados em decorrência dos conflitos entre pessoas ou grupos surgidos em um país e múltiplos também os órgãos jurisdicionais, é facilmente comprehensível a necessidade de distribuir esses processos entre esses órgãos. A jurisdição como expressão do poder estatal é uma só, não comportando divisões ou fragmentações. Cada juiz e cada tribunal são plenamente investidos de jurisdição mas o exercício desta é distribuído, pela Constituição e pela lei ordinária, entre os muitos órgãos jurisdicionais. Cada qual então a exercerá dentro de determinados limites, ou seja, com referência a determinado grupo de litígios. Tal é a problemática central da competência, que se define como *a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos* (Lieberman). ←

Nessa mesma ordem de ideias é clássica também a conceituação da competência como *medida de jurisdição*. Cada órgão só exerce esta na medida que lhe impõem as regras sobre competência.

→ E assim a função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz concretamente competente para determinado processo. Através das regras legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência) excluem-se os demais órgãos jurisdicionais, para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto. ←

bem como a defender-lhes os direitos e interesses em juízo ou fora dele. A propósito prescreve o art. 1º do Estatuto: “são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

O vigente Estatuto tem suscitado polêmicas, sendo tachada de corporativista. Objeto de ação direta de constitucionalidade com relação a vários de seus dispositivos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia do dispositivo que prescreve a obrigatoriedade do advogado perante os juizados especiais, vislumbrando nessa prescrição legal ofensa ao princípio constitucional de amplo acesso à justiça.

Diante daquelas disposições expressas da lei deduz-se que as atividades do advogado se desdobram em duas frentes: a advocacia judicial e a extrajudicial. A primeira, de caráter predominantemente contencioso (com a ressalva relativa à jurisdição voluntária); a segunda, eminentemente preventiva. Em um curso de direito processual, como este, concentra-se a atenção, naturalmente, no aspecto judicial da advocacia.

Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima *parcialidade institucional*. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz. É expresso nesse sentido o § 2º do art. 211 do Estatuto: “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*”. Sobre a natureza jurídica da advocacia, v. *infra*, n. 142.

140. Defensoria Pública

A institucionalização da Defensoria Pública (Const., art. 134) constitui séria medida direcionada à realização da velha e descumprida promessa constitucional de assistência judiciária aos necessitados. A Constituição fala agora, mais amplamente, em “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, inc. LXXIV), a qual inclui também o patrocínio e a orientação em sede extrajudicial (*advocacia preventiva*); o emprego do adjetivo *jurídica*, em vez de *judiciária*, foi ditado exatamente por essa intenção de ampliar a garantia. Às Defensorias Públicas da União, Estados e Distrito Federal incumbem “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134). De grande relevância é tam-

históricas do ordenamento jurídico nacional e levando em conta as conveniências atuais da conjuntura social e política. Assim, para estudar a competência perante o direito brasileiro é preciso, antes de tudo, ter presente a estrutura dos órgãos judiciais brasileiros, entre os quais se distribui o exercício da jurisdição nacional (*supra*, esp. n. 106 – a estrutura judiciária nacional).

Essa observação demonstra, por si só, como devem ser encarados sob muita reserva os esquemas sobre a competência formulados por autores estrangeiros e destinados a outros ordenamentos jurídicos, a outras estruturas judiciais.

No estudo da organização judiciária foram expostas as linhas da estrutura judiciária pátria, da qual convém ressaltar, agora, os seguintes pontos fundamentais: a) a existência de órgãos jurisdicionais isolados, no ápice da pirâmide judiciária e portanto acima de todos os outros (STF, STJ); b) a existência de diversos organismos jurisdicionais autônomos entre si (as diversas *Justiças*); c) a existência, em cada *Justiça*, de órgãos judiciais superiores e órgãos judiciais inferiores (o duplo grau de jurisdição); d) a divisão judiciária, com distribuição de órgãos judiciais por todo o território nacional (comarcas, subseções judiciais); e) a existência de mais de um órgão judiciário de igual categoria no mesmo lugar (na mesma comarca, na mesma seção judiciária); f) a instituição de juízes substitutos ou auxiliares, com competência reduzida.

A observação desses dados fundamentais e característicos do direito brasileiro torna possível determinar os diversos passos da caminhada através da qual a jurisdição sai do plano abstrato que ocupa como poder atribuído a todos os juízes e chega à realidade concreta da atribuição de seu exercício a determinado juiz, com referência a determinado processo.

São as seguintes as fases desse *iter*, cada qual representando um problema a ser resolvido:

- a) *competência de jurisdição* (qual a Justiça competente?);
- b) *competência originária* (competente o órgão superior ou o inferior?);
- c) *competência de foro* (qual a comarca ou subseção competente?);
- d) *competência de juízo* (qual a vara competente?);
- e) *competência interna* (qual o juiz competente?);

142. natureza jurídica da advocacia

Diz-se tradicionalmente que a advocacia é uma atividade privada, que os advogados são profissionais liberais e que se prendem aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviço. Modernamente, porém, formou-se outra corrente doutrinária para a qual, em vista da indispensabilidade da função do advogado no processo, a advocacia tem caráter público e as relações entre patrono e cliente são reguladas por contrato de direito público.

Diante de nosso direito positivo parece mais correto conciliar as duas facções, considerando-se a advocacia, ao mesmo tempo, como *ministério privado* e *indispensável serviço público* (Const., art. 133 – EA, art. 2º, §§ 1º e 2º), para concluir que se trata do *exercício privado de função pública e social*. Assim é que o mandato judicial institui uma representação voluntária no que toca à sua outorga e escolha do advogado, mas representação legal no que diz respeito à sua necessidade e ao modo de exercê-la.

Em regra o advogado postulará em juízo ou fora dele fazendo prova dos poderes (EA, art. 5º). Poderá fazê-lo independentemente destes nos processos de *habeas corpus*, nos casos de urgência (obrigando-se a apresentar a procuração no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período: CPC, art. 37 – EA, art. 5º, § 1º) e no de assistência judiciária, quando indicado pelo respectivo serviço, pela Ordem dos Advogados do Brasil ou pelo juiz.

Quando a defesa gratuita fica a cargo da Defensoria Pública (*supra*, n. 140), quem patrocina os interesses do necessitado é a própria instituição, e não cada um de seus integrantes. Daí a dispensa de outorga de poderes. Mas quando a indicação recai sobre advogado no exercício de profissão liberal ao *provimento* há de seguir-se a outorga do mandato *ad judicia*. No *habeas corpus* a dispensa deste decorre da legitimação que tem qualquer pessoa, advogados inclusive, naturalmente, para impetrá-lo em nome próprio (CPP, art. 654, e EA, art. 1º, § 1º).

A procuração com a cláusula *ad judicia* habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer Justiça, foro, juízo ou instância, salvo os de receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso (CPC, art. 38 – EA, art. 5º, § 2º).

151. *dados referentes à causa*

Toda causa trazida a exame judiciário apresenta necessariamente uma série de elementos essenciais que a identificam e diferenciam das demais. São os *elementos da ação*, ou da demanda, de que se cuida mais pormenorizadamente a seu tempo e seu lugar (*infra*, n. 171).

Resumidamente, destaca-se agora que todo conflito trazido à Justiça para exame trava-se entre *pessoas*, exprime-se no *pedido* de uma medida jurisdicional (sentença de determinada natureza e conteúdo, satisfação de um crédito etc.) e origina-se de *fatos* que se enquadram em determinada *categoria jurídica* (crime, ato ilícito civil, locação, relação empregatícia, inadimplemento etc.). Em consequência, exige a lei que toda demanda apresentada em juízo contenha os seguintes elementos identificadores:

- a) as *partes*, ou seja, a identificação da pessoa que vem pedir uma medida jurisdicional ao juiz e daquela com relação à qual essa medida é postulada (autor e réu – exequente e executado);
- b) o *pedido*, no qual se traduz a pretensão do autor da demanda e que consiste na solicitação da medida judicial pretendida (condenação do acusado, decretação de um despejo etc.);
- c) os *fatos* dos quais, segundo a exposição do demandante, decorre o direito que afirma ter (p. ex., o fato criminoso concretamente imputado ao acusado, os fatos caracterizadores de grave violação aos deveres do casamento na ação de divórcio, a despedida injusta nas reclamações trabalhistas);
- d) os *fundamentos jurídicos*, ou seja, as regras de direito pertinentes ao caso e das quais o demandante extrai a sua conclusão (v.g., a norma penal incriminadora, as regras sobre locação e despejo etc.). Neste tópico e no precedente reside o que tecnicamente se chama *causa de pedir*.

O legislador leva em conta o modo como se apresenta em concreto cada um desses elementos em cada demanda, valendo-se deles em seu trabalho de elaboração de grupos de causas para fins de determinação da competência.

Das *pessoas* em litígio, ou seja, das *partes*, considera a lei ao traçar as regras de competência:

- a) sua *qualidade* (v.g., competência originária do Supremo para processar o Presidente da República nos crimes comuns; competência da Justiça Federal para os processos em que for parte a União);
- b) sua *sede* (esp., domicílio do réu para fins de competência civil).

A matéria atinente aos *honorários advocatícios* vem regulada nos arts. 22 a 26 do Estatuto, que garantem aos inscritos na Ordem o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento judicial e aos da sucumbência. O § 1º do art. 22 assegura ao advogado indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, o direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da Ordem, a serem pagos pelo Estado.

Por sua vez, os arts. 15 a 17 contêm normas referentes às *sociedades de advogados*.

144. deveres e direitos do advogado

Para assegurar o bom desempenho de sua elevada missão social, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei n. 4.215, de 27.4.1963) atribuía ao advogado uma longa série de deveres e direitos, nos arts. 87 e 89. O vigente Estatuto mudou porém essa sistemática, dedicando o cap. II do Tít. I aos *direitos* do advogado (arts. 6º e 7º) e disciplinando os *deveres* no cap. VIII, intitulado “da Ética do Advogado” (arts. 31 a 33) – sendo que este último dispositivo faz remissão expressa à obrigatoriedade de se cumprirem rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Ademais, o cap. IX (art. 34), ao tipificar as infrações e sanções disciplinares, arrola algumas condutas correspondentes a deveres (como a violação do sigilo profissional).

Assim, são *deveres do advogado*: a) proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio de sua categoria profissional; b) manter a independência, em qualquer circunstância, no exercício da profissão; c) não se deter, no exercício da profissão, pelo receio de desagrardar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade; d) responsabilizar-se pelos atos que no exercício profissional praticar com dolo ou culpa, sendo solidariamente responsável com seu cliente em caso de lide temerária, desde que com ele coligado para lesar a parte contrária, o que será apurado em processo específico; e) obrigar-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina (EA, arts. 31-33).

Quanto ao Código de Ética e Disciplina, o parágrafo do art. 33 reafirma regular ele os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional, e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

152. *dados referentes ao processo*

Às vezes é em certas características do modo de ser do processo (*judicium*), e não da causa (*res in judicium deducta*), que o legislador vai buscar elementos para resolver os problemas da distribuição da competência. Isso se dá principalmente quando a competência de determinado organismo ou juízo é ditada: a) pela *natureza do processo* (o mandado de segurança, às vezes, é da competência originária dos tribunais); b) pela *natureza do procedimento* (em alguns Estados há varas especializadas para as causas de procedimento sumário); c) pela *relação com processo anterior* (processo contendo o mesmo conflito já apreciado em outro é da competência do mesmo juiz deste – ex.: execução civil por título judicial, competência do mesmo órgão judiciário de primeiro grau que julgou a causa).

Mas, às vezes, o sistema abre exceções à regra da atribuição da competência para a execução ao mesmo juiz da fase de conhecimento, para facilitar o acesso à justiça: v., p. ex., art. 98, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina utiliza a expressão *competência funcional*, muitas vezes, para designar essa competência segundo o modo de ser do processo; embora haja grande variação no sentido da expressão do sistema de um autor para o de outro, o mais razoável é o emprego indicado. Da competência funcional não costuma falar a lei (nem brasileira, nem estrangeira), constituindo novidade a dicção do art. 93 do Código de Processo Civil pátrio.

→153. *atribuição das causas aos órgãos*

Conhecida a estrutura dos órgãos judiciais do país e vistos os dados relevantes perante a lei para a solução dos *problemas da competência*, a próxima operação consiste em distribuir entre aqueles, com base nos variados critérios emergentes desses dados, todas as causas sujeitas à jurisdição brasileira.

Nessa distribuição o constituinte e o legislador visam às vezes, preponderantemente, ao interesse público da perfeita atuação da jurisdição (p. ex., na competência de jurisdição); às vezes, ao interesse e à comodidade das partes (p. ex., na competência de foro, ou territorial). Além disso, há casos em que um só dado terá relevância na solução de um dos problemas; em outros, dois ou mais dados se conjugam.

As Subsecções são partes autônomas do Conselho Seccional. As Caixas de Assistência dos Advogados, também dotadas de personalidade jurídica própria, são criadas pelos Conselhos Seccionais que contarem com mais de mil e quinhentos inscritos (art. 45, §§ 1º-5º).

A Ordem dos Advogados do Brasil comprehende *dois quadros*: o de advogados e o de estagiários. São requisitos comuns para a inscrição em qualquer desses quadros: a) capacidade civil; b) título de eleitor e quitação com o serviço militar, se brasileiro; c) não exercer atividade incompatível com a advocacia; d) idoneidade moral; e) prestar compromisso perante o Conselho (EA, art. 8º, incs. I, III, V, VI e VII, e art. 9º, inc. I). Quanto ao requisito de idoneidade moral, o § 4º do art. 8º não o considera atendido em caso de condenação por crime infamante, salvo reabilitação judicial; e, a teor do § 3º, a inidoneidade moral, que pode ser suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do Conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar regulado nos arts. 70 a 74 do próprio Estatuto.

São requisitos especiais para a inscrição no quadro de advogados: a) diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada (se o diploma é obtido em instituição estrangeira, quer por brasileiro ou por estrangeiro, deve ser devidamente revalidado); b) aprovação em exame de Ordem (art. 8º, incs. II e IV, e § 2º).

Para a inscrição no quadro de estagiários é requisito especial a admissão em estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, durante os últimos do curso jurídico, podendo ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da Ordem ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados por esta, sendo obrigatório o estudo do Estatuto e do Código de Ética e Disciplina (art. 9º, inc. II e § 1º).

O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro é privativo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (EA, art. 3º). O advogado exerce todos os atos inerentes à postulação em juízo e às atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica, sendo que os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados (art. 1º e § 2º). O estagiário regularmente inscrito pode praticar todos os atos de advocacia, em conjunto com o advogado e sob a responsabilidade deste – sendo portanto portador de uma parcial capacidade postulatória (art. 3º, § 2º).

pessoal do acusado – prefeito). Demais casos de competência originária dos tribunais de cada Justiça são estabelecidos em lei federal (tribunais trabalhistas, eleitorais, militares – Const. Fed., arts. 113, 121 e 124, par.) ou nas Constituições dos Estados (Const. Fed., art. 125, § 1º).

No Estado de São Paulo a competência originária de seu Tribunal de Justiça é ditada pelo art. 74 da Constituição estadual – crimes comuns imputados ao Vice-Governador e outras autoridades de alto escalão, mandados de segurança e *habeas data* contra ato do Governador e outras autoridades, certos mandados de injunção, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contestado em face da própria Constituição estadual.

Em processo penal, quando os tribunais têm competência originária para processar certas autoridades, fala-se em *competência por prerrogativa de função*. Falam também o leigo e a imprensa, com inteiro desconhecimento dos conceitos de direito processual, em *privilegio de foro*.

A *competência de foro* (ou territorial) é a que mais pormenorizadamente vem disciplinada nas leis processuais, principalmente no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil. Desprezando os casos excepcionais (foros especiais), podemos indicar as regras básicas, ou seja, aquelas que constituem o chamado *foro comum*: a) no processo civil prevalece o foro do domicílio do réu (CPC, art. 94); b) no processo penal, o foro da consumação do delito (CPP, art. 70); c) no processo trabalhista, o foro da prestação dos serviços ao empregador (CLT, art. 651).

Foro é o território dentro de cujos limites o juiz exerce a jurisdição. Nas Justiças dos Estados o foro de cada juiz de primeiro grau é o que se chama *comarca*; na Justiça Federal é a *subseção judiciária* (p. ex., a da cidade de Porto Alegre, a de Belo Horizonte, de Guaratinguetá etc.). O foro do Tribunal de Justiça de um Estado é todo o Estado; o dos Tribunais Regionais Federais é a sua *Região*, definida em lei (Const., art. 107, par.), ou seja, o conjunto das unidades da Federação sobre as quais cada um deles exerce jurisdição; o do Supremo Tribunal Federal, o do Superior Tribunal de Justiça e de todos os demais Tribunais Superiores é todo o território nacional (Const., art. 92, par.).

Competência de foro é, portanto, sinônimo de *competência territorial*. O constituinte e o legislador às vezes empregam o vocábulo *foro* em outros sentidos inadequados, mas é preciso fixar com precisão o seu conceito. Dizem às vezes *jurisdição*, erradamente, para expressar o que corretamente se chama *competência territorial*. É o caso, v.g., do art. 92, par., da Constituição Federal, onde está a expressão “*jurisdição* em todo

no Estatuto da Advocacia. Desse modo, o estágio profissional de advocacia, nas condições previstas no § 2º do art. 9º (ou seja, junto às faculdades, Conselhos da Ordem ou setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela Ordem), somente servirá para a inscrição no quadro de estagiários e como meio adequado de aprendizagem prática (Regulamento Geral do Estatuto de Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 27).

bibliografia

- Azevedo, “Direitos e deveres do advogado”.
- Azevedo Sodré, *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*.
- Calamandrei, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile: due dialoghi*.
- _____, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 117-120.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338 e 339 e 375-381.
- Lewis, *A trombeta de Gedeão*.
- Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, § 71, b e c.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, § 30, a.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 395 ss.

a decidir em processo em trâmite perante um órgão fracionário de algum tribunal, essa questão será decidida necessariamente pelo Plenário ou pelo *Órgão Especial* (arts. 93, inc. XI, e 97), ainda que o julgamento da causa ou recurso esteja afeto a uma câmara ou turma (o dado relevante reside então na natureza do fundamento da demanda). Além disso (só em processo civil), havendo dois juízes em exercício na mesma comarca ou vara, aquele que tiver iniciado a instrução oral em audiência prosseguirá no processo até ao fim, dando sentença: só se afasta do processo se transferido, promovido ou aposentado (CPC, art. 132). A competência das câmaras, grupos de câmaras, seções, turmas e Plenário dos tribunais é ditada pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelas Constituições estaduais, leis de organização judiciária e regimentos internos.

A *competência recursal* pertence, em regra, aos tribunais e não aos juízes de primeiro grau: a parte vencida, quando inconformada, pede manifestação do órgão jurisdicional mais elevado – e aí reside o funcionamento do princípio do duplo grau de jurisdição.

Competência recursal é competência para os recursos; e *recurso* significa a manifestação de inconformismo perante uma decisão desfavorável e pedido de substituição desta por outra favorável (*infra*, n. 274).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, caps. XIX-XXIV.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 125-158.
_____, *Sistema*, I, nn. 230-248.
Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, §§ 25-29 (trad.).
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 191-294.
Lent, *Zivilprozessrecht*, §§ 9-12 (trad. it.).
Lieberman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 24-34.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. VIII.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, § 24.
Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, §§ 36-38 (trad. esp.).
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 59 ss.

Diz-se, pois, que há uma *relação de adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional* (noção concreta da competência – Celso Neves).

148. distribuição da competência

→ Para fazer essa distribuição procede o legislador, certamente apoiado na experiência secular de que o informam a doutrina e a história, mediante três operações lógicas: a) constituição diferenciada de órgãos judiciais; b) repartição da *massa de causas* em grupos, levando em conta certas características da própria causa e do processo mediante o qual é ela apreciada pelo órgão judiciário; c) atribuição de cada um dos diversos grupos de causas ao órgão mais idôneo para conhecer destas, segundo uma política legislativa que leve em conta aqueles caracteres e os caracteres do próprio órgão. ←

Antes disso o legislador atribui ao juiz nacional, abstratamente, o poder de apreciar determinadas causas, excluindo as demais. Trata-se da chamada *competência internacional*, que, na realidade, não é problema afeto à competência mas à própria jurisdição: quando se diz que nenhum juiz brasileiro é competente para conhecer de determinada causa não se está fazendo uma distribuição da jurisdição entre juízes, mas simplesmente afirmado que falta à autoridade brasileira em geral o próprio poder jurisdicional a ser exercido (*supra*, n. 83).

→ No Brasil a distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados: a) na Constituição Federal, especialmente a determinação da competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União; b) na lei federal (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal *etc.*), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência originária dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras sobre competência de juízo (varas especializadas *etc.*). Essa é porém uma indicação meramente aproximativa. No estudo da competência em direito processual civil, penal, trabalhista *etc.* é que se identificam com precisão as regras com que o direito positivo disciplina a competência. As normas gerais sobre esta encontram-se nos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil. ←

→ 149. órgãos judiciais diferenciados

Cada país estrutura seus órgãos judiciais de determinada forma, segundo seus próprios critérios, guiando-se o legislador pelas diretrizes

da regra na qual é fixada (Grinover, Scarance e Magalhães). A chamada *competência de jurisdição*, a originária e a hierárquica (*supra*, n. 147-149) é definida pela Constituição, não podendo ser derrogada ou prorrogada pela lei. A violação da regra constitucional, nesses casos, pode levar, no mínimo, a uma incompetência absoluta (pois a regra constitucional é sempre instituída com vista ao interesse público), ou até à inexistência do ato praticado; aqui se trata de infringência ao princípio do juiz natural, entendido como juiz constitucionalmente competente (Const., art. 5º, inc. LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”); desse modo, o princípio do juiz constitucionalmente competente vem integrar as garantias do devido processo legal. Nessa mesma óptica, a figura do juiz constitucionalmente competente é pressuposto de *existência* e não de mera *validade* do processo, pois não é processo o que se desenvolve perante um juiz que não é o natural (*infra*, n. 190).

Há na doutrina a tendência a considerar *inexistente* o processo instaurado perante Justiça incompetente, porque nesse caso ocorre violação a normas constitucionais, sendo que a Constituição não ressalva os atos não decisórios: a ressalva é dos códigos de processo, os quais não podem impor exceções aos preceitos constitucionais. Há também os que consideram inexistentes apenas os processos da competência da Justiça comum quando instaurados perante a especial (o órgão judiciário não teria o poder jurisdicional para tais casos, agindo *sub praetextu jurisdictionis*); na hipótese inversa, dizem, age a Justiça comum com mero *excessus jurisdictionis*, pois os juízes ordinários são “idealmente investidos de toda a jurisdição”. Essa última tendência, contudo, perde força em face da Constituição Federal, como visto acima, podendo considerar-se inexiste o processo criminal conduzido pelo juiz desprovido de competência constitucional.

No processo civil a coisa julgada sana (relativamente) o vício decorrente de incompetência, dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado, pode a sentença ser desconstituída através da ação rescisória (CPC, arts. 485, inc. II, e 495). No processo penal a anulação virá através da revisão criminal ou do *habeas corpus*, a qualquer tempo, mas somente quando se tratar de sentença condenatória (CPP, arts. 621 e 648).

A coisa julgada é por muitos considerada uma *sanatória geral*, inclusive dos atos processuais juridicamente inexistentes. Mas, nas hipóteses em que a própria sentença possa ser considerada inexistente, não terá ela o condão de fazer coisa julgada material, podendo a inexistência ser declarada a qualquer tempo – excluída a hipótese de o acusado ter

f) *competência recursal* (competente o mesmo órgão ou um superior?).

Como se vê, em duas etapas apresenta-se o problema da *competência hierárquica*, ou competência em sentido vertical (órgão superior ou inferior?); primeiro para determinar-se qual deles conhece originariamente da causa, depois na escolha do órgão que conhecerá dos recursos interpostos. Naturalmente, o primeiro dos quesitos acima envolve a determinação da competência de uma das Justiças ou de um dos *órgãos de superposição* (STF, STJ), que não pertencem a qualquer delas e sobreparam a todas. Nas demais etapas trata-se de distribuição horizontal da competência.

→ 150. elaboração dos grupos de causas

Estabelecida a distribuição estrutural dos órgãos judiciários (e, portanto, quais os problemas a serem resolvidos para determinar o juiz competente), é preciso, antes de dizer qual a competência de cada um deles, separar em grupos os possíveis conflitos interindividuais (causas), observando certos caracteres comuns.

Também aqui é impossível apresentar soluções válidas universalmente, porque cada ordenamento jurídico leva em conta os dados da causa que lhe pareçam dignos de atenção, não havendo uniformidade no trato da matéria pelos legisladores (nem no espaço nem no tempo); mas há dados comuns aos ordenamentos jurídicos em geral, variando a relevância que lhes dá cada sistema processual. Assim, p. ex., o fato de ser brasileiro uma das partes não influi na determinação da competência do juiz brasileiro para causas cíveis (v. CPC, arts. 88-89), enquanto na Itália a condição de italiano em qualquer delas faz competente a autoridade judiciária daquele país. O Tribunal de Justiça é competente para processos-crime contra prefeitos (Const., art. 29, inc. X), mas se o mesmo prefeito for demandado em uma causa civil a competência será do juiz inferior. Como se vê, os critérios são profundamente variáveis.

A seguir veremos quais os dados relevantes no direito brasileiro para a determinação da competência – observando que cada um deles tem, segundo a escolha discricionária do legislador, reflexos na solução de apenas um ou de vários dos problemas da competência. Trata-se de dados observados: a) no próprio litígio ou causa (seus elementos identificadores), ou b) no processo mediante o qual a causa será conhecida judicialmente.

155. causas de prorrogação da competência

Nos casos em que se admite a prorrogação da competência, esta se prorroga às vezes em decorrência de disposição da própria lei (*prorrogação legal*, ou necessária) e às vezes por ato de vontade das partes (*prorrogação voluntária*). Nos casos de prorrogação legal é o próprio legislador que, por motivos de ordem pública, dispõe a modificação da competência; a prorrogação voluntária, ao contrário, é ligada ao poder dispositivo das partes (aquele que era beneficiado pelas regras ordinárias de competência, com um foro onde lhe fosse mais fácil demandar, renuncia à vantagem que lhe dá a lei).

Dá-se a *prorrogação legal* nos casos em que entre duas ações haja relação de conexidade ou continência (CPC, arts. 102-104 – CPP, arts. 76 e 77). Em ambos os casos a semelhança das causas apresentadas ao Estado-juiz (mesmos fatos a provar ou mesmo bem como objeto de dois conflitos de interesses) aconselha que o juiz procure formar uma *única convicção* a propósito de ambas, de modo a evitar *decisões contraditórias* em dois processos distintos e, em qualquer hipótese, atendendo ao princípio da *economia processual*.

Para esse fim, consideram-se *conexas* duas ou várias demandas, ou *causas*, quando tiverem em comum o objeto ou os fundamentos do pedido (CPC, art. 103); e há continência “quando uma causa é mais ampla e contém outra” (cfr. tb. a conceituação contida no art. 104 do CPC).

Em consequência de um desses fatores, se uma das causas conexas ou ligadas por nexo de continência for da competência territorial de um órgão e para outra delas for competente outro, prorroga-se a competência de um deles para que possa conhecer de ambas as causas. Ocorre nesse caso o que se chama *prevenção* e qualquer um deles se reputa potencialmente competente, de modo que aquele que conhecer de uma dessas causas em primeiro lugar conhecerá também da outra (as causas, nessa hipótese, além disso, são reunidas em um só processo: CPC, art. 106 – CPP, art. 79).

Em processo penal, ante a dicção dos arts. 76 e 77 do Código, há um conceito um pouco diferente de conexidade e de continência.

A *prorrogação voluntária da competência* dá-se em virtude de acordo expressamente formulado pelos titulares da relação jurídica controvertida, antes da instauração do processo (trata-se da *eleição* de foro, admitida apenas no processo civil – CPC, art. 111). Fala a doutrina,

No tocante aos *fatos e fundamentos jurídicos do pedido* são levados em conta:

a) em primeiro lugar a *natureza da relação jurídica controvertida*, ou seja, o setor do direito material em que tem fundamento a pretensão do autor da demanda (assim, varia a competência conforme se trate de causa penal ou não; e, se de causa penal, de infração penal de menor potencial ofensivo ou não; varia conforme se trate ou não de pretensão referente a relação de trabalho – Justiça do Trabalho; varia conforme se trate ou não de pretensão fundada em direito de família – Vara da Família e Sucessões; etc.). A competência pela natureza da relação jurídica é conhecida como *competência material*. A expressão *ratione materiae* tem um sentido mais amplo e geralmente significa *competência absoluta* (*infra*, n. 154);

b) depois, em alguns casos, o *lugar em que se deu o fato* do qual resulta a pretensão apresentada (lugar da consumação do crime, ou da prática da infração penal de menor potencial ofensivo ou, ainda, da prestação de serviços ao empregador). Importa ainda, em mais um exemplo, o lugar em que deveria ter sido cumprida voluntariamente a obrigação reclamada pelo autor (CPC, art. 100, inc. IV, d).

Do *pedido* (objeto da ação, objeto “da lide”) leva em conta o legislador, para fixação da competência, os seguintes dados:

- a) *natureza do bem* (móvel ou imóvel – CPC, art. 95);
- b) *seu valor* (competência dos juizados especiais cíveis para conflitos civis de valor patrimonial não excedente a quarenta salários-mínimos – LJE, art. 3º);
- c) *sua situação* (o foro da situação do imóvel – CPC, arts. 89, inc. I, e 95).

Um esquema de distribuição da competência internacionalmente muito conhecido é o da chamada *repartição tríplice*, que vem de autores europeus (Wach e Chiovenda) e conta com larga aceitação entre os italianos e alemães, tendo sido acatado no Código de Processo Civil brasileiro. É o seguinte: a) competência objetiva (valor ou natureza da causa, qualidade das pessoas); b) competência funcional; c) competência territorial. Esse esquema, que mistura os problemas da competência (fases da concretização da jurisdição) com os dados juridicamente relevantes para resolver os problemas, é ainda construído para estruturas judiciárias diversas da brasileira e portanto não se amolda com perfeição à nossa realidade.

excluindo-se os demais. *Præ-venire* significa chegar primeiro, e juiz prevento é o que em primeiro lugar tomou contato com a causa (CPC, arts. 106 e 219 – CPP, art. 83).

157. deslocamento da competência

A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu na ordem processual brasileira a figura do *deslocamento da competência* ao dispor que, “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (Const., art. 109, § 5º). Esse dispositivo integra o quadro de preocupações da Constituição Federal em torno da efetividade dos direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º – *supra*, nn. 39 e 40) e parte do pressuposto de que, em princípio, a Justiça Federal tem melhores condições que as estaduais para promover essa efetividade. Caso por caso, o Superior Tribunal de Justiça apreciará se concretamente há essa maior aptidão e se a lesão a direitos humanos é de tal monta que justifique o deslocamento; e, dando-se este, cessa a prevenção estabelecida no processo, recebendo a Justiça Federal essa competência superveniente. O Superior Tribunal de Justiça não é autorizado a dispor a esse respeito *ex officio*, e somente o Procurador-Geral da República tem legitimidade para provocá-lo.

bibliografia

- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 295-322.
Grinover, Scarance Fernandes & Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, cap. IV, pp. 39-48.
Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 322.
Pará Filho, *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*.
Vidigal, “A conexão no Código de Processo Civil brasileiro”.

Veremos neste tópico, mediante indicações bastante genéricas, as regras básicas que preponderam na solução dos diversos *problemas da competência*, sem a preocupação de resolver toda a problemática dessa matéria – porque isso é tarefa a ser desempenhada nos estudos específicos de cada ramo do direito processual positivo (processual penal, civil, trabalhista, eleitoral, militar) e não em uma *teoria geral*.

A *competência de jurisdição* é distribuída na forma dos arts. 109, 114, 121, 124 e 125, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Nos diversos casos, são da seguinte natureza os dados levados em conta pelo constituinte: a) *natureza da relação jurídica material controvertida*, para definir a competência das Justiças especiais em contraposição à das comuns (arts. 114, 121 e 124); b) *qualidade das pessoas*, para distinguir a competência da Justiça Federal (comum) e das Justiças estaduais ordinárias (também comuns) (art. 109), bem como das Justiças Militares estaduais e da União (art. 125, §§ 3º e 4º).

A expressão *competência de jurisdição* é, a rigor, incorreta e contraditória – ou o problema a que se refere é de competência, ou de jurisdição, e nunca de ambas as coisas. Ela é utilizada aqui, à falta de outra melhor (e segundo o uso da doutrina), para significar o conjunto de atividades judiciais cujo exercício é atribuído a cada organismo judiciário, ou sistema integrado e autônomo de órgãos (*Justiças*). Como se vê, a *competência de jurisdição* é típico fenômeno de competência, não interferindo de maneira alguma na jurisdição como expressão do poder inerente ao Estado soberano (que todas as Justiças, indiferentemente, têm).

Em alguns casos específicos a Constituição subtrai certas causas a todas as Justiças, atribuindo-as já originariamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I) ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I). Ela o faz, na maior parte das vezes, levando em conta dados referentes à condição das partes ou à natureza do processo. Em outros pouquíssimos casos as subtrai ao próprio Poder Judiciário, atribuindo-as ao Senado (art. 52, incs. I e II) ou à Câmara dos Deputados (art. 51, inc. I).

A *competência originária* é, em regra, dos órgãos inferiores (órgãos judiciais de primeiro grau de jurisdição, ou de *primeira instância*). Ordinariamente são esses os órgãos de entrada no Poder Judiciário e só excepcionalmente a competência originária pertence ao Supremo Tribunal Federal (Const., art. 102, inc. II), ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. II) ou aos órgãos de jurisdição superior de cada uma das Justiças (v. Const., art. 29, inc. X, em que é levada em conta a condição

o território nacional” – a qual deve ser lida como *competência em todo o território nacional*.

Considera-se *foro comum* aquele que corresponde a uma regra geral excluída somente em relação aos casos em que a própria lei fixar algum *foro especial*, com vista a facilitar o acesso à justiça (p. ex., a residência da mulher nas ações de anulação de casamento, separação ou divórcio – CPC, art. 100, inc. I). Há também casos em que a lei fixa *foros concorrentes*, à escolha exclusiva do autor, para o mesmo fim (local do fato ou domicílio do autor na ação para indenização de danos causados em acidente de veículos – CPC, art. 100, par.; diversas hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor). Quando não for possível determinar a competência pelos critérios primários fornecidos pela lei, em muitos casos há o *foro subsidiário* (v.g., o domicílio ou residência do acusado, se não for conhecido o local da consumação da infração – CPP, art. 72).

A *competência de juízo* resulta da distribuição dos processos entre órgãos judiciários do mesmo foro. Juízo é sinônimo de órgão judiciário, e em primeiro grau de jurisdição corresponde às *varas*. Em um só foro há frequentemente mais de um juízo, ou *vara*.

A palavra *juízo* tem também o significado de processo (do latim *judicium*), mas não é nesse sentido que é empregada na disciplina da competência.

A competência de juízo é determinada precipuamente: a) pela natureza da relação jurídica controvertida, ou seja, pelo fundamento jurídico-material da demanda (varas criminais ou as civis – varas de acidentes do trabalho, da família e sucessões, de registros públicos *etc.*); b) pela condição das pessoas (varas privativas da Fazenda Pública).

Os *foros regionais* de São Paulo são parcelas do foro da Capital: a comarca é uma só, mas as leis de organização judiciária distribuem os processos entre as varas do foro central e dos regionais, seja pelo critério do valor (pequeno valor, foros regionais), seja pelo da pessoa ou natureza da pretensão deduzida (causas da Fazenda Pública, de acidentes do trabalho ou alimentares são sempre da competência das varas centrais).

A *competência interna* dos órgãos judiciários é problema decorrente da existência de mais de um juiz (pessoa física) no mesmo juízo ou de várias câmaras, grupos de câmaras, turmas ou seções no mesmo tribunal. A Constituição estabelece que, havendo questão de constitucionalidade

Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela ideia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material. Assim, pela escola denominada clássica ou *imanentista* (ou ainda civilista, quando se trata da ação civil) a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontrastado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. Foi a teoria de Savigny seguida entre nós por João Monteiro.

160. a polêmica Windscheid-Muther

O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século XIX. Muther, combatendo algumas ideias 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 ideias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível 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.

161. a ação como direito autônomo

Dessas novas ideias partiram outros estudiosos para demonstrar, de maneira irrefutável, a autonomia do direito de ação. Distinguindo-o do direito subjetivo material a ser tutelado e reconhecendo em princípio seu caráter de direito público subjetivo, duas correntes principais disputam a explicação da natureza do direito de ação: a) a teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir.

162. a ação como direito autônomo e concreto

Foi Wach, ainda na Alemanha, quem elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo material violado ou ameaçado,

CAPÍTULO 27

COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

154. prorrogação da competência

Como de passagem já se disse antes (*supra*, n. 148), a distribuição do exercício da função jurisdicional entre órgãos ou entre organismos judiciários atende às vezes ao interesse público, e outras ao interesse ou comodidade das partes. Essa distinção comporta agora uma especificação mais aproximada.

É o *interesse público* pela perfeita atuação da jurisdição (interesse da própria função jurisdicional, portanto) que prevalece na distribuição da competência entre Justiças diferentes (competência de jurisdição), entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica – originária ou recursal), entre varas especializadas (competência de juízo) e entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna). Prevalece em princípio o *interesse das partes* apenas quando se trata da distribuição territorial da competência (*competência de foro*).

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público (competência de jurisdição, hierárquica, de juízo, interna) em princípio o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, e muito menos em virtude da vontade das partes em conflito. Trata-se, aí, da *competência absoluta*, isto é, competência que não pode jamais ser modificada. Iniciado o processo perante juiz absolutamente incompetente, este pronunciará a incompetência ainda que nada aleguem as partes (CPC, art. 113 – CPP, art. 109), enviando os autos ao juiz competente; e todos os atos decisórios serão nulos pelo vício de incompetência, salvando-se os demais atos do processo, que serão aproveitados pelo juiz competente (CPC, art. 113, § 2º – CPP, art. 567).

Abre-se aqui espaço para uma moderna classificação da competência, em *constitucional* e *infraconstitucional*, de acordo com o nível

agir, e quase ao mesmo tempo, por outra coincidência curiosa, Plósz formulava doutrina idêntica na Hungria.

Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente para caracterizar o direito de ação que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.

A repercussão da doutrina de Degenkolb foi profunda.

Na Itália, Alfredo Rocco foi um de seus principais defensores, dando-lhe fundamentação própria: quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal, e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário. Para que se configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido; tal direito de ação é exercido contra o Estado.

Outros estudiosos, também filiados à doutrina da ação como direito abstrato, apresentam divergências e peculiaridades em suas construções. Cornelutti configura a ação como direito abstrato e de natureza pública, mas dirigido contra o juiz e não contra o Estado. Couture, no Uruguai, concebe-a integrada na categoria constitucional do *direito de petição*.

164. a ação como direito autônomo, em outras teorias

Muito embora a doutrina da ação como direito abstrato congregue a maior parte dos processualistas modernos, outras concepções existem, que se distanciam a tal ponto da construção clássica da teoria abstrata que podem qualificar-se de *ecléticas*.

É o caso de Pekelis, que acentua o direito subjetivo contido na ação – direito de fazer agir o Estado e não direito de agir – e considera os outros direitos como mero reflexo desse único e verdadeiro direito subjetivo. Houve também quem afirmasse representar a ação o exercício de uma função pública; e também quem não a enquadrasse como direito

sido absolvido, porque nesse caso ele não poderá ser submetido a novo processo em face dos princípios gerais que impedem que alguém seja processado duas vezes pelo mesmo fato.

Tratando-se de *competência de foro* o legislador pensa preponderantemente no interesse de uma das partes em defender-se melhor (no processo civil, interesse do réu; no trabalhista, do economicamente fraco: CPC, art. 94 – CLT, art. 651). Diante disso, a intercorrência de certos fatores, entre os quais a vontade das partes (v.g., a eleição de foro – CPC, art. 111), pode modificar as regras ordinárias de competência territorial. A competência, nesses casos, é então *relativa*. Também relativa é no processo civil a competência determinada pelo critério do *valor* (CPC, art. 102), mas essa relatividade não atinge os processos dos juizados especiais (LJE, art. 3º, inc. I, c/c art. 51, inc. II).

No *processo penal*, em que o foro comum é o da consumação do delito (CPP, art. 70), acima do interesse da defesa é considerado o interesse público expresso no, assim chamado, princípio da *verdade real*: onde se deram os fatos é mais provável que se consigam provas idôneas que o reconstituam mais fielmente no espírito do juiz. Por isso costuma-se dizer que muito se atenua no processo criminal a diferença entre competência absoluta e relativa, mesmo esta pode ser examinada de ofício pelo juiz, o que não acontece no cível.

Mesmo no processo civil é meramente aproximativa a regra contida nos enunciados acima (competência territorial, relativa – demais competências, absolutas). Há exceções a ela no próprio direito positivo, ou seja, há casos de incompetência territorial absoluta por força de lei expressa ou de interpretação (CPC, art. 95 – LF, art. 3º) – e, além disso, jurisprudência e doutrina restringem a prorrogabilidade da competência territorial nos casos dos foros especiais. A Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo considera absolutas as regras de competência dos foros regionais paulistanos.

Diante do exposto, e abstraídas as aplicações particularizadas das regras sobre improrrogabilidade, *absoluta é a competência improrrogável* (que não comporta modificação alguma); *relativa é a prorrogável* (que, dentro de certos limites, pode ser modificada). E a locução *prorrogação da competência*, de uso comum na doutrina e na lei, traz em si a ideia da ampliação da esfera de competência de um órgão judiciário, o qual recebe um processo para o qual não seria normalmente competente.

A ação é, portanto, autônoma. Mas será *abstrata* ou *concreta*?

A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável. Para refutá-la basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até à sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor. Quanto aos *direitos potestativos* (que configurariam uma exceção à concepção clássica de que a todo direito corresponde uma obrigação correlata), parecem caracterizar mais meras faculdades ou *poderes*, aos quais, por definição, não corresponde nenhuma obrigação, do que direitos. Em última análise, a construção de Chiovenda não difere substancialmente, em suas conclusões, da teoria concreta quanto à ação como direito à sentença favorável.

Restam a teoria da ação como direito abstrato e as outras teorias.

Não se pode aceitar a teoria do juiz como titular passivo da ação, porque ele é mero agente do Estado. Nem tem procedência a doutrina da ação como manifestação do direito de petição, porque tal remédio constitucional visa a levar aos órgãos públicos representações contra abusos do poder e porque não configura, com a mesma clareza do direito de ação, o dever de resposta do Estado. A construção de Pekelis resulta na negação da própria autonomia da ação (como direito subjetivo ou como poder). Por outro lado, conceber a ação como *exercício privado de uma função pública* significa exasperar a concepção publicística do processo, não podendo evidentemente o poder funcional ser confiado ao arbítrio do particular. Nem é admissível a ação como *dever*, sendo ela, quando muito, um *ônus*, ou seja, a faculdade cujo exercício é posto como condição para obter certa vantagem – e o ônus faz parte do direito subjetivo ou do poder ou faculdade, nunca do dever.

A doutrina dominante, mesmo no Brasil, conceitua a ação como um direito subjetivo. Os que entendem ser ela um *poder*, e não direito, partem da premissa de serem o direito subjetivo e a obrigação duas situações jurídicas necessariamente opostas (de vantagem e de desvantagem), presente um conflito de interesses; e inexistindo conflito de interesses entre o autor e o Estado não se poderá falar em direito subjetivo, senão em poder.

Os que sustentam o contrário (ação como direito subjetivo) admitem que também o Estado tem interesse no exercício da função jurisdicional, mas não veem nisso qualquer incoerência com a afirmação de existir uma verdadeira obrigação de exercê-la. Não aceitam que a con-

nesse caso, em “prorrogação voluntária *expressa*”. Quando a ação é proposta em foro incompetente e o réu não alega a incompetência no prazo de quinze dias através da *exceção de incompetência* (CPC, art. 305), costuma dizer a doutrina, inadequadamente, que se tem uma “prorrogação voluntária *tácita*”.

Em *processo civil* a jurisprudência entende que se prorroga a competência do juiz do foro do domicílio do demandado, independentemente ou ainda contra a sua vontade, quando ali é proposta alguma demanda que seria da competência de outro (foro especial). Essa regra é explícita na Lei dos Juizados Especiais (art. 4º, par.).

No *processo penal*, em que o foro comum não é determinado predominantemente no interesse do réu (mas em atenção ao princípio da verdade real, como foi dito), se o réu não opõe a exceção de incompetência no prazo de três dias (CPP, arts. 108, 395 e 537), mesmo assim o juiz pode a qualquer tempo dar-se por incompetente (CPP, art. 109).

Outro caso de prorrogação de competência criminal (às vezes legal, e outras vezes voluntária) é representado pelo *desaforamento* de processos afetos ao julgamento pelo júri, o qual é determinado pelo tribunal superior a requerimento do acusado ou do promotor público, ou mesmo mediante representação oficiosa do juiz, nos seguintes casos: a) interesse da ordem pública; b) dúvida sobre a imparcialidade do júri; c) risco à segurança pessoal do acusado (CPP, art. 424).

156. prorrogação da competência e prevenção

Como vimos, as hipóteses que determinam a prorrogação da competência não são fatores para determinar a competência dos juízes. Competência é a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”, ou seja: a esfera dentro da qual todos os processos lhe pertencem. Essa esfera é determinada por outras regras, não por essas conducentes à prorrogação da competência. A prorrogação consiste na *modificação*, em concreto, na esfera de competência de um órgão – isto é, com referência a determinado processo. Trata-se, assim, de uma *modificação da competência já determinada segundo outros critérios*.

Por outro lado, a *prevenção* de que fala frequentemente a lei (CPC, arts. 106, 107 e 219 – CPP, arts. 70, § 3º, 75, par., e 83) *não é fator de determinação nem de modificação da competência*. Por força dela permanece apenas a competência de um entre vários juízes competentes,

A doutrina dominante distingue, porém, a ação como direito ou poder constitucional, garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato (oriundo do *status civitatis* e consistindo na exigência da prestação do Estado), do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual.

168. ação penal

O estudo da natureza jurídica da ação, com as conclusões a que chegamos, aplica-se não somente ao processo civil, como também ao processo penal. Através de normas penais o ordenamento jurídico impõe a todos o dever de comportar-se de certa maneira, impondo sanções aos infratores. Com a evolução do direito penal surgiu o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla pœna sine lege*), com a regra de que nenhuma conduta humana será punida se não for enquadrável na tipificação penal. Ao mesmo tempo o Estado avocou o direito de punir, para reintegrar a ordem jurídica profundamente violada através da infração da lei penal. O *jus puniendi* do Estado permanece em abstrato enquanto a lei penal não é violada. Mas com a prática da violação, caracterizando-se o descumprimento da obrigação preestabelecida na lei por parte do transgressor, o direito de punir sai do plano abstrato e se apresenta no concreto.

Assim, da violação efetiva ou aparente da norma penal nasce a pretensão punitiva do Estado, que se opõe à pretensão do indigitado infrator à liberdade. A pretensão punitiva só pode ser atendida mediante sentença judicial precedida de regular instrução e com observância do devido processo legal e participação do acusado em contraditório. Com ou sem a resistência do suposto infrator, e ainda que ele aceitasse a imposição da pena, o processo é sempre indispensável, em face das garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade, das quais decorre o princípio *nulla pœna sine judicio* (Const., art. 5º, incs. LIV, LV e LVII). E isso se dá porque constitui dogma do Estado de Direito o veto ao poder repressivo exercido de forma arbitrária: assim como os indivíduos não podem fazer justiça com as próprias mãos (*supra*, n. 5), assim também o Estado não pode exercer seu poder de punir senão quando autorizado pelo órgão jurisdicional.

Esse princípio não é posto somente como autolimitação ao poder punitivo do Estado mas também como limite à vontade do infrator (ao qual se nega a faculdade de sujeitar-se à pena) e da vítima – à qual se nega a possibilidade de perdão com efeitos penais, com exceção dos

TERCEIRA PARTE
AÇÃO E EXCEÇÃO

pretensão meramente insatisfita (*nulla pœna sine judicio*). Diante dessa divergência doutrinária, nesta obra fala-se em *controvérsia penal* e não em *lide penal* (*supra*, n. 70).

169. condições da ação

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação*, conceituadas como requisitos para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. A exigência da observância das condições da ação deve-se inclusive ao princípio de economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada. Mas ainda que a resposta do juiz se exaura na pronúncia de carência da ação (porque não se configurou alguma das *condições da ação*) terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício.

Do mesmo modo que a ação civil, a penal está sujeita a condições. Trata-se em princípio das mesmas acima mas a doutrina costuma acrescentar, às genéricas, outras condições que considera específicas para o processo penal e que denomina *condições específicas de procedibilidade* (ex.: representação e requisição do Ministro da Justiça na ação penal pública condicionada).

Fiel à formulação tríplice das condições da ação segundo Liebman, o Código de Processo Civil as relaciona em seu art. 267, inc. VI, falando em possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir.

Possibilidade jurídica do pedido. Às vezes determinado pedido não tem a menor condição de ser acolhido pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio será juridicamente impossível um pedido de sentença com o efeito de dar às partes o *status* de divorciados; essa demanda será desde logo repelida, sem que o juiz chegue a considerar qualquer das alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova dessas alegações. Outro exemplo comumente invocado pela doutrina é o das

CAPÍTULO 28

AÇÃO: NATUREZA JURÍDICA

158. conceito

Examinado o fenômeno do Estado que fornece o serviço jurisdicional, é mister agora analisar o da pessoa que pede esse serviço estatal. É o que se faz através do estudo do denominado *direito de ação*.

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno assumiu o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe pois solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar uma tutela jurisdicional.

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo. Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da *autonomia do direito de ação*, o qual se desprende por completo do direito subjetivo material. Todavia, longo foi o caminho para chegar a tais conceitos, como se verá a seguir, no estudo das várias teorias sobre a natureza jurídica da ação.

159. teoria imanentista

Segundo a definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*jus quod sibi debeatur in iudicio persequendi*).

Ao contrário, à categoria de impossibilidade jurídica do pedido, na ação penal, podem ser reconduzidas as hipóteses em que a doutrina tradicional fala em *condições de procedibilidade*, apontando os casos em que a ação penal pública (condicionada) só pode ser exercida após a iniciativa de outro órgão ou do ofendido (*infra*, n. 174). Ainda não se pacificou a doutrina processual penal sobre a natureza jurídica da chamada *justa causa*, ou seja, a plausibilidade da imputação, representada pela aferição da demonstração da existência da materialidade do fato e dos indícios da autoria, necessários para que a acusação seja recebida pelo juiz. Trata-se do *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), também indispensável para o acolhimento dos pedidos de medidas cautelares e antecipatórias (*infra*, n. 220), baseado no princípio de que o processo penal constitui um mal em si mesmo e não pode ser levianamente instaurado sem uma imputação fundamentada. Os requisitos, cuja existência deve ser avaliada pelo juiz, quando do recebimento da denúncia ou queixa, são a materialidade do fato e os indícios de autoria, que devem ter um lastro probatório mínimo. A doutrina tradicional reconduz essa condição da ação penal condenatória ao interesse de agir (v. abaixo), mas outra tendência (Ada Pellegrini Grinover) prefere enquadrá-la na impossibilidade jurídica, entendida, como nos casos acima, como a inexistência de um pressuposto prévio, sem o qual a ação não pode ser exercida (Moniz de Aragão).

No processo civil ocorre algo semelhante à apuração da justa causa, em relação à ação de improbidade administrativa, que guarda caráter sancionatório (lei n. 8.429, de 2.6.1992, art. 14).

Interesse de agir: 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 a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extraír algum resultado útil. É preciso, pois, por esse prisma, que em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária* e *adequada*.

Repousa a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil, e a ação penal condenatória, no processo penal – *supra*, n. 9).

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que

como demonstram as ações meramente declaratórias (em que o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica). Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Consequentemente, a ação seria um direito público e *concreto* – ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo.

Modalidade dessa teoria é a formulada por Bülow, para quem a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa. Outros des tacados partidários da teoria concretista foram Schmidt, Hellwig e Pohle.

Ainda à teoria concreta filia-se Chiovenda, que em 1903 formulou a engenhosa construção da ação como *direito potestativo*. Segundo ele a ação configuraria um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo, mas esse direito de ação não seria um direito subjetivo, porque não lhe corresponde uma obrigação do Estado, e muito menos um direito de natureza pública. Dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição. Mais precisamente, a ação configuraria, sempre segundo Chiovenda, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com seu próprio exercício tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito.

Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa portanto de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável.

Quase concomitantemente a Chiovenda, na Alemanha formulava-se teoria idêntica. A doutrina da ação como direito potestativo teve seguidores na Itália e também entre nós (Celso Agrícola Barbi).

163. a ação como direito autônomo e abstrato

Antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, Degenkolb já criara na Alemanha, em 1877, a teoria da ação como direito abstrato de

representativas; e foi depois incrementado pela Constituição de 1988, que abriu a legitimidade a diversas entidades para a defesa de direitos supraindividuais (art. 5º, incs. XXI e LXX, art. 129, inc. III e § 1º, art. 103 *etc.*). O Código de Defesa do Consumidor seguiu a mesma orientação, sendo que recentemente a Lei da Ação Civil Pública acrescentou ao rol dos legitimados a Defensoria Pública (art. 5º, inc. II).

170. *carência de ação*

Quando faltar uma só que seja das condições da ação diz-se que o autor é *carecedor* desta. Doutrinariamente há quem diga que nessa situação ele não tem o direito de ação (ação inexistente); e quem sustente que lhe falta o direito ao exercício desta (v. considerações a respeito no início desta exposição). A consequência é que o juiz, exercendo embora o poder jurisdicional, não chegará a apreciar o mérito, ou seja, o pedido do autor. Em outras palavras, não chegará a declarar a ação procedente, nem improcedente.

O Código de Processo Civil faz referências expressas à *carência da ação*, ditando o indeferimento liminar da petição inicial (art. 295, incs. II e III e par., inc. III) ou a ulterior extinção do processo em virtude dela (art. 267, inc. VI, c/c art. 329). Tais conceitos aplicam-se da mesma maneira ao processo trabalhista e ao penal, não obstante a falta da mesma clareza dos textos legislativos a respeito. É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito.

Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só a final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da assserção), a sentença nesse caso será de mérito. A segunda dessas teorias prevalece na doutrina brasileira, não obstante a existência de vozes em contrário (Cândido Rangel Dinamarco).

171. *identificação da ação ou da demanda*

Cada demanda proposta em juízo, considerada em particular, apresenta intrinsecamente certos elementos, de que se vale a doutrina

ou poder, mas *dever*, configurando a obrigação de dirigir-se ao órgão jurisdicional para a solução dos conflitos.

165. a doutrina de Liebman

Digna de destaque é a concepção de Liebman, processualista italiano que permaneceu entre nós durante o período da Segunda Guerra Mundial, influenciando profundamente a evolução da ciência brasileira (*supra*, n. 65). Esse autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais que um direito, um *poder* ao qual não corresponde uma obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça – poder esse correlato com a *sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material*. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter qualquer relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncia uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja.

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material (*infra*, n. 169).

166. apreciação crítica das várias teorias

Não é difícil a crítica à teoria imanentista. As principais objeções são as relativas à ação infundada e à ação meramente declaratória. Quanto à primeira, verifica-se que muitas ações são julgadas improcedentes porque a sentença julga infundada a pretensão do autor – ou seja, declara a inexistência do direito subjetivo material invocado. Mas, apesar da inexistência do direito, houve exercício da ação, até a declaração da improcedência: houve, em outras palavras, ação sem direito material. Quanto à segunda objeção – a ação declaratória negativa –, é outro argumento para afirmar a autonomia do direito de ação, de vez que nesse tipo de ação o autor visa exatamente a obter a declaração da inexistência de uma relação jurídica e, portanto, da inexistência de um direito subjetivo material. Diante disso, o pedido do autor não tem por base um direito subjetivo mas o simples interesse à declaração de sua existência.

O art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil alude também aos *fundamentos jurídicos do pedido*. Essa é a causa de pedir remota. No exemplo das duas ações de despejo, o fundamento de direito (causa de pedir remota) é o contrato de locação. Fundamento de fato (causa de pedir próxima) é a falta de pagamento de alugueis ou a infração contratual. No campo criminal o fundamento de direito é o *jus puniendi* do Estado e fundamentos de fato são os fatos narrados.

Mas a fundamentação jurídica não se confunde com *qualificação jurídica dos fatos*. O fato que o autor alega, seja no crime ou no cível, recebe da lei determinada qualificação jurídica. P. ex., o *matar alguém* capitula-se como crime de homicídio (CP, art. 121); forçar alguém, mediante violência física ou ameaça, a celebrar um contrato configura coação (vício do consentimento – CC, art. 98, c/c art. 147, inc. II). Mas o que constitui a *causa petendi* relevante para a delimitação da sentença a ser proferida é apenas a exposição dos fatos, não a sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (manifestação disso é o art. 383 do CPC). O direito brasileiro adota quanto à causa de pedir a chamada doutrina da *substanciação*, que difere da *individuação*, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (coação, crime de homicídio etc.), não as meras *circunstâncias de fato* alegadas pelo autor.

Pedido (petitum). Não se justificaria o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou *provimento*. Esse provimento terá natureza cognitiva quando caracterizar o *julgamento* da pretensão deduzida em juízo pelo autor; tratar-se-á, então, de uma *sentença de mérito* (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória). Ou terá natureza *executiva* quando se tratar de medida através da qual o juiz realiza, na prática, os resultados determinados através da vontade concreta do direito (no processo de execução). Há também o provimento *cautelar*, que visa a resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso do tempo (sobre toda essa classificação dos provimentos, v. *infra*, n. 194). Por outro lado, todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado *objeto*, ou bem da vida (o imóvel, na ação de despejo; uma importância em dinheiro, na ação de cobrança; o vínculo conjugal, na ação de divórcio; a pena, na ação penal condenatória). Assim é que, considerando-se uma massa de demandas propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do *provimento* que o

figuração do conflito de interesses seja essencial à noção de obrigação. O ordenamento jurídico, ao atribuir direitos e obrigações, tutela determinados interesses, estabelecendo previamente qual será o subordinante na hipótese de surgir o conflito. Mas entendem ser o conflito irrelevante para consubstanciar a obrigação. O obrigado pode ter interesse em cumprir sua obrigação e nem por isso ficará isento dela.

167. natureza jurídica da ação

Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito fundamental social, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de *dare, facere, præstare*): a *facultas agendi* do indivíduo é substituída pela *facultas exigendi*.

Nessa concepção, que é da doutrina dominante, a ação se dirige apenas ao Estado, embora, uma vez apreciada pelo juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado. Nega-se, portanto, ser ela exercida contra o adversário isoladamente, contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz.

Diversa não é a opinião da maioria dos processualistas brasileiros contemporâneos.

Sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional (Const., art. 5º, inc. XXXV). A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV). Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos o configuram.

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata*. É, ainda, um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*.

- Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, cap. XIX.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, §§ 59 ss.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VI, § 20.
Mendes de Almeida, *Da ação penal*.
Mesquita, *Da ação civil*.
Pekelis, “Azione – teoria moderna”.
Petrocelli, “O Ministério Público, órgão de Justiça”.
Tornaghi, *Compêndio de processo penal*, II, pp. 437-446.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 249 ss.
Vidigal, “Existe o direito de ação?”.
Watanabe, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”.

denominados *crimes de ação privada*, onde existe um resíduo de auto-composição e de disponibilidade.

A Constituição Federal e, com base nela, a Lei dos Juizados Especiais atenuaram a rigidez desses princípios pela previsão de transação para as denominadas “infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, inc. I – *supra*, nn. 7-9).

Outra forma de mediação no processo penal é constituída pela chamada *Justiça restaurativa*, em que o diálogo é instaurado entre ofensor, vítima e grupo social, com a finalidade de se chegar à pacificação do conflito pelo consenso, antes, durante ou após o processo penal. O juiz é informado da existência do acordo, que pode levar em consideração nas diversas etapas do processo.

Desse modo, se o Estado não pode autoexecutar sua pretensão punitiva, deverá fazê-lo dirigindo-se a seus próprios juízes, postulando a atuação da vontade concreta da lei para a possível satisfação daquele. O direito de pedir o provimento jurisdicional nada mais é senão a própria *ação*. O Estado, portanto, através do órgão do Ministério Público, exerce a ação, a fim de ativar a jurisdição penal; o Estado-Administração deduz sua pretensão perante o Estado-juiz, de forma análoga à que ocorre quando ele próprio se dirige ao Estado-juiz para obter um provimento jurisdicional não penal. Assim como a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os particulares (*facultas exigendi*), a proibição da autoexecutoriedade do direito de punir fez nascer o direito de agir para o Estado. A ação penal, portanto, não difere da ação civil quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.

Existe na doutrina forte tendência a negar a ocorrência de *lide* no processo penal, o qual seria, consequentemente, um processo sem partes. Argumenta-se com o fato de que não haveria dois interesses em conflito, mas dois diversos modos de apreciar um único interesse, porque o interesse do Ministério Público é o de que se faça justiça, sendo a sua posição imparcial. Tal afirmação, levada a suas últimas consequências por aqueles que entendem inexistir processo quando não há lide, implicaria concluir que não há *processo* penal, mas procedimento administrativo. No tocante à exposição acima, quem afirmar a existência de lide penal dirá que a ação penal se destina à sua justa composição e que aquela ora se caracteriza como lide por pretensão contestada (réu que opõe resistência à pretensão punitiva, defendendo-se) e ora como lide por

Por sua vez, subdividem-se as ações de conhecimento da mesma forma como se subdividem os provimentos cognitivos (sentenças de mérito): *meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias*. Sobre a tentativa de uma classificação quíntupla das ações, dos processos e das sentenças, v. *infra*, nn. 194 e 199. A Lei do Cumprimento de Sentença trouxe significativas dificuldades para a conceituação do processo civil de conhecimento, as quais ainda clamam por maiores reflexões da doutrina (*supra*, n. 59).

Levando em conta tal classificação e ampliando mais especificamente o disposto em seu art. 128, o Código de Processo Civil proíbe o juiz de conceder ao autor sentença de natureza diversa da pedida (art. 460). Está dito também, expressamente (art. 475-N, inc. I), que apenas a sentença condenatória (e não a meramente declaratória ou a constitutiva) servirá de título para a execução forçada, embora haja modernamente uma proposta de reconhecer tal eficácia também às sentenças declaratórias positivas (Teori Albino Zavascki). As sentenças penais que infligem pena ao agente criminoso são de natureza condenatória, partilhando dessa natureza, consequentemente, as ações penais que deduzem pretensão punitiva.

Os provimentos cautelares (*infra*, nn. 215 ss.) podem ser conseguidos através da *ação cautelar*, quer em caráter preparatório ao processo principal, quer como mero incidente deste.

173. *classificações tradicionais*

A par dessa, consideram-se outras classificações das ações, tradicionalmente implantadas no uso forense e na doutrina (mormente civilística) e que na verdade são classificações das *pretensões*, com base em dados de direito substancial. É o caso das ações *patrimoniais (pessoais ou reais)*, em contraposição às *prejudiciais*; das ações *imobiliárias*, contrapostas às *mobiliárias*; das ações *reipersecutórias, penais e mistas*; das ações *petitórias e possessórias etc.* – todas elas integradas na terminologia muito usada pelos processualistas pátrios das primeiras décadas do século passado.

O estudo de tais classificações, de importância reduzida, salvo em algumas situações muito peculiares, pertence ao direito processual *civil*. O processo penal não admite a classificação das ações segundo a pretensão, não se podendo falar em ação de furto, de roubo *etc.* A pretensão é sempre a mesma – a punição do indigitado infrator.

dívidas de jogo, que o art. 814 do Código Civil exclui da apreciação judiciária. Nesses exemplos vê-se que o Estado se nega a dar a tutela jurisdicional postulada pelo demandante por considerar juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza. Em tempos modernos cresce a tendência a encarar a impossibilidade jurídica da demanda como uma razão de *improcedência* desta e não mais como condição da ação, considerando-se que quando a pretensão do demandante é frontalmente contrária ao direito o que ele não tem é o direito ao bem pretendido e não ao julgamento de *meritis*. Conforme já foi dito enfaticamente na doutrina brasileira, a impossibilidade jurídica da demanda outra coisa não é senão um caso de *macroscópica improcedência* desta (Calmon de Passos). De todo modo, figurando a impossibilidade jurídica no direito positivo entre as condições da ação (CPC, art. 267, inc. VI), a consequência prática é que, quer tenha ela realmente essa natureza, quer seja um caso de improcedência, o juiz é autorizado a considerá-la desde logo ao apreciar a petição ou inicial ou no curso do processo, extinguindo-o por esse fundamento (arts. 267, inc. VI, e 295, par., inc. III).

Constitui também uma tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo *acesso à justiça* e ao ideário da universalização da jurisdição, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam.

No processo penal o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade. Esse pensamento, segundo alguns, associa-se à teoria da apresentação (*prospettazione*, asserção), segundo a qual as condições da ação se aferem em face do pedido do autor, sendo de mérito a sentença que em momento ulterior declara a inexistência de uma delas. Mas a não se acolher essa teoria, entendendo-se que essas condições devem ser aferidas em si mesmas e não de acordo com o momento em que o juiz depara com a falta de uma delas, a atipicidade da conduta do acusado será sempre matéria preliminar, quer quando aferida logo de início, quer ao longo do *iter* procedimental ou mesmo no momento final do processo. Nessa visão, sempre a falta de tipicidade caracterizaria impossibilidade jurídica do pedido. Mas a falta de tipicidade é hoje vista como questão de *mérito* por ligar-se ao conceito de direito material de ausência de punibilidade: tanto isso é verdade que, uma vez reconhecida a ausência de tipicidade, a demanda não pode ser intentada de novo, com base nos mesmos fatos. Trata-se, na verdade, de absolvição sumária, levando à coisa julgada.

A *ação de iniciativa privada* também se subdivide em duas espécies: *ação de iniciativa exclusivamente privada* e *ação subsidiária da pública*.

A primeira compete exclusivamente ao ofendido, ao seu representante legal ou sucessor.

Na segunda, que também se denomina *ação vicária*, a titularidade compete a qualquer das pessoas citadas sempre que o titular da ação penal pública – o Ministério Público – deixe de intentá-la no prazo da lei (Const. art. 5º, inc. LIX – CPP, art. 29 – CP, art. 100, § 3º).

Na ação penal de iniciativa *exclusivamente privada*, admitida só em alguns ordenamentos, entende-se que a publicidade do delito afeta tão profundamente a esfera íntima e secreta do indivíduo, que é preferível relegar a segundo plano a pretensão punitiva do Estado. Em outros casos a lesão é particularmente tênue para a ordem pública, justificando-se que o Estado conceda ao particular o *jus in iudicio persequendi*. Por essas mesmas razões é que o ofendido, titular da ação privada, pode a qualquer momento desistir dela.

Uma vez intentada a ação penal *subsidiária da pública*, o Ministério Público, além de intervir obrigatoriamente em todos os atos do processo, poderá instalar-se no polo ativo do processo como parte principal em caso de negligência do querelante. Também poderá aditar à queixa ou oferecer denúncia substitutiva enquanto não ocorrer qualquer das causas que extinguem a punibilidade.

Apesar de iniciada a ação subsidiária mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal, não poderá ser concedido o *perdão*, pois a hipótese não se enquadra no art. 105 do Código Penal, que só o admite nos crimes em que se procede *exclusivamente* mediante queixa. Se concedido será irrelevante, pois o órgão do Ministério Público retomará a ação como parte principal (CPP, art. 29, *fine*). Pela mesma razão, não poderá ocorrer *perempção* (CPP, art. 60) e nenhuma consequência advirá da *renúncia* ao direito de queixa porque, se é certo que esta não poderá mais ser apresentada, é igualmente certo que o Ministério Público poderá ainda, a qualquer tempo antes de eventual prescrição, dar início ao processo mediante denúncia.

175. classificação das ações trabalhistas – os dissídios coletivos

Dentro da classificação das ações destaca-se a referência à ação trabalhista, a qual se distingue em *individual* e *coletiva*.

o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, p. ex., o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo em sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.

No processo penal o exemplo da falta de interesse de agir, na doutrina dominante brasileira, é dado pela ausência de *justa causa*, ou seja, de aparência do direito alegado (*fumus boni juris*). Aqui também várias objeções poderiam levantar-se contra essa posição, porquanto a existência ou a aparência do direito não dizem respeito ao interesse de agir, como *necessidade*, *utilidade* ou *adequação* do provimento pretendido. E como no processo penal este é sempre necessário, o conceito de interesse de agir, nele, só pode ligar-se à utilidade ou à adequação do provimento.

Legitimidade ad causam. Ainda como desdobramento da ideia da utilidade do provimento jurisdicional pedido temos a regra que o Código de Processo Civil enuncia expressamente no art. 6º: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, em princípio é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).

Os casos excepcionais, previstos na parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, caracterizam a chamada *legitimidade extraordinária*, ou substituição processual. Há certas situações em que o direito permite a uma pessoa o ingresso em juízo em nome próprio, e portanto não como mero representante, pois este age em nome do representado, na defesa de direito alheio. É o caso, p. ex., da ação popular, em que o cidadão em nome próprio defende o interesse da Administração Pública; ou da ação penal privada, em que o ofendido pode postular a condenação criminal do agente criminoso, ou seja, pode postular o reconhecimento de um *jus punitionis* que não é seu, mas do Estado.

A Constituição Federal, contudo, ampliou sobremaneira os estreitos limites do art. 6º do Código de Processo Civil, que vinha sendo criticado pela doutrina por impedir, com seu individualismo, o acesso ao Poder Judiciário (sobretudo para a defesa de interesses difusos e coletivos). O caminho evolutivo já fora iniciado pela implantação legislativa da denominada *ação civil pública* em defesa do meio ambiente e dos consumidores, à qual a Lei da Ação Civil Pública legitimou, além do Ministério Público e de outros órgãos do Poder Público, as associações civis

pois esta terá natureza constitutiva (ou seja, constituirá novos direitos e novas relações jurídicas). Para reclamar o cumprimento da sentença a Consolidação das Leis do Trabalho exige novo processo de conhecimento (art. 872).

Mas tratando-se de sentença coletiva proferida em dissídio coletivo de natureza jurídica seu cumprimento se fará pela via das chamadas *ações de cumprimento* (CLT, art. 872).

No dissídio coletivo de natureza econômica a sentença coletiva vale para toda a categoria e sua imposição pode fazer-se, quando inobservada, por ações individuais (CLT, art. 872). Isso assim se dá porque as entidades sindicais são legal e constitucionalmente qualificadas para estar em juízo na defesa dos interesses das respectivas categorias profissionais e econômicas (Const., art. 8º, inc. III – CLT, art. 153, letra *a*) – fazendo-o, segundo a linguagem processual adequada, na condição de *substitutos processuais* de toda a categoria, ou seja, defendendo em nome próprio direitos alheios (CPC, art. 6º). A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, substituiu, no § 2º do art. 114 da Constituição Federal a expressão “podendo a Justiça do Trabalho fixar normas e condições” por “podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito”.

Aliás, foi exatamente por intermédio da atuação dos sindicatos que o direito processual veio a agasalhar as primeiras ações em defesa de interesses coletivos, facultando a esses poderosos corpos intermediários a legitimidade para agirem no interesse de inteiras categorias.

Diante disso, a eficácia *erga omnes* das sentenças coletivas encontra fácil explicação nas categorias processuais, sem necessidade de recurso à figura legislativa. De um lado é da índole das ações coletivas a extensão *ultra partes* das sentenças nelas proferidas, por se destinarem ao tratamento coletivo da matéria levada a juízo; por outro, em todos os casos de substituição processual a sentença abrange o substituto (sindicato) e o substituído (a categoria profissional). Daí por que a sentença atua também para os futuros contratos, individuais ou coletivos.

Os dissídios coletivos *jurídicos* podem ser objeto de novas ações, que, por sua vez, se subdividem em *ações de extensão* e *ações de revisão*. Aquelas são exercidas em relação aos empregados da mesma empresa ou à totalidade dos trabalhadores da mesma categoria profissional (CLT, arts. 868 e 869). Estas são utilizadas para efeito da incidência da cláusula *rebus sic stantibus* (art. 873).

em geral para sua identificação, ou seja, para isolá-la e distingui-la das demais demandas já propostas, das que venham a sé-lo ou de qualquer outra ação que se possa imaginar. Esses elementos são as *partes*, a *causa de pedir* e o *pedido*. É tão importante identificar a demanda, que a lei exige a clara indicação dos elementos identificadores logo na peça inicial de qualquer processo, ou seja: na petição inicial cível (CPC, art. 282, incs. II, III e IV) ou trabalhista (CLT, art. 840, § 1º) e na denúncia ou queixa-crime (CPP, art. 41). A falta dessas indicações acarretará o indeferimento liminar da petição inicial, por inépcia (CPC, arts. 284 e 295, par., inc. I).

Partes. São as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz. É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma sua situação jurídica será objeto de apreciação judiciária. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual (*infra*, nn. 184 e 188). No processo penal *partes* são o Ministério Público ou o querelante (no lado ativo) e o acusado, ou querelado (no lado passivo).

O conceito de parte não interfere com o de parte legítima. A parte pode ser legítima ou ilegítima, nem por isso perdendo sua condição de parte (*supra*, n. 169).

Adota-se aqui, como é da doutrina corrente, um conceito puramente processual de parte. As partes de direito material são os titulares da relação jurídica controvertida no processo (*res in judicium deducta*) e nem sempre coincidem com as partes deste.

Causa de pedir (ou *causa petendi*). Vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega. Esses *fatos constitutivos*, a que se refere o art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil, e que correspondem ao *fato criminoso* mencionado no art. 41 do Código de Processo Penal, também concorrem para a identificação da ação proposta. Duas ações de despejo entre as mesmas partes e referentes ao mesmo imóvel serão diversas entre si se uma delas se fundar na falta de pagamento dos aluguéis e outra em infração contratual de diversa natureza. O mesmo quando contra a mesma pessoa pesam acusações por dois delitos da mesma natureza (v.g., furto) cometidos mediante condutas concretamente diversas.

CAPÍTULO 30 *EXCEÇÃO: A DEFESA DO RÉU*

176. *bilateralidade da ação e do processo*

No estudo da ação viu-se que ela é dirigida ao Estado e apenas a ele, mas com a ressalva de que, uma vez acolhida, a sentença então proferida terá efeitos desfavoráveis na esfera jurídica de uma outra pessoa. Essa outra pessoa é o réu.

O acolhimento do pedido do autor importa reconhecimento da juridicidade de sua pretensão e leva, assim, a interferir na esfera jurídica do réu, cuja liberdade sofre uma limitação ou uma vinculação de direito. A demanda inicial apresenta-se pois como o pedido que uma pessoa faz ao órgão jurisdicional de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra. Dá-se a esse fenômeno o nome de *bilateralidade da ação*, que tem por consequência a *bilateralidade do processo*.

Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. É nisso que reside o fundamento lógico do contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los – e seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça.

177. *exceção*

Diante da demanda do autor fala-se da *exceção* do réu, no sentido de direito de contradizer. *Exceção*, em sentido amplo, é o poder jurídico que possibilita ao réu opor-se à demanda movida pelo autor. Por isso,

autor pede, como também pelo *objeto* de seu alegado direito material. Variando um deles, já não se trata da mesma ação.

Essa é a chamada teoria dos três *eadem* (mesmas partes, mesma causa de pedir ou título, mesmo pedido), que o Código de Processo Civil enuncia expressamente no art. 301, § 2º: “uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Tal teoria permite também a consideração da *conexidade* entre demandas, que igualmente vem definida na lei: para o Código de Processo Civil é a existência da mesma causa de pedir ou do mesmo pedido (art. 103); para o Código de Processo Penal, menos técnico a respeito, também há conexidade quando se tratar de duas infrações ligadas entre si em termos de fato (art. 76, inc. I).

Na ação penal condenatória o pedido é sempre genérico, pois o que se pede é a imposição de uma pena, a ser individualizada pelo juiz. Por isso é que no processo penal o pedido não pode ser considerado elemento diferenciador das demandas.

A identificação das demandas é de extrema utilidade em direito processual, seja para delimitar a extensão do julgamento a ser proferido (CPC, arts. 128 e 460 – CPP, art. 384), seja para caracterizar a coisa julgada ou a litispendência (CPC, art. 301, §§ 1º e 3º).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, caps. XIV-XVI.
Araújo Cintra, “Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro”.
Calamandrei, “Relatività del concetto di azione”.
Calmon de Passos, *A ação no direito processual civil brasileiro*.
Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, I, pp. 3 ss. (“L’azione nel sistema dei diritti”).
De Marsico, *Lezioni di diritto processuale processuale penale*, pp. 30-34.
Dinamarco, *Execução civil*, n. 14.
_____, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 430, 432, 435, 458 e 539-559.
_____, *Fundamentos do direito processual moderno*, I, nn. 135-150 (“Os institutos fundamentais do direito processual”) e nn. 227-240 (“Das ações típicas”).
Grinover, *As condições da ação penal*.
_____, *As garantias constitucionais do direito de ação*, nn. 21-29.
_____, “O direito de ação”.
Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 22 ss. (“L’azione nella teoria del processo civile”).

aplicam todas as garantias do devido processo legal: *supra*, n. 41). Certamente no intuito de “salvar” muitos processos administrativos punitivos, o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 5, com o seguinte enunciado: “falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

178. *natureza jurídica da exceção*

O modo de entender a ação influi, sem dúvida, sobre o modo de conceituar a exceção. Quem define a ação como direito à sentença favorável logicamente concebe a exceção como poder jurídico de neutralizar a ação, ou seja, como direito de obter a rejeição da demanda; quem a entende como direito à sentença de mérito naturalmente define a exceção como direito à sentença sobre o fato extintivo ou impeditivo a que se refere a exceção. Quem distingue entre o poder genérico de agir (constitucional) e ação (processual) concebe analogamente a exceção, em face do direito genérico de defesa. Na concepção da ação como *direito ao provimento jurisdicional*, de larga preferência na doutrina contemporânea, a exceção não pode ser o direito ao provimento de rejeição do pedido do autor, mas apenas o *direito a que no julgamento também se levem em conta as razões do réu*.

Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus que visam à preparação de uma tutela jurisdicional.

Alguns processualistas vislumbram na exceção uma verdadeira ação *autônoma*, tendente a uma sentença declaratória negativa, que declare a inexistência da relação jurídica afirmada pelo autor: o juiz se encontraria não apenas diante do pedido do autor, mas ao mesmo tempo diante do contraposto pedido do réu. Argumentam com o fato de que o autor não pode desistir do pedido após a contestação, salvo anuêncio do réu (CPC, art. 267, § 4º). Mas essa circunstância pode ser explicada facilmente, porque as partes sujeitam-se ao princípio da igualdade no processo e também ao réu é lícito alimentar a expectativa de obter para si uma tutela jurisdicional ao fim deste (sentença de improcedência). Não pode uma só das partes (o autor) frustrar essa expectativa por iniciativa unilateral, ditando a seu talante a extinção do processo, que é bilateral por natureza, nem anular o impulso oficial.

CAPÍTULO 29

CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

172. *classificação das ações*

A natureza do provimento jurisdicional, da qual se falará mais por menorizadamente a seu tempo (*infra*, nn. 194 ss.), é também utilizada pela doutrina como ponto de referência para classificar as ações (*infra*, nn. 183 ss. e 256). Parte-se da ideia de que, se toda ação se refere a um pedido de provimento de dada ordem e se as demandas propostas no exercício da ação se diferenciam entre si também na medida em que os provimentos pedidos sejam diferentes, será lícito classificá-las com base nesse seu elemento.

É verdade que uma classificação das ações, mesmo por esse critério estritamente processual, não se compadeceria com a teoria abstrata da ação, considerada em sua pureza – pois, segundo tal posição, esta não se caracteriza em sua essência pelos elementos identificadores, sendo inadequado falar em *ações*, no plural. Mais adequado seria falar em identificação e classificação das *demandas*, uma vez que cada uma destas é um ato de exercício do direito de ação e tem sua própria identidade. Já para a teoria de Liebman a classificação das ações não apresenta todo esse inconveniente.

Assim é que, de acordo com a natureza do provimento pedido, temos em primeiro lugar a *ação de conhecimento*, em contraposição à *ação executiva*.

A primeira delas visa ao provimento de mérito (julgamento da causa), e a segunda ao provimento satisfativo (*supra*, n. 171). A primeira dá causa a um processo de conhecimento, e a segunda ao de execução ou à fase executiva do processo, que no direito brasileiro se chama *cumprimento de sentença* (*infra*, nn. 208 ss.).

o curso do processo (exceção de suspeição, de incompetência *etc.*); ou *peremptórias*, quando têm por objetivo extinguir a relação processual (*exceptiones litiis ingressum impedientes* – coisa julgada, litispendência *etc.*).

Por outro ângulo (o conhecimento da defesa pelo juiz), fala-se em *objeção* para indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício (p. ex., incompetência absoluta, coisa julgada, pagamento) e em *exceção em sentido estrito*, consistente em defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (incompetência relativa, suspeição, vícios da vontade – CPC, art. 128, parte final). No tocante à primeira, o réu tem o ônus relativo de alegá-la; quanto à segunda, o ônus é absoluto.

Na sistemática da legislação processual brasileira usa-se o nome *exceção* para indicar algumas exceções processuais cuja arguição obedece a determinado rito (CPC, art. 304 – CPP, art. 95 – CLT, art. 799). Chama-se *contestação*, no processo civil, toda e qualquer outra defesa, de rito ou de mérito, direta ou indireta, podendo conter também preliminares (CPC, arts. 300 e 301).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, II, cap. LI.
Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, § 33.
Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, n. 872.
Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, nn. 54 ss.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 539 e 556-559.
Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 19 ss. (trad.).
Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 310, e III, §§ 113-114.
_____, *Manual de direito processual civil*, VI, § 21.
Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, I, pp. 303 ss.

Fala-se ainda frequentemente em ações *ordinárias* e *sumárias*, bem assim em ações *comuns* e *especiais*. Aqui também o que existe é uma imprecisão de linguagem, porque se trata de classificações feitas em vista do rito do procedimento (veste formal do processo); a análise dessas “ações” deve ser feita portanto no estudo do procedimento e suas formas.

174. classificação da ação penal: critério subjetivo

Avulta, por sua importância, a classificação que se faz da ação penal com vista ao critério subjetivo, isto é, tomando em consideração o sujeito que a promove.

Desse ponto de vista classifica-se a ação penal em: a) pública; b) de iniciativa privada (CP, art. 100, § 2º – CPP, arts. 24 e 30). A ação penal diz-se *pública* quando dela é titular o Ministério Público; e diz-se *de iniciativa privada* quando movida pelo ofendido. É óbvio porém que a terminologia não modifica o caráter da ação, a qual é sempre pública, porque toda ação tem como sujeito passivo o Estado e em um de seus polos existe atividade de direito público. Por isso andou bem a Parte Geral do Código Penal de 1984 ao substituir a expressão tradicional “ação privada” por “de iniciativa privada”.

Por sua vez, a ação penal pública subdivide-se em *incondicionada* e *condicionada*. Diz-se *incondicionada* quando para promovê-la o Ministério Público independe da manifestação da vontade de quem quer que seja. *Condicionada*, nos casos em que, embora a titularidade da ação seja sempre do *Parquet*, dispositivos legais específicos condicionam seu exercício à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, § 1º). A regra geral é ser incondicionada a ação pública. A condicionada representa exceção.

Uma vez apresentada a representação ou a requisição e oferecida a denúncia, o Ministério Público assume em toda sua plenitude a posição de *dominus litis*, sendo irrelevante, a essa altura, uma vontade contrária do ofendido ou da Administração – mas isso não acontece em caso de ação penal de iniciativa privada, em que o perdão põe fim ao processo (CP, art. 105). A existência da ação penal condicionada justifica-se, no caso de representação do ofendido, porque o crime afeta imediatamente o interesse do particular e de modo mediato o geral: quem promove a ação é o Ministério Público, mas desde que haja o concurso da vontade do ofendido. Por sua vez, a ação penal condicionada à requisição do Ministro da Justiça tem sua razão de ser na circunstância de que em certos casos a persecução penal está subordinada a uma conveniência política.

partindo-se de uma concepção dialética do processo, o tema da exceção é rigorosamente paralelo ao da ação.

A ação, como direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material, tem, assim, uma espécie de réplica na exceção, como direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo. Mediante o exercício da ação o autor pede justiça, reclamando algo contra o réu; e este através da exceção pede justiça, solicitando a rejeição do pedido. Tanto como o direito de ação, a *defesa* é um direito público subjetivo (ou poder) constitucionalmente garantido como corolário do *devido processo legal* e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo. Tanto o autor, mediante a demanda, como o réu, mediante a exceção, têm um direito ao processo.

Entre a liberdade que tem o autor de ir ao juiz e a liberdade de defender-se, do réu, existe um paralelo tão íntimo, que o binômio ação-exceção se integra na própria estrutura do processo. O autor aciona. Ao fazê-lo exerce um direito que independe da existência do direito material alegado, já que só a sentença dirá se seu pedido é fundado ou não. O réu defende-se e só a sentença dirá se sua defesa é fundada ou não. Pela mesma razão pela qual não se pode repelir de plano o pedido do autor, não se pode repelir de plano a defesa. Pela mesma razão pela qual se devem assegurar ao autor os meios de postular perante os juízos e tribunais, também se devem assegurar ao réu os meios de desembaraçar-se da ação. O que se atribui ao réu é porém somente a *eventualidade da defesa*. Isso se nota no processo civil, pois no processo penal ao réu revel é necessariamente dado um defensor encarregado de exercer a defesa e o contraditório em seu benefício. Se o acusado não tiver sido citado ou intimado pessoalmente (CPP, art. 367), mas citado por edital, o processo ficará suspenso, com a suspensão correlata do prazo da prescrição e a revelia não será decretada (art. 366).

Por outro lado, a defesa, no processo penal, desdobra-se em duas facetas: a autodefesa e a defesa técnica. O interrogatório é o principal meio de autodefesa, mas esta pode ser dispensada pelo próprio suspeito ou acusado, que pode preferir o *direito ao silêncio*, de cujo exercício nenhuma consequência nefasta lhe poderá advir (Const., art. 5º, inc. XLIII e CPP, art. 186 e par.), enquanto a defesa técnica é indispensável, sendo que sua ausência acarreta a nulidade insanável do ato praticado.

Infelizmente, na visão do Supremo Tribunal Federal a colocação acima foi ignorada no processo administrativo sancionatório (ao qual se

Processo é conceito que transcende ao direito processual jurisdicional. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades empresárias para aumento de capital etc.).

Terminologicamente é muito comum a confusão entre *processo*, *procedimento* e *autos*. Mas, como se disse, procedimento é o mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; em um só processo pode haver mais de um procedimento (p. ex., procedimentos em primeiro e segundo graus). *Autos*, por sua vez, são a materialidade dos documentos nos quais se corporificam os atos do procedimento; não se deve falar, p. ex., em fases do processo, mas do procedimento; nem em *consultar o processo*, mas os *autos*. O Código de Processo Civil é o único diploma processual brasileiro que se esmerou nessa precisão de linguagem, mas a Lei do Cumprimento de Sentença trouxe dificuldades conceituais e terminológicas que ainda carecem de maior conscientização pela doutrina e tribunais; temos agora em um só processo civil a *fase cognitiva* e a *fase executiva*, o que constitui necessária decorrência do banimento do processo autônomo de execução tendo por título a sentença civil condenatória (*supra*, n. 59).

181. teorias sobre a natureza jurídica do processo

Tão variadas são as teorias acerca da natureza jurídica do processo, e tantas divergências surgiram a respeito, que alguns autores chegam a manifestar ceticismo quanto à possibilidade de uma conceituação científica, falando do *processo como jogo*, do *mistério do processo*, afirmando que ele é como *a miséria das folhas secas de uma árvore*, ou vendo nele uma *busca proustiana do tempo perdido*. Esse pessimismo, contudo, não significa que não se possa chegar validamente a encontrar a natureza jurídica do processo, sendo que a doutrina, de modo geral, já se pacificou a respeito (*infra*, n. 184).

Entre os pontos geralmente aceitos está o *caráter público* do processo moderno, em contraposição ao processo civil romano, eminentemente privatista. Como já foi salientado, o processo é encarado hoje como o instrumento de exercício de uma função do Estado (jurisdição), que ele exerce por autoridade própria, soberana, independentemente da voluntária submissão das partes – enquanto no direito romano ele era o resultado de um contrato celebrado entre estas (*litiscontestatio*), mediante o qual surgia o acordo no sentido de aceitar previamente a decisão que viesse a ser proferida.

Não é correto, assim, falar em *ação do réu*, porque não há ação sem interesse de agir; e se a defesa é bastante para cobrir o interesse do réu, este só se defende e não ataca. Mesmo quando o réu, ao defender-se, amplia a matéria que deverá formar o objeto do conhecimento do juiz (aduzindo fatos extintivos ou impeditivos), com isso não estará ele ampliando o *thema decidendum*.

Na realidade os direitos processuais do réu têm origem em sua convocação a juízo por meio da citação e consequente inserção no processo, de estrutura bilateral e dialética. E ao direito ao provimento jurisdicional, formulado pelo autor, corresponde o direito a que o provimento jurisdicional também aprecie os fatos excepcionados. O autor é quem pede; o réu simplesmente busca *impedir* (resiste).

Esses conceitos aplicam-se perfeitamente ao processo administrativo, apesar da diversa terminologia.

No processo de execução civil inexiste oportunidade para a defesa quanto à própria pretensão do exequente. Essa defesa será feita nos embargos do executado ou na impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, arts. 475-J, § 1º, 475-L e 736 ss., esp. art. 745, inc. V), que constituem processo à parte e caracterizam a resistência do demandado. Muitas outras defesas, todavia, podem ter lugar no próprio processo executivo.

179. classificação das exceções

Até aqui falou-se em exceção em sentido amplo, como *sinônimo de defesa*. Mas a defesa pode dirigir-se contra o processo e contra a admissibilidade da ação ou pode ser de mérito. No primeiro caso fala-se em *exceção processual*, e no segundo em *exceção substancial*. Esta, por sua vez, subdivide-se em *direta*, quando ataca a própria pretensão do autor, o fundamento de seu pedido; e *indireta*, quando consiste em opor fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, sem elidir propriamente a pretensão por este deduzida (prescrição, compensação, novação etc.).

Alguns preferem reservar o nome *exceção substancial* apenas à defesa indireta de mérito, usando o vocábulo *contestação* para a defesa direta de mérito; outros ainda, em vez de *exceção substancial* nesse sentido mais estrito, falam em *preliminar de mérito*. Essa classificação é feita em vista da natureza das questões deduzidas na defesa.

Em outra classificação, que se baseia nos efeitos das exceções, denominam-se elas *dilatórias* quando buscam distender, procrastinar,

O processo como quase contrato. Um autor francês do século XIX (Arnault de Guényvau) foi quem criou essa doutrina. Disse que, se o processo não era um contrato e se delito também não podia ser, só haveria de ser um quase contrato. Tal pensamento partia do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado; e, além disso, já no próprio Código Napoleônico indicava-se uma outra fonte de obrigações, que o fundador da doutrina omitiu: *a lei*.

182. *o processo como relação jurídica*

Essa doutrina é devida a Bülow, que a expôs em 1868 em seu famosíssimo livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira *escola sistemática* do direito processual civil.

Não é que haja Bülow propriamente *criado* a ideia de que no processo há uma relação entre as partes e o juiz, inconfundível com a relação jurídica de direito material controvertida. Antes dele outros autores já haviam acenado a essa ideia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*; e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbraava, ainda que sem muita nitidez, a intuição de uma relação jurídica ligando partes e Estado-juiz (trata-se da *instância ou juízo*, de que falam as Ordenações Filipinas).

O grande mérito de Bülow foi a *sistematização*, não a intuição, da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: o *de direito material*, que se discute no processo, e o *de direito processual*, no qual se instala a discussão sobre aquele. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) por seus *sujeitos* (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu *objeto* (a prestação jurisdicional); c) por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais).

Essa doutrina foi também alvo de acirradas críticas, especialmente da parte de Goldschmidt, que lançou contra ela a teoria do processo como situação jurídica (*infra*, n. 183). Tais críticas, todavia, não destruíram o que havia de verdade na doutrina da relação jurídica processual, a qual ainda hoje é a que conta com o maior número de adeptos. No Brasil

QUARTA PARTE

PROCESSO

complexo de situações, no processo; c) é exatamente o conjunto de situações jurídicas que recebe o nome de *relação jurídica*. Mas a crítica mais envolvente foi aquela segundo a qual toda aquela situação de incerteza, expressa nos ônus, perspectivas, expectativas, possibilidades, refere-se à *res in judicium deducta*, não ao *judicium* em si mesmo: o que está posto em dúvida, e talvez exista ou talvez não, é o direito subjetivo material, não o processo (Liebman).

Foi muito, contudo, o que ficou da doutrina de Goldschmidt, a qual esclareceu uma série de conceitos antes mal compreendidos e envolvidos em dúvidas e enganos. Assim, p. ex., as ideias de *ônus*, de *sujeição* e da *relação funcional do juiz com o Estado*, de natureza administrativa, sem que haja obrigações da pessoa física do magistrado com as partes.

184. natureza jurídica do processo

De todas as teorias acima expostas acerca da natureza jurídica do processo, é a da relação processual que nitidamente desfruta dos favores da doutrina. Inicialmente, é inegável o acerto de Bülow ao dizer que o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e ordem dos atos do juiz e partes, ou mera sucessão de atos (*supra*, n. 182). Por outro lado, todas as teorias que após essa descoberta passaram a disputar a primazia de melhor explicar o processo acabaram por evidenciar sua própria fraqueza, como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores.

É inegável que no processo o Estado e as partes estão 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 nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica o direito regula não só os *conflictos* de interesses entre as pessoas, mas também a *cooperação* que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.

São relações jurídicas, p. ex., o nexo existente entre credor e devedor e também o que interliga os membros de uma sociedade anônima. O processo também, como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nele desenvolvem atividades, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se composta de inúmeras *posições jurídicas ativas e passivas* de cada um dos seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus.

CAPÍTULO 31

NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO (PROCESSO, RELAÇÃO JURÍDICA, CONTRADITÓRIO, PROCEDIMENTO)

180. processo e procedimento

Etimologicamente *processo* significa *marcha avante ou caminhada* (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), apercebeu-se a doutrina de que há no processo uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo então pode ser encarado pelo dúplice aspecto (a) dos *atos* que lhe dão corpo e das relações entre eles e (b) das relações entre seus *sujeitos*.

O *procedimento* é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de *processo* é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se portanto que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.

O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vista ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder).

(como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual.

Essa observação faz notar que ele vai caminhando do ponto de partida, consistente na dedução de uma demanda perante o juiz mediante uma petição inicial, até ao ponto de chegada – sentença de mérito no processo de conhecimento, ou a satisfação do credor na execução. Isso se dá mediante uma sucessão de posições jurídicas que se substituem gradativamente graças à ocorrência de fatos e atos processuais praticados com obediência aos requisitos formais estabelecidos em lei e guardando entre si determinada ordem de sucessão.

O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam sua progressão (procedimento). Sua dialética consiste no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos, pois o que acontece na experiência concreta do processo é que de um fato nasce sempre uma posição jurídica, com fundamento na qual outro ato do processo é praticado, nascendo daí nova posição jurídica, a qual por sua vez enseja novo ato, e assim sucessivamente até ao final do procedimento. Cada ato processual, isto é, cada elo da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade ou para o desencargo de um ônus ou de um dever, o que significa que é a relação jurídica que dá razão de ser ao procedimento; por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de fatos que possibilitem a consecução do objetivo final do processo.

A teoria da relação processual, que surgiu com vista ao processo civil e na teoria deste foi desenvolvida, discutida e consolidada, tem igual validade para o direito processual penal ou o trabalhista. No campo do processo penal afirma-se até que seu reconhecimento atende a razões de conveniência política, pois a afirmação de que há uma relação jurídica entre o Estado-juiz, o órgão da acusação e o acusado (ao qual se atribuem poderes e faculdades de natureza processual) significa a negação da antiga ideia de que este é mero sujeito passivo do processo, submetido às atividades estatais persecutórias.

As ideias liberais e humanitárias que inspiraram a obra de Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1554) estão presentes em todas as Constituições e declarações de direitos do mundo moderno, (a) conferindo ao acusado o direito à defesa ampla e ao julgamento por seu juiz natural e mediante processo contraditório – isto é, no qual ambas as partes tenham ciência dos atos praticados e possibilidade de contrariá-los, estabelecendo verdadeiro diálogo com o juiz, (b) vedando a prisão que não seja em

Como já foi dito, o Estado incipiente não tinha ainda conquistado suficiente autoridade sobre os indivíduos para se impor a eles (o *judex* era cidadão privado). No direito moderno o demandado é integrado ao processo pela citação (chamamento a juízo), independentemente de sua vontade. Não existe mais a chamada *litiscontestação*, que perdeu razão de ser – a *contestação* do réu nada tem a ver com esse instituto, sendo apenas o ato com o qual ele se defende no processo civil.

As muitas teorias que existiram e existem sobre a natureza jurídica do processo revelam a visão publicista ou privativista assumida por seus formuladores, sendo que algumas delas utilizam conceitos romanísticos sobreviventes à sua própria aplicação prática. As principais entre elas apontam no processo a natureza de: a) situação jurídica; b) contrato; c) quase contrato; d) relação jurídica processual; e) procedimento informado pelo contraditório.

Existem outras teorias de menor relevância, como as do processo *como contrato* ou como *quase contrato*, que a seguir serão expostas de modo muito sucinto, além de outras, que aqui não serão apreciadas, como: a) a do processo como instituição (Jaime Guasp); b) a do processo como entidade jurídica complexa (Foschini); c) a doutrina ontológica do processo (João Mendes Jr.).

O processo como contrato. Essa teoria, em voga nos séculos XVIII e XIX, principalmente na doutrina francesa, liga-se à ideia romana do processo, invocando-se a seu favor, inclusive, um texto de Ulpiano (D. XV, I, 3º, 11). E Pothier, um dos principais defensores dessa doutrina, colocava o pacto para o processo (*litiscontestatio*) no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do *contrato social*.

Rousseau: “enquanto os cidadãos se sujeitam às condições que eles mesmos pactuaram, ou que eles poderiam ter aceitado por decisão livre e racional, não obedecem a ninguém mais que à sua própria vontade”. A sujeição da vontade individual a uma vontade superior, vista em escala macroscópica, viria a dar no Estado; em escala microscópica, no processo.

Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje reconhecidamente falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a *litiscontestação*). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação.

(provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de autorregulação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos (Niklas Luhmann, na obra *A legitimização pelo procedimento*). Essa ideia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal (*supra*, n. 39).

Por outro lado, essa preocupação pela legalidade só tem sentido na medida em que a observância do procedimento constitua meio para a efetividade do contraditório no processo. É assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em *diálogo* que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita.

Essas considerações correspondem à *reabilitação do procedimento* na teoria processual, especialmente mediante seu retorno ao conceito de processo, do qual estivera banido desde quando formulada a teoria da relação jurídica.

Mais recentemente a teoria da legitimação pelo procedimento e pelo contraditório encontrou abalizada oposição: embora reconhecendo a inegável importância do contraditório, afirmou-se que, por si só, não é ele suficiente para legitimar o ato imperativo, estatal ou arbitral. É preciso que a decisão aplique a justiça no caso concreto, ou seja, que a verdade (processual) dos fatos e a correta aplicação do direito sejam acuradamente buscadas. A mera observância do contraditório não basta para assegurar uma decisão justa (Michele Taruffo). Isso significa que, para a observância do procedimento ser legitimadora do exercício da atividade jurisdicional, é indispensável que também o próprio procedimento concretamente desenvolvido seja legítimo, ou seja, que ele propicie a efetividade das garantias constitucionais do processo, incluindo a devida instrução probatória, a concessão de prazos razoáveis às partes, a motivação da sentença, a oferta de meios recursais etc. (Dinamarco).

187. relação jurídica processual e relação material

Como já foi dito, a doutrina da relação jurídica processual afirmou que por três aspectos esta se distingue da relação de direito substancial: a) por seus *sujeitos*; b) por seu *objeto*; c) por seus *pressupostos*. Depois a doutrina haveria de desenvolver essa ideia, o que não foi feito sem

Poderes e faculdades são *posições jurídicas ativas*, correspondentes à permissão de certas atividades pelo ordenamento jurídico. O que os distingue é que, enquanto *faculdade* é a conduta permitida que se exaure na esfera jurídica do próprio agente, o *poder* se resolve em uma atividade que virá a determinar modificações na esfera jurídica alheia (criando novas posições jurídicas). Assim, p. ex., o juiz tem o *poder* de determinar o comparecimento de testemunhas, as quais, uma vez intimadas, passam a ter o *dever* de comparecimento; as partes têm a *faculdade* de formular perguntas a serem dirigidas às testemunhas pelo juiz.

Sujeição e deveres são *posições jurídicas passivas*. *Dever*, contraposto de poder, é a exigência de uma conduta, ou um *imperativo do interesse alheio*, enquanto *sujeição* é a impossibilidade de evitar uma atividade alheia ou a situação criada por ela (ato de autoridade). Há ainda os *ônus*, que também são faculdades: “ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”, ou um *imperativo do próprio interesse* (Goldschmidt).

A teoria dominante afirma a *existência de obrigações e direitos subjetivos de natureza processual* (entre eles, a própria ação). A negação dessa existência funda-se na alegação de que, não havendo conflito de interesses entre quem pede o serviço jurisdicional (autor da demanda) e o Estado-juiz, o qual tem até interesse em prestá-lo, não se pode falar em *direito* do primeiro e *obrigação* do segundo; direito subjetivo é considerado, nessa linha de pensamento, uma posição de vantagem de uma pessoa sobre outra, ditada pela lei e referente a um bem que é objeto de conflito de interesses. Argumenta-se também que seria inconcebível um direito do Estado contra o próprio Estado, o que havia de ser reconhecido no caso da chamada *ação pública* – civil ou penal (Ministério Público). Os que dizem ser a ação um direito público subjetivo (e, por extensão, afirmam a existência de direitos e obrigações de natureza processual) partem, naturalmente, de concepções diferentes sobre o direito subjetivo: basta não ligá-lo necessariamente à ocorrência de um conflito de interesses para que desapareça o óbice consistente na inexistência de conflito entre o autor e o Estado.

A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como se pensou no momento de sua formulação inicial, que o processo seja a própria relação processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente também pelo aspecto das relações entre seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno *processo* mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento

contas, ela está a trair uma concepção privatista da ação, como direito voltado contra o adversário.

Antes da citação do demandado há no processo uma *relação processual linear*, tendo como figurantes o demandante e o Estado. Proposta a demanda mediante o ajuizamento da petição inicial (CPC, art. 263) ou da denúncia ou queixa-crime (CPP, art. 41), nasce já para o Estado-juiz um dever de natureza processual (dever de despachar); se a inicial é indeferida, tem o autor a faculdade (processual) de recorrer aos tribunais (CPC, art. 513 – CPP, art. 581, inc. I). Pois tudo isso é *processo*, e aí já estão algumas das posições jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual.

Em um capítulo autônomo será estudada com maior aproximação a posição de cada um dos sujeitos processuais mais importantes. Aqui cumpre apenas frisar dois pontos muito importantes, como corolários do que acaba de ser dito: a) o juiz não está no processo em nome próprio, como pessoa física, mas na condição de órgão do Estado, sendo o agente através do qual essa pessoa jurídica realiza atos no processo; b) o próprio Estado, personificado no juiz, não se coloca em pé de igualdade com as partes nem atua na defesa de interesses seus em conflito com quem quer que seja – ele exerce o poder, em benefício geral e no cumprimento da sua função de pacificar pessoas em conflito e fazer justiça (tal é a jurisdição).

189. objeto da relação processual

Toda relação jurídica constitui, de alguma forma, o regulamento da conduta das pessoas com referência a determinado bem. O bem que constitui objeto das relações jurídicas substanciais (primárias) é o bem da vida, ou seja, o próprio objeto dos interesses em conflito (uma importância em dinheiro, um imóvel etc.). O objeto da relação jurídica processual (secundária), diferentemente, é o serviço jurisdicional que o Estado tem o dever de prestar, consumando-o mediante o provimento final em cada processo (esp. sentença de mérito).

Por isso mesmo é que se trata de uma relação *secundária*, pois tem como objeto um bem que guarda relação de instrumentalidade para com aquilo que, afinal de contas, é o que deseja o autor ao demandar, e que é o objeto da relação de direito material. Os provimentos jurisdicionais finais, mediante os quais o Estado-juiz consuma os resultados do processo, são (a) a *sentença de mérito*, portadora do julgamento da pretensão

vacilações e polêmicas; mas são esses seguramente os pontos que demonstram a autonomia da relação jurídica processual.

188. sujeitos da relação jurídica processual

São três os sujeitos principais da relação jurídico-processual, a saber: Estado, demandante e demandado. É de tempos remotos a assertiva de que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* – entrevendo-se aí a ideia da relação jurídica processual. O que concorre para dar a esta uma identidade própria e distingui-la da relação material não é só a mera presença do Estado-juiz mas sobretudo sua presença na condição de sujeito exercente do *poder* (jurisdição). Correlativamente, as partes figuram na relação processual em situação de *sujeição* ao juiz. No binômio poder-sujeição é que reside a principal característica da relação jurídica processual, do ponto de vista subjetivo.

Assim, apenas por comodidade de linguagem será lícito dizer que o juiz é sujeito do processo, pois ele é, na realidade, mero agente de um dos sujeitos, que é o Estado. E esse sujeito não participa do jogo de interesses contrapostos mas comanda toda a atividade processual, distinguindo-se das partes por ser necessariamente desinteressado (no sentido jurídico) e portanto imparcial.

Não há acordo na doutrina quanto à configuração da relação jurídica processual. Em sua formulação originária a teoria desta apresentava como uma figura *triangular*, afirmando que há posições jurídicas processuais que interligam autor e Estado, Estado e réu, réu e autor. Outros houve que lhe deram configuração *angular*, dizendo que há posições jurídicas processuais ligando autor e Estado e, de outra parte, Estado e réu; esses autores negam que haja contato direto entre autor e réu. Na doutrina brasileira predomina a ideia da figura *triangular*, sendo argumentos dos autores que a sustentam: a) as partes têm o dever de lealdade recíproca; b) a parte vencida tem a obrigação de reembolsar à vencedora as custas despendidas; c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo (CPC, art. 265, inc. II). Todos esses argumentos recebem impugnação dos seguidores da teoria *angularista*, mas a verdade é que não há grande interesse, nem prático nem teórico, na solução de tal disputa. O importante, e isso é pacífico, é que a relação jurídica processual tem uma *configuração tríplice* (Estado, autor e réu). A propósito, já se disse também que ela é uma figura meramente linear, caracterizando apenas relações entre autor e réu (sem menção ao Estado-juiz). Essa teoria, sim, é inaceitável, pois despreza a autoridade do juiz, que exerce no processo o poder jurisdicional, e, afinal de

Parte da doutrina, no entanto, entende que a presença do juiz natural, constitucionalmente constituído, é verdadeiro *pressuposto de existência da relação processual*, pois, segundo esse pensamento, sem sua presença o processo não chega sequer a existir (*supra*, n. 154).

São pressupostos processuais: a) uma *demandaregularmente formulada* (CPC, art. 2º – CPP, art. 24); b) a *capacidade de quem a formula*; c) a *investidura* do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz. A doutrina mais autorizada sintetiza esses requisitos nesta fórmula: *uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo.*

A exposição acima corresponde à tendência mais restritiva entre as que a doutrina apresenta sobre os pressupostos processuais. Mas há, inclusive na doutrina brasileira, uma tendência oposta, ou seja, no sentido de ampliar demasiadamente o elenco dos pressupostos. Segundo essa tendência, eles se classificariam em: I – objetivos; II – subjetivos. Os *pressupostos objetivos* seriam: a) intrínsecos (regularidade procedural, existência da citação); b) extrínsecos (ausência de impedimentos, como coisa julgada, litispendência, compromisso). Os *subjetivos* seriam: a) referentes ao juiz (investidura, competência, imparcialidade); b) referentes às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, capacidade postulatória).

Os pressupostos processuais inserem-se entre os *requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional*. Uma sentença de mérito só poderá ser proferida (não importando ainda se favorável ou desfavorável) se estiverem presentes todos esses requisitos gerais.

Diferentemente da alemã, a doutrina brasileira distingue com nitidez as *condições da ação* e os *pressupostos processuais* (*supra*, n. 169), incluindo essas duas ordens de exigências na categoria mais ampla dos *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito* (Buzaid).

191. características da relação processual

A relação jurídica processual apresenta ainda certas características que, embora não lhe sejam privativas, em seu conjunto também servem para distingui-la. Delas, ainda que mediante leves acenos, já se falou nos parágrafos precedentes; agora serão expostas, cada uma de per si. Trata-se da complexidade, da progressividade, da unidade, de sua estrutura tríplice, de sua natureza pública.

trazida pelo demandante, e (b) a ordem de entrega do produto da execução forçada. Além desses, têm especial relevância os atos com os quais o juiz pressiona o obrigado a cumprir o preceito contido na sentença (atos de *coerção* – CPC, arts. 461, § 5º, e 475-J). Na realidade, a sentença de mérito só *consuma* os resultados do processo quando a efetivação do preceito nela contido não depender de uma *prestaçāo* do réu – como se dá com as obrigações em geral (quer de pagar dinheiro, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa). As sentenças *constitutivas*, ao contrário, produzem desde logo os resultados desejados, sem necessidade de prestação alguma (divórcio, anulação de contrato etc.).

Não se cuidou neste parágrafo do *Streitgegenstand*, que é o *objeto do processo* da doutrina alemã (ou *objeto litigioso*, segundo alguns). O objeto do processo, nesse sentido, é o mérito da causa, que coincide com a *pretensāo* trazida pelo demandante para ser apreciada pelo juiz – ou seja, a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. No entanto, os estudos sobre o objeto do processo hoje constituem ponto central também da doutrina italiana, iluminando a análise da correlação entre pretensão, sentença e coisa julgada (Menchini).

190. *pressupostos da relação processual* (*pressupostos processuais*)

O art. 104 do Código Civil, que em seus três incisos dita normas gerais de direito, dá como requisitos para a validade do ato jurídico em geral a capacidade do agente, a licitude do objeto e a observância das exigências legais quanto à forma. Porém, desde quando se viu com clareza a relação jurídica que há no processo (relação jurídica processual), bem como a autonomia dessa relação perante a de direito material, estava aberto o caminho para se chegar também à percepção de que ela está sujeita a certos requisitos e de que esses requisitos não são os mesmos exigidos para os atos jurídicos em geral nem para os atos privados em especial. Trata-se dos *pressupostos processuais*, que são requisitos para a constituição de uma relação processual válida (ou seja, com viabilidade para se desenvolver regularmente – CPC, art. 267, inc. IV).

A doutrina falava inicialmente em requisitos sem os quais não chega sequer a constituir-se a própria relação processual (sem cogitar de sua *validade*). Depois evoluiu para a ideia de que não se trata de constatação da pura *existēncia* da relação processual mas da *regularidade* desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer mas será inválida (é válida porém a manifestação do juiz que nesse processo viciado declara a inexistēncia dos pressupostos).

A relação processual é de direito público ainda quando seja privada a relação substancial controvertida: assim, tanto é pública a relação processual penal como a trabalhista ou a civil, ainda que com referência particular a esta a pretensão deduzida seja de caráter privado (obrigações, coisas *etc.*).

192. autonomia da relação processual

Do exposto já se conclui que a relação jurídica processual independe, para ter *validade*, da existência da relação de direito substancial controvertida. Instaurado o processo, sua validade vai depender de requisitos próprios, pouco importando que esta exista ou não.

E tanto isso é verdade que existem sentenças que julgam *improcedente* a ação intentada, sendo indubitavelmente atos processuais válidos, válida manifestação do poder jurisdicional, e sendo aptas a passar em julgado.

193. início e fim do processo

Cada processo, em concreto, tem *início* quando o primeiro ato processual é praticado (CPC, art. 263 – CPP, arts. 24 e 29 – CLT, art. 840, §§ 1º e 2º).

No regime do Código de Processo Civil anterior teve-se a impressão, em virtude da defeituosa dicção de seus arts. 196 e 292, de que o processo teria início com a citação válida; no entanto, a doutrina logo repudiou tal entendimento, criticando a má redação da lei. O Código vigente diz expressamente que “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara” (art. 263).

O *fim do processo* ocorre ordinariamente quando a situação litigiosa é eliminada por completo – seja mediante (a) uma sentença constitutiva, que por si própria já implanta a situação desejada pelo demandante, (b) por uma sentença que declare nada ser devido (declaratória negativa) ou (c) por um ato de satisfação do direito daquele (execução forçada, *cumprimento de sentença*).

Anormalmente termina o processo civil também, muitas vezes sem percorrer todo o arco do procedimento, quando ocorrem certos fatos excepcionais, previstos no art. 267 do Código de Processo Civil (extin-

Complexidade. Existem relações jurídicas simples e outras complexas, segundo impliquem a existência de uma só posição jurídica ativa e uma passiva ou uma pluralidade destas ou daquelas. Pois a relação jurídica processual, como já se viu, apresenta-se como a soma de uma série de posições jurídicas ativas e passivas, derivando daí o seu caráter complexo.

Progressividade (continuidade, dinamismo). Nas relações jurídicas simples a ocorrência de determinado fato jurídico (extintivo) dissolve a relação, como, p. ex., o pagamento dissolve a relação de mútuo. Nas complexas ou acumulam-se desde logo diversas posições jurídicas (*status*, relações entre cônjuges ou entre sócios, contratos pluriobrigacionais) ou então passa-se de posição em posição, pela ocorrência de fatos juridicamente relevantes (daí o caráter de *dinamismo*). No processo, como já se disse, ocorrem atos e fatos jurídicos que conduzem de uma posição jurídica a outra, ao longo de todo o *arco do procedimento*.

Unidade. Todos os atos do processo e todas essas posições jurídicas são coordenados a um objetivo comum, que é a emissão de um ato estatal imperativo (o provimento jurisdicional): o processo se instaura e todo ele é feito com vista a esse resultado final. Isso permite ver na pluralidade das posições jurídicas que se sucedem a unidade de uma só e única relação processual, ou de um processo só: une-as a ideia do fim comum (unidade teleológica).

Contrariando essa ideia, pretendeu-se identificar no processo não uma, senão muitas relações processuais, considerando tais o que, na realidade, melhor se adapta ao conceito de *posições jurídicas processuais*.

Estrutura tríplice. Trata-se daquela característica, já explicada, consistente na existência de três sujeitos (Estado, autor, réu – *supra*, n. 188).

Natureza pública. Desde que o juiz, no processo, não é sujeito em nome próprio, porém órgão através do qual age o próprio Estado, e desde que o Estado-juiz não vem ao processo em disputa com as partes sobre algum bem nem tem com estas qualquer conflito de interesses, mas exerce sobre elas a sua autoridade soberana, então a relação entre ele e estas é tipicamente uma relação de direito público. As relações de direito público, como se sabe, são aquelas que se caracterizam pelo desequilíbrio entre as posições dos seus sujeitos, um dos quais é o Estado na sua condição de ente soberano.

observou a doutrina que no primeiro deles se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*), enquanto no segundo se vai do direito (declarado pela sentença) aos fatos (que são modificados pela atividade executiva, para conformar-se ao direito).

A função do *processo cautelar* consiste em impor medidas urgentes destinadas a neutralizar os efeitos do decurso do tempo, muitas vezes corrosivos dos direitos de uma das partes ou da própria aptidão do processo a produzir resultados adequados e efetivos. Tais medidas serão outorgadas mediante um autêntico *processo*, em preparação ao processo principal (CPC, art. 796) ou incidentalmente a este (art. 273, § 7º). Igual tratamento é dado às *antecipações de tutela jurisdicional*, muitas vezes confundidas na experiência pretoriana com as medidas cautelares (*infra*, nn. 215 ss.).

No processo penal existem medidas cautelares estritamente instrumentais ao processo (*infra*, n. 226). Mas na ação penal condenatória não há possibilidade de medidas antecipatórias (satisfativas), em face de princípio constitucional da presunção de inocência. Existem, no entanto, medidas antecipatórias nos processos penais não condenatórios (como no *habeas corpus*, por exemplo).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, caps. XXV, XXVIII, XXIX, XXXI e XXXIII.
- Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, cap. I (trad.).
- Calmon de Passos, *A ação no direito processual civil brasileiro*, n. 19.
- Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, nn. 20-22.
- Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, nn. 80-89.
- Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 16.
- _____, *Execução civil*, n. 10.
- _____, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 135-150 (“Os institutos fundamentais do direito processual”).
- _____, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 386-392 e 397 ss.
- _____, *Litisconsórcio*, nn. 2-5, pp. 4 ss.
- Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, pp. 8 e 22.
- _____, “Processo – teoria generale”.
- Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, I, caps. I, IV, V e VI.
- Guasp, *Derecho procesal civil*, I, § 1º.
- Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, §§ 65 e 66.

ção sem julgamento do mérito). Também a sentença de mérito pode ser antecipada (arts. 269 e 330), mas nem sempre sua prolação determinará a extinção do processo (*supra*, n. 59).

O *processo penal por ação pública* apenas se extingue sem o julgamento do mérito se a denúncia for indeferida (CPP, art. 43), em virtude das regras da indisponibilidade da ação penal pública (CPP, arts. 25 e 42). Mas pode terminar sem ter percorrido todo o procedimento se ocorrer uma causa extintiva de punibilidade, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal; há porém julgamento de mérito no reconhecimento da extinção do eventual *jus punitionis*. Já o *processo-crime por ação de iniciativa privada* pode terminar anomalmente sem julgamento de mérito (CPP, art. 60 – perempção da ação penal).

O *processo trabalhista* extingue-se sem julgamento do mérito se o reclamante, notificado, deixar de comparecer à audiência de conciliação e julgamento (CLT, art. 844).

194. classificação dos processos

Como já vimos, levando em conta a diversidade dos provimentos jurisdicionais a que o exercício da ação pode conduzir, costuma a doutrina apresentar uma classificação das ações de acordo com o provimento que constitui o pedido (*supra*, n. 172). E, como o instrumento através do qual a jurisdição atua é o *processo*, também este toma nomes distintos, à vista da natureza do provimento jurisdicional a que tende: processo de *conhecimento*, processo de *execução* e processo *cautelar*.

O *processo de conhecimento* visa a produzir um julgamento da causa mediante uma *sentença de mérito* que concluirá por dar razão a uma das partes e negando-a à outra – e é por essa razão que os alemães o denominam *processo de sentença*, ou *Urteilverfahren* (*infra*, nn. 195 ss.).

O *processo de execução* consiste em atividades destinadas à efetiva satisfação de um direito reconhecido em sentença ou em algum título executivo extrajudicial. Não inclui o julgamento da própria pretensão do demandante, o qual terá lugar no processo de conhecimento e não no executivo. Eventuais defesas de mérito poderão ser opostas mediante um processo incidente à execução, mas autônomo em si mesmo, consistente nos embargos ou na impugnação ao cumprimento de sentença, conforme o caso (*infra*, nn. 204 ss.).

A propósito da clássica distinção entre processo de conhecimento e processo de execução (distinção, como visto, bastante comprometida, em matéria processual civil, pela Lei do Cumprimento de Sentença),

CAPÍTULO 32 ***PROCESSO*** ***OU FASE DE CONHECIMENTO***

195. conceito

O processo de conhecimento (ou *declaratório em sentido amplo*) provoca o *juízo*, em seu sentido mais restrito e próprio: através de sua instauração o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão. Objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado *sentença de mérito* – e nisso diferencia-se do processo de execução, cujo objetivo é satisfazer o direito do credor, reconhecido em sentença ou em algum título executivo extrajudicial.

Essa sentença, coroando o processo de conhecimento ou ao menos definindo o litígio mediante o julgamento da pretensão do autor, formula positiva ou negativamente a regra jurídica especial do caso concreto: concluirá pela *procedência* quando acolher a pretensão do autor, pela *improcedência* quando a rejeitar, ou mesmo pela *inadmissibilidade do julgamento do mérito* quando faltar algum dos requisitos para esse julgamento. O processo de conhecimento, com esse objetivo e essa função na vida dos direitos, opõe-se ao *processo de execução*, cujo objetivo é satisfazer o direito do credor, reconhecido em sentença ou em algum título executivo extrajudicial.

Ao processo de conhecimento pretendeu-se contrapor o processo *dispositivo* (ou determinativo), em que, na ausência de norma material, a função jurisdicional se exerce mediante um juízo de *equidade*. É o caso do art. 1.694, § 1º, do Código Civil (direito a alimentos) ou do art. 868 da Consolidação das Leis do Trabalho, que permitiriam ao juiz concretizar a norma em branco, criando e não declarando o direito. Mas mesmo aqui o juiz limita-se a extraír do sistema jurídico a norma de equidade

- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VI, §§ 16 e 17.
- Menchini, *Il giudizio civile*, pp. 44-45 e 204-221.
- Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*.
- Tornaghi, *A relação processual penal*, cap. I.
- _____, *Instituições de processo penal*, I, pp. 307-364.
- Vidigal, “Pressupostos processuais”.

única possibilidade de mera declaração de um fato (falsidade documental). São exemplos específicos de sentenças civis meramente declaratórias as proferidas nos processos de usucapião (tendente a declarar a aquisição da propriedade), de investigação de paternidade ou de *nulidade* de ato jurídico. Outro caso: protestada uma duplicita por falta de aceite, dirige-se ao juiz o suposto devedor dizendo que nada deve e pedindo uma sentença declaratória negativa da existência do débito.

No processo penal são exemplos de sentenças meramente declaratórias a que concede o *habeas corpus* previsto no art. 648, inc. VII, do Código de Processo Penal (a qual declara a inexistência da relação jurídica consubstanciada no direito de punir) ou o *habeas corpus* preventivo (que declara o reconhecimento do direito de liberdade), bem como a sentença que declara extinta a punibilidade (CPP, art. 61) e todas aquelas que julgam improcedente a pretensão condenatória do autor.

A sentença meramente declaratória será *positiva* ou *negativa*, consoante declare a existência ou a inexistência da relação jurídica. Sentenças meramente declaratórias de natureza negativa são também todas as que rejeitam o pedido do autor (com exceção da ação declaratória negativa, caso em que a rejeição tem conteúdo declaratório positivo – José Frederico Marques).

A sentença declaratória positiva proferida para acolher a demanda do autor concede a este a tutela jurisdicional postulada; a que rejeita tal demanda concede tutela ao réu.

Na ordem processual civil anterior à Lei do Cumprimento de Sentença o autor deveria, para poder depois exigir a satisfação do direito que a sentença declaratória tornou certo, propor nova ação, de natureza condenatória; a sentença declaratória positiva valer-lhe-ia apenas como preceito, tendo eficácia imperativa exclusivamente no tocante à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes. Pelo que dispõe aquela lei, no entanto, sustenta-se que a própria declaração da existência de um direito a ser satisfeito pelo réu já tem eficácia de título executivo, podendo nesse caso ser considerada uma sentença condenatória, ou ao menos ser equiparada a esta – e dispensando pois a propositura de nova demanda destinada a obter o título (CPC, art. 475-N, inc. I).

Como já exposto, com a vigência dessa lei a tendência será desaparecer no direito processual civil brasileiro o conceito de sentença condenatória pura, em razão (a) da possível outorga de eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias e (b) da generalização das sentenças dotadas de eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*.

pertinente – e tal hipótese é semelhante à de *lacuna de lei*, onde ocorre a integração da norma com base na analogia e nos princípios gerais do direito. Por outro lado, o fenômeno da discricionariedade outorgada ao juiz em casos especiais não incide na classificação dos processos, pois o provimento jurisdicional não deixaria de pertencer a uma das três categorias mencionadas.

Os processos de conhecimento subclassificam-se, de acordo com a natureza do provimento pretendido pelo autor, em três categorias: a) processo meramente declaratório; b) processo condenatório; c) processo constitutivo.

Todas as sentenças declaratórias em sentido amplo (sentenças de mérito) contêm a declaração da regra jurídica substancial concreta. A *meramente declaratória* limita-se formalmente à mera declaração (embora o art. 475-N, inc. I, do CPC pareça atribuir-lhe eficácia de título executivo), enquanto a *condenatória*, além de declarar, aplica a sanção executiva, e a *constitutiva*, além de declarar, modifica a relação jurídica substancial. A condenação e a constituição só se configuram quando as sentenças acolhem a pretensão do autor, porque se a rejeitam são sentenças declaratórias negativas.

Pelo art. 475-N, inc. I, é título executivo judicial, entre outros, “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Essa sentença será meramente declaratória, mandamental ou executiva *lato sensu*, mas, segundo um pensamento que vai ganhando força na doutrina brasileira, em todas essas modalidades abre caminho para uma nova fase processual destinada à efetivação do direito reconhecido (execução por título judicial ou *cumprimento de sentença* – art. 475-I).

196. sentença meramente declaratória

O processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica. Excepcionalmente a lei pode autorizar a declaração de meros fatos. A incerteza jurídica determina ou pode determinar a eclosão de um conflito entre as pessoas; existe, portanto, no estado de incerteza jurídica um conflito atual ou ao menos o perigo de conflito. O provimento jurisdicional invocado exaure-se, nessa hipótese, na decisão quanto à existência ou à inexistência da relação jurídica.

No processo civil a regra geral que autoriza o pedido meramente declaratório é o art. 4º do Código de Processo Civil, cujo inc. II indica a

Existem alguns estados ou relações jurídicas criados pelos indivíduos com ou sem intervenção do Estado e que este considera *indisponíveis* por sua importância para a vida social; tais relações ou estados não se podem desfazer sem a intervenção estatal (processos constitutivos necessários, em que a lei constitui óbice à satisfação voluntária). Outros estados ou relações jurídicas, ao contrário, podem modificar-se ou desfazer-se por força do acordo das partes: somente quando este não se conseguir é que terá lugar a intervenção do órgão jurisdicional (processo constitutivo não necessário, derivado da insatisfação voluntária da pretensão).

Diante disso, impõe-se uma distinção entre (a) sentenças constitutivas *necessárias*, quando o ordenamento jurídico só admite a constituição, modificação ou desconstituição do estado ou relação jurídica por via jurisdicional (é o caso da anulação do casamento), e (b) sentenças constitutivas *não necessárias*, para a produção de certos efeitos jurídicos que também poderiam ser conseguidos extrajudicialmente: a rescisão de contrato por inadimplemento, a anulação dos atos jurídicos *etc.*

No crime são exemplos de processos constitutivos a revisão criminal (CPP, arts. 632 ss.) e o processo culminante no provimento que “condena” o réu à pena de interdição de direitos (CP, art. 47).

199. a proposta de uma classificação quíntupla das sentenças e dos processos de conhecimento

Ao lado dessa tripartição tradicional, um número cada vez maior de autores brasileiros coloca a *ação mandamental*, tendente a obter uma ordem judicial (*mandamento*) dirigida a outro órgão do Estado ou a particulares. Essa última espécie é acolhida pelo art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil e a ela se refere o inc. V de seu art. 14, o qual fala expressamente em *provimentos mandamentais*. A sentença mandamental distinguir-se-ia da condenatória e com ela não se confundiria porque o comando que contém é apto a propiciar a imediata atuação concreta dos resultados desejados, não dependendo de um processo executivo (*execução sine intervallo*).

É o caso da sentença que concede mandado de segurança ou da proferida em face do oficial do registro público para retificação de nome, ou ainda para o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer. Para o descumprimento da ordem emanada pela sentença mandamental o ordenamento prevê sanções de natureza material e processual,

197. sentença condenatória

O processo condenatório tende a uma sentença de condenação do réu. Acolhendo a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito de interesses. Essa *sanção*, que não se confunde com a sanção de direito material (medida de agravamento da situação do obrigado inadimplente), consiste em possibilitar o acesso à via processual da execução forçada: proferida a sentença condenatória, passa a ser admissível o processo ou fase de execução, que antes não o era (*non est inchoandum ab executione*). Em outras palavras, é a sentença condenatória, entre as demais espécies de sentença, a única que participa do estabelecimento, a favor do autor, de um novo direito de ação (*ação executiva*, ou *executória*), que é o direito à tutela jurisdicional executiva.

Tanto no civil como no penal, o processo condenatório é, sem dúvida, o mais frequente; no campo não penal são condenatórios todos os processos que visem a obter a imposição ao réu de uma prestação de dar, fazer ou não fazer, e por isso tais processos também se denominam *de prestação*. Na esfera penal o processo condenatório é a regra, de vez que a pretensão do Estado configura normalmente pretensão punitiva, ou condenatória (CP, arts. 102-107). É, pois, tipicamente condenatória a sentença criminal que impõe ao réu a pena cominada pela lei em virtude do ilícito penal cometido.

198. sentença constitutiva

Pelo processo constitutivo chega-se à declaração peculiar a todas as sentenças de mérito (provimentos jurisdicionais de conhecimento), com o acréscimo da *modificação* de uma situação jurídica anterior, criando-se uma nova. Chama-se, pois, processo constitutivo aquele que visa a um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica. E, para que proceda à constituição, à modificação ou à desconstituição, é mister que antes a sentença declare que ocorrem as condições legais suficientes e adequadas para tanto.

Uma vez mais se verifica, diante disso, ser o próprio ordenamento jurídico quem condiciona a produção de certos efeitos jurídicos à prolação de uma sentença. O efeito não existia antes da norma mas estava nela previsto; em outras palavras, não é a sentença que cria o direito, pois se limita a declarar o direito preexistente, do qual derivam os feitos constitutivos, estabelecidos no ordenamento jurídico.

para o futuro (*ex nunc*), ou se, ao contrário, pode reportar-se ao passado (*ex tunc*). O fato de às vezes a sentença atingir situações anteriores a ela própria (CC, art. 182) não significa, todavia, que seja retroativa. Ao contrário, a sentença tem efeitos retardados em relação à possibilidade de autotutela imediata, e é para corrigir esse retardamento que pode ter efeitos *ex tunc*.

A regra geral é que as sentenças condenatórias e declaratórias produzem efeitos *ex tunc*, reportando-se ao passado, enquanto a constitutiva só os produz daqui para o futuro (*ex nunc*, ou seja, a partir de agora). Excepcionalmente a sentença condenatória pode ter efeitos *ex nunc* (como na ação de despejo, cuja sentença não projeta efeitos pretéritos) e, ainda excepcionalmente, algumas constitutivas têm efeitos reportados à data da propositura (v.g., ação para a rescisão de contrato por inadimplemento).

201. coisa julgada

A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a *coisa julgada formal*, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provinda da preclusão de todos os recursos eventualmente admissíveis. A coisa julgada formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do direito ao processo (àquele processo, o qual se extingue). O Estado realizou o serviço jurisdicional que se lhe requereu (julgando o mérito), ou ao menos desenvolveu as atividades necessárias para declarar inadmissível o julgamento do mérito (sentença terminativa – *infra*, n. 244).

Em princípio a coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. É a *imutabilidade* da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica.

Alguns autores não distinguem entre coisa julgada formal e preclusão, entendida aqui como a perda de faculdades processuais pelo decurso do tempo. Mas na verdade a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente.

chegando até à eventual configuração do crime de desobediência – com a necessidade, para sua caracterização, de processo criminal revestido de todas as garantias do devido processo penal.

Fala-se também na ação executiva *lato sensu* para designar a ação voltada a uma sentença de mérito, que em substância é uma condenação e vale como título executivo, mas é também provida de uma especial eficácia, consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo – p. ex., nas ações possessórias, nas de despejo (*infra*, n. 208).

Essa classificação *quintupla* das ações – que é uma criação da doutrina brasileira (Pontes de Miranda) e se opõe à clássica *tripartição* – não obedece ao mesmo critério por esta adotado, o qual se funda na natureza processual da tutela jurisdicional invocada (condenação); sendo levado em conta esse critério, a sentença mandamental e a executiva *lato sensu* reconduzem-se perfeitamente à categoria mais ampla das sentenças condenatórias. Mas não há dúvida de que tais sentenças ostentam também certas peculiaridades próprias, em contraposição à condenatória pura, por quanto a mandamental e a executiva *lato sensu* não demandam processo de execução *ex intervallo* – o mandamento contido na primeira e a eficácia da segunda são atuados no próprio processo em que houve o conhecimento e julgamento do *meritum causæ*.

Na realidade, a Lei do Cumprimento de Sentença parece ter pretendido eliminar do processo civil brasileiro regido pelo Código de Processo Civil o conceito e mesmo a categoria das sentenças condenatórias *puras*. Todas as sentenças que declararem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu comportariam efetivação *sine intervallo*, ou seja, mediante o prosseguimento do mesmo processo no qual proferidas, sem a apresentação de uma petição inicial, sem citação do demandado e portanto sem um processo executivo distinto e autônomo (*sine intervallo*). E essas sentenças, às quais a lei outorga a eficácia de título executivo (art. 475-N, inc. I), serão (a) *mandamentais* quando afirmarem a existência de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa ou (b) *executivas lato sensu* quando se referirem a uma obrigação em dinheiro. Não sobraria espaço, pois, no âmbito do Código de Processo Civil para as sentenças condenatórias puras. Mas quanto ao processo penal nada foi alterado e, portanto, essas sentenças perduram.

200. *início da eficácia da sentença*

Outro aspecto importante relativo ao processo de conhecimento é o que consiste em determinar se a sentença produz efeitos jurídicos

Mas outra parte da doutrina insurge-se contra a ideia da relativização ou desconsideração da coisa julgada, por ver nesta um inarredável postulado inerente ao Estado de direito, tão intocável quanto a segurança jurídica, que é o bem que ele visa a assegurar.

Outro mito que está sendo superado é o de que a coisa julgada só possa coroar uma sentença produzida após o conhecimento profundo e exauriente do juiz, em um procedimento em que todas as garantias constitucionais sejam exercidas prévia ou conjuntamente com os atos processuais (as chamadas *vias ordinárias*). Cada vez mais os sistemas estrangeiros admitem a coisa julgada revestindo decisões proferidas em procedimentos de cognição sumária, nos quais a cognição do juiz é superficial e o contraditório pode ser diferido. E disso também temos exemplos no Brasil nos casos de julgamento antecipado do mérito por força de *revelia* ou do art. 285-A do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz pode julgar desde logo improcedente a demanda com fundamento em precedentes do juízo – o que pode levar à coisa julgada sem qualquer tipo de instrução, se não houver recurso do réu.

Quanto às sentenças *determinativas* ou *instáveis*, que decidem relações continuativas, projetando efeitos para o futuro (CPC, art. 471, inc. I – CLT, art. 873), não há exceção à autoridade da coisa julgada mas acolhimento do princípio *rebus sic stantibus*. O juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior mas, exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente.

Autores há que negam a mesma natureza à coisa julgada civil e à penal. Outros distinguem esta em coisa *soberanamente* julgada (própria da sentença absolutória) e *mera* coisa julgada (própria da sentença condenatória), porque não haveria exceções à coisa soberanamente julgada, mas apenas à *mera* coisa julgada (CPP, arts. 621 ss.), podendo a *revisão criminal* ser demandada somente pelo réu (contra sentença condenatória, naturalmente) e não pelo acusador. O sistema repudia a chamada revisão *pro societate*.

Todavia, é realmente idêntica a natureza da coisa julgada quer no processo civil, quer no penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal condenatória como a civil de mérito podem ser rescindidas após a coisa julgada nos casos excepcionais previstos, respectivamente, nos arts. 621 do Código de Processo Penal, 485 do Código de Processo Civil e 836 da Consolidação das Leis do Trabalho. Existem apenas diferenças quanto aos *casos* em que a rescisão se admite na esfe-

Conforme lição da mais viva atualidade na doutrina, nem a coisa julgada formal nem a material são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, uma e outros tornados imutáveis (Enrico Tullio Liebman). A *eficácia natural da sentença* vale *erga omnes*, enquanto a *autoridade da coisa julgada* somente existe entre as partes. Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material. Não têm essa autoridade (embora se tornem imutáveis pela preclusão) as sentenças que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo – ou seja, as que dão uma definição ao litígio e põem fim à relação processual sem julgamento de mérito, as proferidas em procedimento de jurisdição voluntária, as medidas cautelares – assim como as decisões interlocutórias em geral (salvo raras exceções). Por outro lado, segundo parte da doutrina mesmo as sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada material podem ser revistas em casos excepcionalíssimos, nos quais se relativiza a coisa julgada a bem da prevalência de valores humanos, políticos, morais *etc.* de envergadura maior que aqueles que tiverem sido objeto da decisão. A *relativização da coisa julgada material* é uma tese extremamente polêmica, que nasceu no seio do Superior Tribunal de Justiça (Min. José Delgado) e que, mesmo entre os que a aceitam, só é defendida para casos realmente extraordinários. Essa tese parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo todos eles ser sistematicamente interpretados de modo harmonioso e, consequentemente, aplicando-se à coisa julgada o princípio da *proporcionalidade* utilizado para o caso de colisão entre princípios constitucionais. Esse princípio significa que, em caso de conflito entre dois ou mais valores tutelados pela Constituição, deve-se dar prevalência àquele que no caso concreto se mostre mais intimamente associado à índole do sistema constitucional. Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material, com base no princípio da proporcionalidade (*supra*, n. 34-A).

O princípio constitucional da *proporcionalidade* (ou razoabilidade), acolhido em diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, obedece a parâmetros estritos, delineados pela teoria constitucional, de modo a evitar o excessivo subjetivismo do juiz. São eles: a) a adequação entre meios empregados e fins visados; b) a proporcionalidade estrita, entendida como aferição e balanceamento dos valores em jogo; c) o menor sacrifício possível ao bem considerado menos importante.

O Código de Processo Civil assinala-as expressamente ao prescrever que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469).

Resulta do texto que *apenas o dispositivo da sentença*, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Excluem-se os *motivos*, ou seja, a solução dada às questões lógicas ou prejudiciais necessariamente enfrentadas para chegar à definição do resultado da causa.

Questões prejudiciais são aquelas que, podendo por si sós constituir objeto de processo autônomo, surgem em outro processo, como antecedente lógico da questão principal, devendo ser decididas antes desta, por influírem sobre seu teor. Assim, p. ex., na ação de alimentos a questão da relação de parentesco é prejudicial; na ação contra o fiador é questão prejudicial a atinente à validade da obrigação principal; na ação de despejo, a qualidade de usufrutuário suscitada pelo réu.

Por sua vez, o art. 470 do Código de Processo Civil acrescenta fazer coisa julgada material a resolução da questão prejudicial, se qualquer das partes o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Nessa hipótese insere-se no processo em andamento uma nova pretensão, deduzida mediante *ação declaratória incidental*, que transforma também a questão prejudicial em objeto do processo, passando a ser decidida por sentença, junto com a principal (no dispositivo da sentença e não entre os motivos).

Os arts. 469 e 470 do Código de Processo Civil são considerados dispositivos de interpretação integrativa a todo o sistema processual, abarcando o processo do trabalho e, até certo ponto, o penal.

Especificamente para este, o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal delinea indiretamente os limites objetivos da coisa julgada ao estabelecer que a exceção de coisa julgada somente pode ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença. Ou seja, só o fato principal, entendido como conduta naturalística do agente, fixará os limites da coisa julgada, sem que o mesmo ocorra com os motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais levantadas no processo.

ra penal e na não penal, assim como quanto aos prazos – o que, porém, significa somente uma regulamentação diversa, à vista das diferentes relações jurídicas materiais, mas não uma diversidade ontológica quanto à coisa julgada.

Outro aspecto importante da coisa julgada penal, atinente à sentença condenatória, é que esta guarda a natureza de sentença *determinativa* (v. logo acima) e contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Está o juiz, pois, autorizado a agir por equidade, mediante a modificação objetiva da sentença em virtude da mutação das circunstâncias fáticas. A sentença determinativa transita em julgado, sendo, porém, suscetível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém; é, pois, passível de revisão nos casos expressamente autorizados por lei, atendendo-se exatamente ao comando emergente da própria sentença. É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal trânsita em julgado (livramento condicional, suspensão condicional da pena, extinção da punibilidade durante a execução etc.). Não se trata, porém, de inexistência de coisa julgada e o fenômeno ocorre também com a coisa julgada civil, quando se trata de sentença para o futuro.

Ao mesmo tempo em que de algum modo se desmistifica a autoridade da coisa julgada, outras formas de estabilidade das decisões tomam corpo e são assemelhadas àquela: assim, por exemplo, a *preclusão administrativa* cobre as decisões administrativas, imunizando-as contra mudanças que atentariam contra a certeza e segurança jurídicas. E certas decisões jurisdicionais que não são de mérito acabam também por revestir-se de uma espécie de estabilidade, de algum modo equivalente à da coisa julgada.

É o caso, por exemplo, da decisão que extingue o processo por falta de legitimidade da parte: o provimento ficará estabilizado se a condição não for implementada. Assim também, no processo penal, a decisão de arquivamento do inquérito não poderá ser alterada sem novas provas.

Pode-se afirmar, assim, que no processo podem ocorrer diversos graus de estabilização das decisões, sendo a mais aguda a coisa julgada material.

202. *limites objetivos da coisa julgada*

Estabelecer os limites objetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: *quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada?*

erga omnes da Lei da Ação Popular (art. 18); depois, análoga disposição na Lei da Ação Civil Pública, e por último no Código de Defesa do Consumidor (art. 102, aplicável à ação civil pública – LACP, art. 21). Essas disposições, partindo do pressuposto de que os autores legitimados para as ações coletivas são *substitutos processuais* dos reais interessados (titulares dos direitos metaindividuais), vieram explicitar a inclusão destes entre os sujeitos atingidos pela *auctoritas rei judicatæ*. Por outro lado, reestruturaram-se aqueles limites de acordo com o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis* (CDC, art. 102). Assim, conforme o caso, a autoridade da sentença poderá alcançar a todos, para beneficiá-los ou prejudicá-los – salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas –, ou ser utilizada apenas em favor dos membros da classe, sem possibilidade de prejudicar suas pretensões individuais.

Estabelecendo o art. 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor que nas ações coletivas por direitos individuais homogêneos “a sentença fará coisa julgada (...) *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”, parte da doutrina entende que nessa disposição não existe uma definição do âmbito subjetivo da coisa julgada, mas da *eficácia direta* da sentença (Cândido Rangel Dinamarco). Todos os sujeitos substituídos no processo pelo autor da demanda coletiva são beneficiados diretamente pelos efeitos da sentença de procedência – sendo essa uma *eficácia direta* e não mera *eficácia natural* da sentença precisamente porque os efeitos desta são endereçados diretamente a tais sujeitos. A eficácia *natural*, conforme concebida pela doutrina, não consiste senão na impossibilidade de questionar os efeitos de uma sentença produzidas *inter alios* e não das sentenças, como essa do Código de Defesa do Consumidor, que vão diretamente à esfera de direitos de sujeitos que formalmente não figuraram como partes no processo mas são os reais titulares dos direitos subjetivos materiais reconhecidos pelo juiz (substituídos processuais).

Segundo se entende, pois, o terceiro que não figurou no processo e sequer foi substituído por algum legitimado extraordinário, quando prejudicado pela eficácia da sentença poderá surgir-se contra esta, inclusive em outro processo, porquanto não é atingido pela autoridade da coisa julgada material.

Reputa-se *terceiro juridicamente prejudicado* toda pessoa que, sem ter sido parte formal no processo, nem ter sido substituído por outrem, for titular de alguma relação jurídica material afetada pela decisão da causa (sentença proferida *inter alios*). É terceiro juridicamente prejudicado, p. ex., o fiador com relação à sentença que decidiu a relação jurídica entre o credor e o afiançado. Mas é terceiro prejudicado *apenas*

Por isso, não fazem coisa julgada as prejudiciais penais que o juiz deva enfrentar incidentemente, de acordo com o disposto no art. 93, § 1º: é o caso de um processo por receptação em que se alegue a inexistência do furto.

Mas se a questão prejudicial for decidida como questão principal em outro processo, civil (*prejudicialidade heterogênea*) ou penal (*prejudicialidade homogênea*), naturalmente a sentença que sobre ela verse ficará coberta pela coisa julgada material. É o caso, p. ex., da questão sobre a validade do primeiro casamento suscitada no processo penal por bigamia, a ser necessariamente julgada pelo juiz civil, nos termos do art. 92, *caput*, do Código de Processo Civil. Uma peculiaridade existe, porém, com relação à sentença penal absolutória: o art. 386 do Código de Processo Penal considera incluída na parte dispositiva da sentença absolutória a causa da absolvição, que assim se reveste da autoridade de coisa julgada material.

Diversos serão, p. ex., os efeitos de uma sentença que absolve por inexistência do fato, da autoria ou da tipicidade da conduta (incs. I-III do art. 386) em comparação com aquela que absolve por insuficiência de provas (inc. VI) ou por existência de alguma excludente (inc. V). No sistema italiano anterior ao Código de Processo Penal de 1988, havia previsão expressa da possibilidade de absolvição “por insuficiência de provas”, até que a Corte Constitucional julgou o dispositivo inconstitucional, pois a fórmula atentaria contra a presunção de inocência e deixaria uma pecha de culpabilidade a respeito da responsabilidade penal do acusado. O Código atual não repete mais a previsão: a absolvição, no processo italiano, tornou-se absolvição *tout court*.

203. *limites subjetivos da coisa julgada*

Fixar os limites subjetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: *quem é atingido pela autoridade da coisa julgada material?*

Aqui também a resposta é dada expressamente pelo art. 472 do Código de Processo Civil, de aplicação integrativa a todas as disciplinas processuais: *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros*.

O dogma da limitação subjetiva da coisa julgada vem sendo repensado, ou redimensionado, no moderno processo civil brasileiro em relação às ações coletivas ajuizadas em defesa de direitos metaindividuais (ambiente, consumidor etc.). Tivemos em primeiro lugar a coisa julgada

envolva terceiro em casos de conexão de crimes ou de pessoas. A denúncia ou a queixa poderão ser rejeitadas pelo juiz por falta dos mínimos fundamentos para seu recebimento. Mas nesse caso o segundo processo será extinto por falta de *justa causa* (entendida como plausibilidade da acusação ou *fumus boni juris*) e não por força da coisa julgada.

Pelas mesmas razões práticas e políticas supraexpostas, não se pode executar contra o responsável civil não figurante no processo-crime a sentença penal condenatória (CPP, arts. 63 e 64). Título executivo existe mas só com relação a quem foi parte no processo penal (CPC, arts. 584, inc. II, e 568, inc. I). Contra o responsável civil, para a reparação dos danos oriundos do crime, deverá ser ajuizado processo de conhecimento de pretensão condenatória.

Finalmente, uma observação quanto aos processos que visam a tutelar bens de índole coletiva ou difusa por iniciativa de formações sociais ou entes públicos legitimamente investidos da condição de guardiães dos direitos e interesses supraindividuais: por sua própria natureza, nesses casos a coisa julgada há de operar *ultra partes* ou *erga omnes*, atingindo todos os membros da *classe*.

Tende-se porém, nesses casos, a estruturar a coisa julgada *secondum eventum litis* (ou seja, segundo o resultado do processo), para beneficiar mas não para prejudicar, individualmente, cada qual dos interessados. Tal solução, além de prudente, não infringe as regras do contraditório, pois o réu terá participado plenamente deste – o mesmo não ocorrendo com cada componente da categoria. É essa a solução do Código de Defesa do Consumidor nos arts. 103-104.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XV, n. 1.
Barbi, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, pp. 11 ss.
Buzaid, *O concurso de credores no processo de execução*, p. 25.
Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.
Campos Barros, *Processo penal cautelar*.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, p. 201.
_____, *Sistema del diritto processuale civile*, I, n. 40.
Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, pp. 273 ss. (trad.).
Dinamarco, *Execução civil*, nn. 9 e 26.
_____, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 393-396.

de fato (e não *juridicamente*) o credor com relação ao devedor vencido em uma ação reivindicatória: o patrimônio do devedor, assim diminuído, pode não garantir seu crédito, mas a relação jurídica de crédito-débito não é afetada pela decisão na reivindicatória.

A limitação da coisa julgada às partes, bastante difusa no processo moderno, obedece a razões técnicas ligadas à própria estrutura do ordenamento jurídico, em que a coisa julgada tem o mero escopo de evitar a incompatibilidade *prática* entre os comandos, e não o de evitar decisões inconciliáveis no plano *lógico*. Por outro lado, os sistemas jurídicos que não contemplam a obrigatoriedade dos precedentes jurisprudenciais (o *stare decisis* dos ordenamentos do *common law*) não podem obrigar o juiz futuro a adequar seus julgados a um anterior, estendendo a sentença a outras pessoas que litiguem a respeito do mesmo bem jurídico.

Mas o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de *índole política*: quem não foi sujeito do *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*.

Por essas razões somadas é que todas as disciplinas processuais submetem-se ao princípio da limitação da coisa julgada às partes. Especificamente para o processo penal, nem a conexão entre crimes ou entre pessoas tem o condão de estender a coisa julgada a terceiros.

Isso quer dizer que nem a condenação nem a absolvição do réu em um processo podem constituir obstáculo para sentença a ser proferida com relação a outro réu em processo diverso quando os crimes, embora conexos, sejam julgados separadamente (p. ex., quando se trate de recepção, com relação ao furto). A mesma impossibilidade de transportar a coisa julgada para outro processo contra réu diverso ocorre no concurso de agentes quando o coagente não integra a mesma relação processual penal.

Diversa é a situação do litisconsorte, corréu no mesmo processo, a quem se estendem os efeitos benéficos do recurso do litisconsorte que recorreu, salvo quando os motivos forem de caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). Tal regra constitui desdobramento daquela contida no art. 509 do Código de Processo Civil, referente ao recurso em caso de litisconsórcio unitário (ou segundo alguns, também em outras hipóteses – *infra*, n. 238).

É óbvio que o precedente constituído pela sentença favorável passada em julgado terá grande importância para o processo penal que

CAPÍTULO 33 **EXECUÇÃO** **E PROCESSO DE EXECUÇÃO**

204. execução – conceito geral

A função jurisdicional não consiste somente em *julgar*, ou seja, em emitir *sentenças* em processos de conhecimento. Ocorrem inúmeras situações em que a efetivação da tutela jurisdicional exige a realização de atos e a imposição de providências destinadas a modificar a situação de fato existente, em conformidade com o direito exibido pela parte e não satisfeito. Tal é a função do *processo de execução*, conceituado como um conjunto de atos com os quais o Poder Judiciário busca propiciar ao titular de um direito a satisfação deste, à custa de um outro sujeito. Assim é a execução civil, que incide sobre bens integrantes do patrimônio do obrigado, e também a execução penal, que atua sobre a liberdade de um acusado.

Executar é *dar efetividade* e execução é *efetivação*. A execução forçada, a ser realizada por obra dos juízes e com vista a produzir a satisfação de um direito, tem lugar (a) quando esse resultado prático não é realizado espontaneamente por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado (execução civil), ou (b) quando a ordem jurídica repele atos de satisfação voluntária ou de imposição de resultados mediante condutas do próprio titular de direitos (execução penal). Dadas essas premissas, tem-se que, em sentido técnico-processual, execução é somente a *execução forçada* – quer a civil, quer a penal.

Houve autores, em tempos não muito distantes, que vislumbraram na execução uma atividade puramente administrativa, não jurisdicional. E também houve quem, ligado à ideia da *lide* ao centro do sistema processual (Carnelutti), reconhecia o caráter jurisdicional da execução mas negava peremptoriamente que ali existisse uma lide. E houve ainda

- Grinover, *Ação declaratória incidental*, pp. 30 ss., 47 ss. e 95 ss.
- _____, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, pp. 4 ss.
- _____, “Natureza jurídica da execução penal”, pp. 5 ss.
- _____, “Coisa julgada *erga omnes*”, pp. 383-394.
- Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, pp. 150 ss.
- Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, § 6º (trad.).
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, pp. 49 ss.
- _____, *Processo de execução*, n. 22.
- _____, *Problemi del processo civile*, pp. 104 ss. (“Unità del procedimento cautelare”).
- Machado Guimarães, “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”.
- Marques, *Elementos de direito processual penal*, I, pp. 328 ss., e IV, pp. 5 ss.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, II, pp. 49 ss.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VI, § 19.
- Redenti, *Diritto processuale civile*, II, p. 245.
- Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, V, p. 23.
- Vidigal, “Escopo do processo civil”.
- Watanabe, *Da cognição no processo civil*.
- Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, p. 151.

conteúdo (*execução imprópria* – p. ex., atos do registro civil ou imobiliário). Em um tradicional sentido técnico e estrito, execução realiza-se exclusivamente mediante atos do Estado-juiz que tornem desnecessária qualquer conduta do obrigado tendente à satisfação do direito do credor (tal é a *execução por sub-rogação*). No atual estágio do direito positivo brasileiro, todavia, há forte tendência a incluir no conceito de execução civil também os atos judiciais de induzimento do obrigado a cumprir – é o caso de imposição de multas pelo descumprimento, interdição de atividades etc. (*execução por coerção* ou *execução indireta*).

As *sentenças constitutivas* não são título executivo e não propiciam nem necessitam de execução alguma, porque não impõem o cumprimento de uma prestação e são dotadas de uma efetividade própria e imediata (execução em sentido genérico), que dispensa qualquer atividade ulterior – seja do Poder Judiciário, seja da parte obrigada. Assim são também as *sentenças meramente declaratórias* de relações jurídicas, direitos ou obrigações, cuja concreta efetividade igualmente não depende de uma prestação a ser realizada pela parte vencida (declaratória de paternidade, sentenças de improcedência etc.). Registra-se porém, em tempos presentes, uma tendência a conferir eficácia executiva também a essas sentenças quando afirmativas da existência do direito de uma das partes a uma prestação a cargo da outra (Teori Albino Zavascki).

Também nas sentenças constitutivas e nas meramente declaratórias, todavia, quase sempre haverá um *capítulo condenatório*, dependente de efetivação ulterior, que é aquele referente a honorários da sucumbência devidos pelo vencido ao vencedor (ou ao seu advogado) e reembolso de despesas.

207. o título executivo e o inadimplemento na execução civil

Ao indicar o título executivo e o inadimplemento como “requisitos necessários para realizar qualquer execução”, o Código de Processo Civil fixa as balizas fundamentais para a admissibilidade da execução forçada, sendo esses os fatores que conferem ao sedizente credor o indispensável interesse de agir *in executivis* (arts. 580 ss.). O *inadimplemento*, como estado de insatisfação de uma obrigação, representa o *interesse-necessidade*, sem o qual nenhuma tutela jurisdicional é admissível – porque sem que o devedor haja manifestado uma resistência à pretensão do credor não será jamais lícito buscar amparo no Poder Judiciário (*supra*, n. 169). O título executivo compõe a condição do *interesse-adequação*, sabendo-se que, por mais que dada pessoa seja realmente titular

quem, limitando a jurisdição ao processo de conhecimento, no qual se pronuncia o direito (*juris dictio*), sustentava que na execução forçada haveria o exercício de uma função que se chamaria *juris-satisfativa* e não jurisdicional (Celso Neves). Todas essas concepções estão superadas na doutrina moderna.

205. *título executivo*

No Estado de Direito toda execução depende rigorosamente da existência de um *título executivo*, o qual consiste sempre em um ato de reconhecimento de um direito a ser efetivado, emitido por um juiz ou árbitro ou pelo próprio obrigado, conforme o caso (títulos executivos judiciais ou extrajudiciais). No processo civil consideram-se títulos executivos *judiciais* a sentença condenatória ou alguns outros atos jurídicos indicados em lei (CPC, art. 475-N) e são títulos *extrajudiciais* certos atos com que o próprio sujeito reconhece a obrigação e se compromete a cumprir (nota promissória etc. – CPC, art. 585). No processo penal, dada a indisponibilidade do direito à liberdade que é inherente à personalidade humana, só constitui título executivo a sentença penal condenatória proferida por juiz estatal, excluídos os títulos extrajudiciais (*nulla pœna sine judicio*).

206. *execução civil – conceito e distinções*

Especificaremos agora a conceituação exposta acima, lançando o foco sobre a *execução civil*. Esta é, em uma primeira aproximação, o conjunto de medidas com as quais o juiz produz ou propicia a satisfação do direito de um sujeito à custa do *patrimônio* de outro, quer *com o concurso* da vontade deste, quer independentemente ou mesmo *contra ela* (Liebman). A partir dessa conceituação, de aceitação geral na doutrina, só se terá uma execução civil quando seu fundamento for uma sentença judicial ou arbitral, ou mesmo uma declaração de vontade do próprio obrigado (título executivo extrajudicial), da qual resulte o dever de realizar uma *prestaçao* – ou seja, um dever de oferecer ao credor algum bem patrimonial. Diz-se que as sentenças condenatórias e demais títulos executivos (judiciais ou extrajudiciais) são portadores de uma *sanção* consistente em autorizar a realização da execução forçada em caso de inadimplemento da parte do obrigado (Liebman).

Não é *execução* a realização, por órgãos administrativos ou mesmo judiciários, de atos destinados a registrar a sentença ou a documentar seu

Ao lado desse inconveniente efeito desestruturante do sistema processual, a Lei do Cumprimento de Sentença traz porém *alguns aspectos positivos* relacionados com a agilidade na busca da satisfação de créditos reconhecidos em sentença. Um deles, e talvez o mais destacado, consiste na exigência de pagamento do valor devido, a ser feito pelo executado no prazo de quinze dias depois da intimação inicial dessa fase, sob pena de multa de dez por cento sobre esse valor (art. 475-J). Outro, a exigência de que para oferecer impugnação, questionando o valor da obrigação, o executado indique e demonstre qual o valor que sustenta ser devido, “sob pena de rejeição liminar dessa impugnação” (art. 475-L, § 2º). Outro, ainda, a escolha do *agravo de instrumento* como recurso adequado contra decisões que julguem a liquidação de sentença (art. 475-H) ou que, ao julgar a impugnação ao cumprimento de sentença, deixem aberta a possibilidade de prosseguimento da execução (art. 475-M, § 3º), etc.

Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil autorizam também o juiz a impor medidas de coerção psicológica ao obrigado que omite o cumprimento do dever de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa reconhecido em sentença. Também o desatendimento a medidas de antecipação de tutela pode gerar essas sanções, inclusive a de multa (*astreintes*).

Seja no *processo de execução* (título extrajudicial), seja na fase de *cumprimento de sentença*, existem regras de equilíbrio a serem observadas para que se busque sim a tutela integral devida ao credor, mas sem sobrecarregar o obrigado com constrições ou privações além do necessário (*menor onerosidade possível* – art. 620, c/c art. 475-R). Essa é uma imposição da garantia constitucional do *due process of law*, que impõe limites ao exercício do poder (*supra*, nn. 39 e 85).

209. competência para a execução civil

No tocante ao *processo de execução* (título extrajudicial) a competência territorial é definida pelo art. 576 mediante uma disposição muito sucinta na qual se diz simplesmente que “a execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, na conformidade do disposto no Livro I, Título IV, Capítulos II e III”. Isso significa (a) que a *competência internacional* para esse processo será determinada segundo o disposto nos arts. 88-90 do Código de Processo Civil, b) que a *competência de jurisdição* será a que resultar das regras ordinárias contidas na Constituição Federal (art. 109, *caput*, incisos e parágrafos) e (c) que a *competência territorial* atenderá ao disposto nos arts. 94 ss. do Código de Processo Civil, de fácil assimilação ao processo executivo. Prevalecerá pois, conforme o caso, a competência do *foro comum*.

de um direito e por mais que haja a necessidade de apelo ao Poder Judiciário, a busca de satisfação *pela via executiva* só é admitida quando esse direito estiver amparado por um título executivo (CPC, art. 586 – *supra*, nn. 169 e 205). Sem haver um título o sujeito poderá até ser admitido a postular perante o Poder Judiciário (interesse-necessidade), mas somente mediante um processo de conhecimento ou monitório.

208. *processo de execução (por título extrajudicial) e fase de cumprimento de sentença*

No direito positivo brasileiro a execução por título judicial e a execução por título extrajudicial são tratadas em partes diferentes do Código de Processo Civil, a saber: a) a execução por título extrajudicial, no Livro II, denominado “do processo de execução” (arts. 566 ss.); b) a execução por título judicial, no Livro I, portador da rubrica “do processo de conhecimento”, em um capítulo que a lei denomina “do cumprimento de sentença” (arts. 475-I ss.). Essa discutível dicotomia topológica parte da falsa ideia de que o cumprimento de sentença não seria uma *execução* mas um conjunto de atividades de complementação da tutela jurisdicional cognitiva.

Nessa sistemática vigente, a execução por título extrajudicial é tratada como um verdadeiro *processo*, que se distingue do processo de conhecimento não só pelos objetivos de cada um (*decidir* no processo de conhecimento, *efetivar resultados práticos* no de execução), como também pelos procedimentos e pelos atos que ali se realizam, característicos de uma execução (atos de preparação e efetivação da satisfação do credor como tal reconhecido no título extrajudicial). Esse processo principia, como todo processo, com uma demanda da parte interessada (o credor), seguida da citação do demandado, atos de constrição patrimonial (penhora *etc.*), avaliação do bem constrito e um ato final de satisfação (entrega de dinheiro ou da coisa devida).

A execução por título judicial, ou *cumprimento de sentença*, não é considerada um processo mas mera *fase* do processo iniciado como processo de conhecimento, não sendo o demandado *citado* para essa fase mas meramente *intimado seu defensor*. Os atos de preparação e efetivação do direito do credor reconhecido como tal no título judicial (sentença) são porém atos típicos de execução, nos mesmos moldes dos atos do processo de execução por título extrajudicial (art. 475-R). A doutrina diz que esse é um *processo sincrético*, no qual se decide e também se executa.

211. liquidação de sentença

Liquidação de sentença é um sistema de atividades destinadas à verificação do valor de obrigações reconhecidas em sentença ainda sem a determinação do *quantum debeatur*. Só se liquidam obrigações constantes de títulos executivos judiciais, não extrajudiciais. A liquidação de sentença é feita mediante uma especial fase do processo, principiada com uma iniciativa de uma das partes (ordinariamente do credor) e seguida da intimação do advogado do adversário e de um procedimento que varia segundo o caso (execução por artigos ou por arbitramento). Termina com uma sentença meramente declaratória, portadora da especificação do valor devido, a qual vem a integrar o título executivo ainda incompleto enquanto não se conhece esse valor – e só então será admissível o início da fase executiva (CPC, art. 475-A). A competência para a liquidação é sempre do juízo perante o qual houver fluído o processo em sua fase de conhecimento.

Apesar de ser essa realmente uma *sentença*, e não mera decisão interlocutória, a lei estabelece que o recurso adequado contra o ato judicial de liquidação será o *agravo de instrumento*, não a apelação (art. 475-H).

São duas as modalidades da liquidação de sentença, segundo a lei processual brasileira: a) a liquidação *por arbitramento*, quando se trata de avaliar algum dano, serviço ou bem (art. 475-C); b) a liquidação *por artigos*, quando for necessário investigar sobre *fatos novos* estranhos à sentença liquidanda (art. 475-E). Muito importante na disciplina da liquidação de sentença é a *regra da fidelidade*, expressa no art. 475-G do Código de Processo Civil, segundo o qual “é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou”.

Quando o título executivo deixa de conter somente o valor da obrigação (*quantum debeatur*) mas fornece elementos suficientes para chegar a esse valor mediante meros cálculos aritméticos, a lei dispensa qualquer liquidação, bastando realizar tais cálculos (CPC, art. 475-B e art. 614, inc. II). Obrigações cujo valor pode ser determinado mediante simples cálculos são obrigações *líquidas*, porque para a liquidez basta a *determinabilidade* do valor devido, não sendo exigido que desde logo haja uma situação de *determinação* desse valor.

(domicílio do demandado) ou de algum *foro especial* pertinente (foro da situação do imóvel, do local de cumprimento da obrigação etc.), sendo em princípio eficaz também eventual *eleição de foro* pactuada entre as partes (art. 111).

A disciplina da competência para a execução por título judicial (*cumprimento de sentença*) está nos incisos art. 475-P do Código de Processo Civil, segundo os quais será competente na maioria dos casos “o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição” (inc. II). Essa é uma *competência funcional*, pela qual a segunda fase do processo (cumprimento de sentença) se processa, como é natural, perante o juízo da primeira fase, cuja competência para todo o processo está *preventa*. Visando a facilitar a execução, em proveito para a efetividade da tutela jurisdicional, o parágrafo do mesmo art. 475-P oferece ao credor a faculdade de “optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado”.

Para casos de ocorrência mais rara a lei declara competentes (a) “os tribunais, nas causas de sua competência originária” e (b) “o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira” (art. 475-P, incs. I e II).

210. espécies de execução civil

Segundo o objeto do direito a ser efetivado, variam as espécies de execução civil (quer em caso de título extrajudicial, quer no cumprimento de sentença), as quais serão (a) execução *por obrigação de fazer ou de não fazer* (art. 461 e arts. 632 ss.), (b) execução para *entrega de coisa certa* (art. 461-A e arts. 621 ss.) e execução *por quantia certa contra devedor solvente* (arts. 475-J ss. e arts. 646 ss.). Por disposição expressa de lei, aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença, no que couber e for compatível, as normas contidas no capítulo do *processo de execução*, inclusive aquelas regentes de cada uma das diversas espécies de execução (art. 475-R).

Na execução ou cumprimento de sentença por quantia certa a satisfação do exequente é feita mediante a *expropriação* de bens necessários a cobrir o valor da obrigação. Tal expropriação, como ato estatal de império, consistirá principalmente, conforme o caso, na adjudicação de bens ao exequente, em sua transferência a um arrematante etc. (arts. 647 ss.).

opinião no sentido da inconstitucionalidade da exigência de segurança do juízo como requisito para sua admissibilidade, “pois fere as garantias constitucionais de acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, bem como o art. 8º, inc. I, da Convenção Americana. E até o princípio da proporcionalidade, como quando se trata de valores vultosíssimos” (Ada Pellegrini Grinover). A esse pronunciamento, objeta-se: (a) que o art. 475-J do Código de Processo Civil não formula tal exigência, estabelecendo somente que o prazo para a impugnação principia da intimação da penhora, sem impedir que ela seja oposta antes do início desse prazo; (b) que, em situações assim, o executado disporá da via da *exceção de pré-executividade*, que independe da segurança do juízo (Cândido Rangel Dinamarco).

213. execução provisória

Chama-se *execução provisória* aquela que se realiza sob o risco de, em dadas circunstâncias, vir a ser desfeita. Quer se trate de execução por título judicial ou extrajudicial, a circunstância que determina sua provisoriação é sempre a pendência de algum recurso – ou recurso interposto contra a própria sentença ou acórdão utilizado como título executivo, ou recurso contra sentença ou acórdão portador de decisão em embargos do executado ou em impugnação ao cumprimento de sentença. O art. 475-O do Código de Processo Civil estabelece que “a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva”, e seu art. 587 estabelece um divisor de águas entre a execução definitiva e a provisória ao dispor que “é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo”. Complementando essa ideia, diz ainda o art. 475-I do Código de Processo Civil: “é *definitiva* a execução da sentença transitada em julgado e *provisória* quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”.

Em face dessas e outras disposições legais, são três as hipóteses relativas à admissibilidade da execução relacionadas com o estado do título executivo ou de eventual recurso: a) quando se trata de título executivo extrajudicial não embargado ou quando a sentença ou acórdão de procedência da demanda não tiverem sido objeto de qualquer recurso ter-se-á uma execução *definitiva*; b) quando a sentença de procedência da demanda ou de improcedência dos embargos ou impugnação estiver sujeita a recurso sem efeito suspensivo admitir-se-á uma execução *provisória*; c) na pendência de recurso recebido com efeito suspensivo não se admitirá *execução alguma*.

A sentença condenatória coletiva, na modalidade de tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos (*infra*, n. 232), é de natureza genérica (ilíquida), mas só estabelece a obrigação de indenizar pelo dano decorrente da violação geral do direito (CDC, art. 81), devendo o liquidante demonstrar não só o *quantum debeatur*, mas também o dano pessoalmente sofrido e o nexo causal com o dano geral reconhecido na sentença.

212. as oposições do devedor (embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença)

Como o processo de execução (por título extrajudicial) e a fase de cumprimento de sentença não se destinam a *julgar*, mas a *executar*, as oposições que tiver o executado à execução forçada processar-se-ão em um processo autônomo (nova relação processual), que será, conforme o caso, a *impugnação ao cumprimento de sentença* ou os *embargos à execução*. Essas oposições (embargos ou impugnação) poderão referir-se (a) à própria execução, como quando se alegam *vícios do próprio processo executivo* ou fase de cumprimento de sentença, (b) à *admissibilidade da execução*, quando se alega a inexistência de título apto a propiciar a realização desta ou a inadequação da espécie da execução escolhida *etc.* e (c) ao próprio *mérito da execução*, ou seja, à existência, inexistência ou montante da obrigação exequenda. As *oposições de mérito* são admissíveis com dimensões diferentes conforme se trate de *embargos à execução* por título extrajudicial ou de *impugnação ao cumprimento de sentença*. Naqueles é admissível alegar qualquer defesa que pudesse ser pertinente a um processo de conhecimento, inclusive a inexistência do crédito, seu valor, sua eventual extinção ou modificação, ou mesmo a possível nulidade do título executivo (CPC, art. 475, inc. V – “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”). Na *impugnação ao cumprimento da sentença* só se podem alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da obrigação quando *supervenientes* à sentença ou acórdão liquidando (pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição – art. 475-L). Fatos anteriores à sentença já não podem ser alegados, por força da *eficácia preclusiva* da coisa julgada (art. 474).

Por disposição expressa do art. 736 do Código de Processo Civil, a admissibilidade dos *embargos à execução* (por título extrajudicial) não é condicionada à prévia *segurança do juízo*, estando ali disposto que tais embargos poderão ser opostos “independentemente de penhora, depósito ou caução”. No tocante à *impugnação ao cumprimento de sentença* há

necessária. Em todos esses casos é indispensável a solução jurisdicional dos conflitos e controvérsias, porque o direito não permite a satisfação voluntária (*supra*, nn. 4-9). Embora com características próprias, existe a *substitutividade*, que é característica da função jurisdicional;

b) a jurisdição não é *inerte* na execução penal, sendo o processo instaurado *ex officio*. Mas outros casos há de jurisdição que se automovimenta, sem que por isso se negue caráter jurisdicional ao processo instaurado sem iniciativa do autor (execução trabalhista, recuperação judicial convolada em falência etc. – *supra*, n. 70);

Quando muito poder-se-ia falar em ausência do exercício do *direito de ação* em tais casos. Mas, a bem examinar o fenômeno da ação, analiticamente, verifica-se a impossibilidade de afirmar a existência de processos sem ação. Mesmo quando o juiz independe da iniciativa da parte para a instauração do processo, uma vez instaurado este a parte fica investida de poderes e faculdades na relação processual, no exercício dos quais estimula o órgão jurisdicional a levar avante o procedimento.

c) não se exige nova *citação* no início do processo de execução penal mas no entanto efetua-se a *intimação* da sentença, expede-se mandado de prisão e, quando se trata de pena pecuniária executada no juízo cível, há *citação* (tem-se nesse caso uma execução *civil*, não penal). De qualquer modo, quando muito se poderia afirmar a inexistência de nova relação jurídica processual na execução penal, a qual, conquanto vista como prosseguimento da relação processual instaurada pelo processo de conhecimento, nem por isso perderia suas características jurisdicionais.

Essa tomada de posição metodológica, pela qual o processo de execução penal tem natureza jurisdicional (apresentando as características inerentes a tal função – a substitutividade e a atuação da vontade concreta da lei), tem consequências práticas importantíssimas. Nessa visão o réu não pode mais ser considerado mero objeto da execução: torna-se titular de posições jurídicas de vantagem e de desvantagem, como sujeito da relação processual. E as garantias constitucionais do *devido processo legal* e do *contraditório* têm de ser-lhe amplamente asseguradas, mediante observância do direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), do duplo grau de jurisdição, igualdade processual etc.

Nesse ponto não foi satisfatória a posição da Lei de Execução Penal, que, nos dispositivos sobre o processo de execução, não confere ao Ministério Público a posição de parte na relação jurídico-processual (arts. 67-68) e nem sempre garante ao sentenciado o direito ao processo (v.g., arts. 143, 162 e 182).

A sistemática da execução provisória inclui três regras fundamentais, enunciadas nos incisos do art. 475-O do Código de Processo Civil: a) a execução provisória, justamente porque *provisória*, é suscetível de desfazimento em caso de sobrevir acórdão modificando ou anulando a decisão favorável ao exequente; b) a responsabilidade deste por danos eventualmente causados ao executado mediante a realização da execução provisória; c) a prestação de *caução* pelo exequente como condição para “a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”. A lei estabelece regras e restrições a essa exigência de caução, que não comportam exame nesta sede de teoria geral do processo.

214. execução penal

Diferente da execução civil em muitos aspectos relevantes, a execução penal caracteriza-se no entanto como função jurisdicional, não obstante tais diferenças e especificamente a circunstância de instaurar-se *ex officio*, por iniciativa do juiz (CPP, art. 674 – LEC, art. 155). Isso não desvirtua o caráter jurisdicional da execução penal.

A relutância de parte da doutrina e até do legislador em jurisdic平izar o processo de execução penal prende-se à circunstância de que a execução das penas é objeto, ao mesmo tempo, do *direito penitenciário*, que trata de sua aplicação, feita exclusivamente pelo Estado-Administração, e do *direito processual*, que cuida da tutela jurisdicional a ser efetivada através do processo executivo. A imposição da pena (*execução*) tem natureza administrativa mas os denominados *incidentes da execução* (o *processo* de execução propriamente dito) são indiscutivelmente jurisdicionais. E em toda execução penal há ao menos dois momentos jurisdicionais: seu início e seu encerramento.

A sentença penal condenatória passada em julgado, aplicando a *sanção*, constitui-se no *título executivo* necessário à efetivação do comando que emerge dela própria; encerrado o processo penal de conhecimento e constituído o título, instaura-se o processo de execução penal, que, apesar de peculiaridades e diferenças em confronto com a execução civil, não tem natureza diversa. Vejam-se tais peculiaridades:

a) a execução penal é *sempre forçada*, sem possibilidade de sujeição voluntária do réu, salvo no que respeita à pena pecuniária (CPP, arts. 686 e 687 – LEC, art. 164). Mas o mesmo fenômeno se observa na ação penal condenatória e até mesmo no processo civil, na ação constitutiva

CAPÍTULO 34
***PROCESSO CAUTELAR,
MEDIDAS URGENTES E SUMARIEDADE***

**215. *o tempo, os direitos e a promessa constitucional
de tutela jurisdicional tempestiva***

A fluência incontrolada do tempo é vista pela ordem jurídica como um fator de possíveis corrosões de direitos ou de inabilitação do processo a cumprir sua missão de dar efetividade a estes, solucionando conflitos e pacificando pessoas ou grupos com justiça – e daí dizer a doutrina que “não seria um atrevimento comparar o tempo a um *inimigo*, contra o qual o juiz luta sem tréguas” (Carnelutti). É nesse quadro que se situam as disposições com as quais a lei institui instrumentos destinados a neutralizar os males do tempo, aludindo a este como o *tempo-inimigo*. O fundamento mais elevado dessas disposições e da sistemática das *medidas urgentes* no direito processual é a promessa constitucional de tutela jurisdicional, a qual se desdobra no trinômio adequação-tempestividade-efetividade (Kazuo Watanabe). Para o integral cumprimento dessa promessa com a busca da plena satisfação de direitos pela via do processo, a garantia do *acesso à justiça*, contida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, deve ser lida como portadora do propósito de oferecer tutelas jurisdicionais que sejam *adequadas* segundo o direito (decisões justas), que *efetivamente* produzam os resultados desejados (efetividade) e que cheguem *em tempo*, antes que os direitos pereçam ou sejam deteriorados ou insuportavelmente enfraquecidos (tempestividade). Oferecer medidas jurisdicionais urgentes significa, pois, dar integral cumprimento a essa disposição constitucional.

Há um outro aspecto do fator *tempo* na vida dos processos e dos direitos. Independentemente de haver ou não *urgência* e portanto o risco de uma fatal corrosão do direito, o simples fluir do tempo é sempre um

A execução da pena pecuniária não mais configura processo criminal de execução, pois a lei n. 9.268, de 19.4.1996, revogando os §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal e o art. 182 da Lei de Execução Penal, suprimiu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, passando a considerar a multa dívida como mera obrigação pecuniária a ser cobrada como qualquer dívida ativa da Fazenda Pública.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XV, n. 1
Barbi, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, pp. 11 ss.
Buzaid, *O concurso de credores no processo de execução*, p. 25.
Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.
Campos Barros, *Processo penal cautelar*.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, p. 201.
Dinamarco, “As três figuras da liquidação de sentença”.

mariedade, ou seja, a celeridade do procedimento, com cognição superficial do juiz. Tal colocação toma como assento (a) a premissa de que as medidas cautelares e as antecipatórias desempenham funções diferentes, tendo a primeira um caráter *conservativo* de direitos, e a segunda um caráter *inovativo*, e (b) a de que, segundo sustenta, essas duas medidas diferem fundamentalmente entre si porque a antecipatória pode existir sem as características da urgência (*supra*, n. 216 ss) e pode não ser provisória, dispensando o processo principal (estabilização dos efeitos das antecipatórias – direito italiano e Novo Código de Processo Civil, art. 304). Essa é a posição de Ada Pellegrini Grinover.

Qualquer que seja a posição assumida quanto ao confronto entre cautelares e antecipatórias, na prática é grande a tendência dos juízes e tribunais a ampliar demasiadamente o âmbito daquelas, de modo a abranger medidas de pura antecipação tutelar. Essa confusão conceitual não vem todavia causando maiores problemas práticos no manuseio das medidas urgentes.

No processo civil a própria lei reconhece a grande dificuldade de fazer essa distinção com precisão e segurança ao instituir a chamada regra da *fungibilidade* das medidas urgentes, dizendo que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (CPC, art. 273, § 7º). A correta interpretação desse dispositivo leva ao entendimento, praticamente unânime em toda a doutrina, de que ele institui uma fungibilidade de *mão dupla*, para que o juiz possa (a) não só impor uma medida cautelar quando o autor houver erroneamente qualificado sua pretensão como pedido de antecipação tutelar como (b) para que possa também conceder uma antecipação apesar de a parte haver apresentado o caso como pretensão a uma cautelar. Ou seja: o *nomen juris* perde relevância, e o importante é saber o juiz se o caso comporta ou não a medida urgente postulada, seja ela concretamente rotulada de *cautelar* ou de *antecipação*.

Essa posição é também favorecida pela intensa aplicação às medidas antecipatórias de tutela da disciplina que o Código de Processo Civil dedica de modo pormenorizado às cautelares. Enquanto estas são tratadas em todo um Livro do Código (Livro III), portador de noventa e quatro artigos, com muitos incisos e parágrafos (arts. 798-889), às antecipações de tutela é dedicado somente um artigo, com seus sete parágrafos (art. 273) e mais um parágrafo de um outro artigo (art. 461, § 3º). Em uma visão sistemática percebe-se que há uma quase perfeita

fator de desgaste, causador de *danos marginais* que comprometem a efetividade da Justiça. Daí o alargamento da esfera de incidência das chamadas *medidas urgentes*, as quais se admitem também em certas situações nas quais não se trata de debelar um *perigo* mas simplesmente de chegar a um resultado em tempo mais breve. Isso sucede, p. ex., nas liminares em ações possessórias, para cuja concessão a lei não exige qualquer requisito de urgência; nos alimentos provisionais ou nos provisórios; na chamada *antecipação sancionatória* de tutela jurisdicional, cabível em caso de pautar-se o réu por condutas protelatórias (CPC, art. 273, inc. II), etc.

216. as medidas urgentes no direito positivo brasileiro (cautelares e antecipadas)

O Código de Processo Civil estabelece um dualismo de medidas urgentes, tratando-as, conforme o caso, como medidas *cautelares* (arts. 796 ss.) ou como *antecipações* de tutela jurisdicional (art. 273 e art. 461, § 3º). A diferença entre essas categorias é muito tênue e até hoje não conseguiu a doutrina nem chegaram os tribunais a estabelecer, em casos concretos, uma correta e segura conceituação e a delimitação do âmbito de incidência de cada uma delas. Melhor seria tratá-las pelo gênero, como faz o *codice italiano* (art. 700), falando-se simplesmente em *medidas urgentes* e vendo nessa categoria uma amplitude suficiente a abranger medidas cautelares e antecipações de tutela, sem tanta preocupação em distinguir entre umas e outras.

O máximo a que se chegou nessa tentativa de distinguir é à indicação (a) da *antecipação da tutela jurisdicional*, ou de seus efeitos, como um instrumental de direta *proteção a um direito subjetivo material ameaçado*, com a oferta imediata de sua fruição ao titular, tendo pois uma função *satisfativa* (total ou parcial, conforme o caso) – é o que vê nos alimentos provisionais, na suspensão de assembleias societárias, na provisória interdição de funcionamento de uma indústria poluidora etc. –, e (b) das medidas *cautelares* como meios de proteger o *processo em si mesmo* contra a perda ou deterioração de elementos externos dos quais possa valer-se para cumprir sua missão, sendo essa, pois, uma função *conservativa* (fontes de prova, bens a serem constritos etc.). São medidas tipicamente cautelares o arresto, o sequestro, a produção de prova antecipada, as medidas de captação judicial de documentos em via de desaparecerem ou se deteriorarem etc. (Cândido Rangel Dinamarco).

De modo diferente, outra parte da doutrina sustenta que a única característica realmente comum às antecipatórias e às cautelares é a *su-*

218. análoga regência das medidas antecipatórias

Essa mesma sistemática aplica-se de igual modo aos pedidos de antecipação de tutela, apesar da omissão da lei. Elas podem ser postuladas em caráter preparatório ao processo principal ou no curso deste. Na primeira hipótese a pretensão à antecipação será objeto de um *processo*, que terminará por *sentença*, suscetível do recurso de apelação. Na segunda dará curso a um mero *incidente do processo*, sendo decidida por *decisão interlocutória*, e o recurso admissível será então o agravo.

Apesar da substancial analogia entre umas e outras, alguns juízes ainda são vítimas de uma irracional resistência à concessão de antecipações em caráter *preparatório*, ou seja, antes da pendência do processo principal. Preferem nominá-las de *cautelares*, com isso abrindo caminho para o processo preparatório, como se o nome preferido fosse capaz de alterar a substância das coisas. O Projeto de novo Código de Processo Civil autoriza expressamente a concessão de medidas antecipatórias preparatórias ou antecedentes, ou seja, requeridas e concedidas antes do eventual processo principal (art. 295 do Substitutivo aprovado na Câmara).

219. competência

Pelo disposto no art. 800 do Código de Processo Civil, “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”. Considera-se *juiz da causa* o órgão judiciário que pertença à Justiça competente para a demanda principal, situado no foro competente para esta e que esteja dotado de competência de juízo segundo as regras de organização judiciária. Faz-se uma prospecção destinada a determinar qual juízo será concretamente competente para a causa principal, e perante esse juízo a cautelar preparatória será ajuizada. Quanto às cautelares *incidentes*, ou seja, postuladas como incidente do processo da causa principal, é natural que a competência seja sempre do juízo deste, o qual é, por força de disposição bastante genérica do Código de Processo Civil, *prevento* para todos os incidentes relativos à causa pendente.

Essas regras são também de inteira pertinência às antecipações de tutela. Quando forem postuladas em caráter preparatório ao processo principal far-se-á aquela prospecção destinada a determinar qual será o juízo competente para este, o qual será também competente para processar o pedido de antecipação. Quando vierem em caráter incidente a

unidade de tratamentos destinados a umas e a outras, aplicando-se às antecipações de tutela os mais importantes preceitos ditados no Livro III com vista às cautelares.

Conclui-se portanto que no processo civil as medidas cautelares e antecipatórias são *estruturalmente iguais*, podendo ser tratadas conjuntamente, embora funcionalmente diferentes, tendo objetivos diversos. No processo penal esse tratamento conjunto é impossível, pois é vedada a antecipação da pena, em face do princípio de presunção de inocência. Todas as medidas constitutivas penais antes da condenação passada em julgado são *cautelares*.

217. *cautelares preparatórias ou incidentes* – o processo cautelar

Por disposição expressa do Código de Processo Civil as medidas cautelares podem ser postuladas e concedidas *antes* da propositura da demanda principal ou na pendência desta (art. 800). Quando postuladas antes elas são *preparatórias* do processo principal e se concedem mediante a realização de um processo relativamente autônomo (o processo cautelar), com a citação do demandado, oportunidade para a resposta e cumprimento de regras procedimentais específicas e terminando com uma *sentença*, a qual será suscetível do recurso de *apelação* (art. 520, inc. IV, c/c art. 513). O pedido de cautela deduzido quando já pendente o processo não dá origem a processo algum, mas a um mero *incidente processual*, a ser objeto de uma *decisão interlocutória* (CPC, art. 273, § 7º) – e o recurso admissível será, pois, o de *agravo* (art. 522). Em nenhuma hipótese o ato judicial de concessão ou denegação da cautelar fará coisa julgada sobre a existência ou inexistência do direito à cautela, mas a denegação fundada em prescrição ou decadência do próprio direito substancial do autor terá uma *eficácia preclusiva* que impedirá o reconhecimento desse direito em ulterior processo principal (art. 810).

Todas as decisões que concedam ou neguem medidas urgentes devem ser suficientemente *fundamentadas*, sob pena de nulidade, em atenção ao dever de motivação estabelecido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal e no art. 131 do Código de Processo Civil. Tal exigência é especificamente imposta, de modo explícito, no art. 273, § 1º, desse Código. Pela mesma razão, também as modificações ou revogações de medidas urgentes deverão ser suficientemente motivadas (art. 273, § 4º, e art. 461, § 3º).

concessão da tutela jurisdicional principal é dispensada em relação a essas medidas. Se ocorrem idôneos elementos conducentes ao reconhecimento de que o autor tem o direito alegado, que ele é parte legítima e está amparado pelo interesse de agir *etc.*, ou seja, à razoável previsão de que sua demanda principal poderá ser julgada procedente, eis aí o *fumus boni juris*. A ideia de uma mera *fumaça* como indício da existência das chamas de um direito está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de todas as medidas cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional principal.

Ora, estando presente uma situação de urgência e por isso sendo suficiente a mera probabilidade do direito, é natural que para a percepção dessa possível probabilidade a ordem jurídico-processual se satisfaça com uma *cognição sumária* a ser desencadeada para a busca dos aptos a caracterizarem essa probabilidade. Se o juiz precisasse realizar uma investigação profunda de toda a situação de fato (*cognição exauriente*) gastar-se-ia com isso todo o tempo que também seria necessário ao processo principal, esvaziando-se os propósitos aceleradores de todas as medidas urgentes.

Há hipóteses em que as antecipações de tutela são admissíveis independentemente de uma situação perigosa a ser debelada (*fumus boni juris*). O próprio art. 273 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a concedê-las (a) em caso de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (antecipação sancionatória – art. 273, inc. II) ou (b) “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” – art. 273, § 6º). Fora dessa disciplina geral há também certas *antecipações típicas* para as quais basta o *fumus boni juris*, sem qualquer necessidade do *periculum in mora*, como é o caso das liminares que se concedem na proteção aos direitos possessórios (ações de reintegração ou manutenção na posse – CPC, art. 928).

221. *reversibilidade e revogabilidade*

Dada a premência temporal com que as medidas urgentes são concedidas, é natural que elas tenham sempre uma eficácia limitada no tempo. Ordinariamente perderão essa eficácia quando a demanda principal vier a ser definitivamente julgada, com o quê cessarão as razões de urgência que as houverem determinado (CPC, art. 808, inc. I), e também na hipótese de, já no curso do processo, o juiz se convencer de que elas não deveriam ter sido concedidas ou de que já não é o caso de impô-las (art. 273, § 4º, e art. 807). A *revogabilidade* é da essência de todas as medidas urgentes.

competência será sempre do juízo da causa pendente. Ao estabelecer que “*o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*”, o art. 273 do Código de Processo Civil está obviamente aludindo ao juiz da causa principal já em curso.

220. os requisitos fundamentais – *fumus boni juris* e *periculum in mora* – *cognição sumária*

Antecipa-se a tutela jurisdicional ou concedem-se cautelares quando há *urgência*, ou seja, quando o próprio direito do autor ou a boa e proveitosa fluência do processo estiverem ameaçados por um sério risco de perecimento iminente – e daí serem as cautelares e a antecipação qualificadas como *medidas de urgência*, destinadas a combater os males do decurso do tempo com a menor perda de tempo possível. A urgência nas hipóteses previstas no inc. I do art. 273, no art. 461, § 3º (antecipações de tutela) e nos arts. 796 ss. do Código de Processo Civil (medidas cautelares) é a própria razão de ser das medidas antecipatórias e das cautelares, sabendo-se que a espera por uma decisão definitiva, a ser proferida após todas as delongas de um processo, seria causa de frustrações para aquele que pode ter o direito a uma tutela jurisdicional mas teria de esperar muito tempo por ela. A *urgência de uma situação concreta* como fator de legitimação de todas essas medidas que não por outro motivo se chamam *urgentes* caracteriza o que na linguagem destas se denomina *periculum in mora* e constitui o primeiro dos requisitos centrais dessa tutela diferenciada.

Esse é o significado de antiga e clássica advertência de um grande doutrinador das medidas cautelares: “entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tarde, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas demoras do processo ordinário” (Calamandrei).

Constitui natural corolário da exigência do *periculum in mora* a suficiência de uma mera *probabilidade* de existência do direito do autor à tutela jurisdicional referente a seu afirmado direito, a ser obtida em um processo principal (de conhecimento ou executivo). Tal é o requisito do *fumus boni juris*, que se associa ao do *periculum in mora* como pressuposto indeclinável das medidas urgentes em geral (CPC, art. 273, *caput*). Probabilidade é menos que *certeza*, e a certeza indispensável para a

ss.), (c) a *caução*, que “pode ser real ou fidejussória” (arts. 826 ss.), (d) a *produção antecipada de prova*, cuja função é permitir ao juiz valer-se de uma fonte de prova que esteja sob risco de desaparecimento (pessoas ou coisas – arts. 846 ss.). Todas essas são verdadeiramente medidas *cautelares* e não antecipatórias de tutela, porque não oferecem *ao autor* a fruição antecipada de qualquer bem, limitando-se a assegurar *ao processo* a utilização de elementos exteriores importantes para o proveitoso desenvolvimento de seus atos e cumprimento de suas missões.

Ao lado dessas medidas cautelares típicas, ou *nominadas*, o Código de Processo Civil autoriza também o juiz a conceder outras, a que chamamos *inominadas*, não previstas nem delineadas na lei mas que se mostrem adequadas a atender às concretas necessidades decorrentes de uma situação de emergência e perigo de direitos. Tal é o *poder geral de cautela*, expresso em seu art. 798.

Também as *antecipações de tutela* serão típicas ou atípicas, conforme o caso – todas elas destinando-se a antecipar a fruição do bem esperado da demanda principal, ou seja, todas consistindo em permitir que o titular possa fruir já de alguma situação da qual ordinariamente só poderia fruir *depois*, a saber, quando já terminado o processo. O art. 273 estabelece um autêntico *poder geral de antecipação*, não tipificando casos mas permitindo que o juiz antecipe a tutela principal esperada, ou algum de seus efeitos, segundo as concretas necessidades do caso. Esse poder será exercido quando houver uma razoável probabilidade de o autor ter direito à tutela jurisdicional postulada (*prova inequívoca* – art. 273, *caput*), em associação a algum desses outros requisitos: a) que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (*periculum in mora*) ou (b) que “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (antecipação sancionatória), ou ainda (c) “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se *incontroverso*” (art. 273, incs. I e II e § 6º).

São *típicas*, ou relacionadas com situações bem especificadas em lei, a antecipação da proteção possessória em ações de reintegração ou manutenção na posse, a concessão de alimentos provisórios ou provisionais etc.

224. *liminares – concessão inaudita altera parte ou após breve justificação*

Chamam-se *liminares* as medidas concedidas *in limine*, ou seja, logo no início de um processo ou de um incidente. As liminares poderão

A tendência moderna é no sentido da possibilidade de estabilização da tutela antecipatória se ambas as partes não se opuserem expressamente à medida (como pode ocorrer na autorização e realização de uma cirurgia ou de uma transfusão à qual se opunham os parentes de uma criança, por motivos religiosos). Segundo o Projeto de novo Código de Processo Civil, se não houver agravio da concessão da medida antecipatória, pela parte que se sentir prejudicada, a medida estabiliza-se, só podendo ser atacada por ação própria, no prazo de dois anos (art. 305 do Substitutivo aprovado na Câmara).

Ora, exatamente por conta da suficiência de uma instrução sumária, associada à provisoriação e à revogabilidade das medidas urgentes, é natural que estas não possam ser concedidas quando trouxerem em si um *perigo de irreversibilidade*. Se a situação exterior a que se referem puder sofrer um impacto tal, que já não seja possível retornar ao *status quo ante*, a lei manda que elas não sejam concedidas (art. 273, § 2º).

222. *propositura da demanda principal em trinta dias*

Outra hipótese de cessação da eficácia das medidas urgentes de caráter preparatório consiste na não propositura da demanda principal no prazo de trinta dias contados daquele em que a medida houver sido *efetivada*, ou seja, de quando ela houver produzido a desejada alteração em bens ou na relação jurídica que envolve as partes (CPC, arts. 806 e 808, inc. I). A simples concessão da medida não dá início a esse prazo. E também não se pense que o decurso do prazo de trinta dias possa excluir de alguma forma a possibilidade de propor a demanda principal. Esse decurso tem somente um efeito sobre a própria medida urgente já concedida e efetivada, a qual também não poderá voltar a ser postulada depois de perdida a eficácia (art. 808, par.).

223. *medidas nominadas ou inominadas (atípicas)* – o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação

O Código de Processo Civil alinha em seu Livro III um rol de medidas cautelares *típicas*, nominando-as segundo uma terminologia bastante tradicional e estabelecendo a adequação de cada uma delas à situação que prevê. Temos assim, p. ex., (a) o *arresto*, destinado a afetar bens destinados a serem penhorados em futura execução por quantia certa (arts. 813 ss.), (b) o *sequestro*, cuja finalidade é preservar os bens específicos que poderão ser objeto de uma futura execução por coisa certa (arts. 822

Assim como para as medidas cautelares não-penais, para configurar a necessidade das penais são necessários o *fumus boni juris* (a certeza da materialidade do fato e indícios de autoria) e o *periculum in mora*, ou seja, a situação de perigo que justifica a necessidade de tutela cautelar, por muitos denominado de *periculum libertatis*.

Embora o Código de Processo Penal não apresente um tratamento sistemático da matéria, existem medidas cautelares pessoais e medidas cautelares patrimoniais ou reais. As medidas cautelares pessoais são: prisão preventiva (arts. 312 a 315) e medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 319 e 320). A prisão em flagrante, com a reforma do Código de Processo Penal de 2008, passou a ser uma *pré-cautela*, ou um estágio inicial da prisão preventiva ou de medidas cautelares alternativas à prisão, não podendo ser considerada uma medida cautelar autônoma.

Por outro lado, as medidas cautelares patrimoniais previstas no Código de Processo Penal são: sequestro de bens (arts. 125-133), especialização e registro da hipoteca legal (arts. 134 e 135), o arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal (art. 136) e, por fim, o arresto subsidiário de bens móveis (art. 137).

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 adotou expressamente a ideia de *proporcionalidade* para as medidas cautelares pessoais, dispondo que a prisão deve ser necessária e adequada para a consecução das finalidades legais (art. 282, *caput*) – retro, n. 34-A. Outra importante novidade foi estabelecer um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 319 e 320). Com isso supera-se o empobrecido modelo bipolar vigorante até então, no qual só havia duas medidas cautelares extremas: a prisão ou a liberdade provisória.

As medidas alternativas do art. 319, *caput*, são: I – comparecimento periódico a juízo; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; III – proibição de contato com pessoa determinada; IV – proibição de ausentar-se da comarca; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; VI – suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira; VII – internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; VIII – fiança; IX – monitoração eletrônica. O art. 320 impõe a proibição de ausentar-se do país, devendo para tanto o investigado ou acusado entregar seu passaporte.

Por fim, diante dessas alternativas à prisão cautelar o legislador deixou clara a *excepcionalidade* da prisão preventiva, que somente poderá ser aplicada quando não for adequada qualquer das medidas alternativas menos gravosas (art. 282, § 6º).

ter natureza cautelar ou antecipatória de tutela, conforme o caso. Poderão, segundo as necessidades de cada caso, ser concedidas *inaudita altera parte*, isto é, sem ouvir previamente a parte contrária, ou depois de uma breve justificação dos fatos (CPC, art. 804), mas sempre deverão conter uma *motivação suficiente*.

225. *antecipação de tutela recursal*

O normal e ordinário é que todo recurso seja julgado por um órgão colegiado integrante do tribunal competente (câmaras, turmas, seções etc.), mas a lei autoriza em casos de excepcional urgência que o relator antecipe total ou parcialmente, em decisão monocrática, os efeitos de um recurso cujo provimento se mostre razoável aos seus sentidos. Estão aí presentes os requisitos da urgência (*periculum in mora*) e da probabilidade do direito (*fumus boni juris*). Isso pode suceder nos Tribunais Superiores ou também nos tribunais das diversas Justiças (CPC, art. 558). Concedida uma medida dessa ordem, os efeitos da decisão, sentença ou acórdão submetidos a recurso ficarão suspensos até que o órgão colegiado competente venha a se pronunciar sobre este.

226. *as cautelares no processo penal*

Conforme já dito, não pode haver no processo penal medidas cstritivas contra o acusado a título de antecipação, em face do princípio constitucional da presunção de inocência (Const., art. 5º, *caput* e inc. LVII). Mas pode haver medidas cautelares estritamente processuais, uma vez que a própria Constituição se refere ao flagrante delito (inc. LXI), à fiança (incs. XLIII e XLIV) e à liberdade provisória (inc. XLVI), todos institutos relacionados com a prisão no curso do processo.

Enfim, medidas cautelares e até mesmo a *prisão processual* são compatíveis com a presunção de inocência desde que *tenham natureza conservativa*. De outro lado, será constitucional qualquer medida que tenha por finalidade *antecipar*, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal, pois teria um caráter *satisfativo*, ainda que de forma provisória. Para tal diferenciação não se deve levar em conta a situação fática ou os efeitos práticos da medida (a prisão cautelar é semelhante à prisão-pena, do ponto de vista da restrição da liberdade), mas o *escopo ou a finalidade que orienta a decretação da medida* (prender para impedir a fuga ou para evitar a destruição da prova é completamente diferente de prender para punir antecipadamente).

CAPÍTULO 35

PROCESSO COLETIVO

227. interesses coletivos

O direito nasceu e foi pensado para acudir e regular relações jurídicas de caráter interpessoal, de natureza individual. E o processo, que é instrumento de atuação do direito material, manteve durante séculos as mesmas características. Quando muito, criou figuras como o litisconsórcio, ativo ou passivo, em que diversas pessoas podem, em determinadas circunstâncias, litigar no polo ativo ou passivo da demanda. Ou, quando o Estado é parte do conflito, podem existir processos em que o cidadão litiga com o Poder Público. Mas o enfoque desses processos era e continua sendo *individualista*.

Quando um rio é poluído, afetando as populações ribeirinhas, ou quando uma fábrica despeja no ar escórias nocivas à saúde, ou quando um produto perigoso é colocado à venda, centenas, milhares ou até milhões de pessoas podem ser afetadas ao mesmo tempo. Não se trata mais de prejuízos que possam ser tratados individualmente, mas de conflitos que colocam, face a face, os interesses de grupos, categorias, classes de pessoas e que o direito deve tutelar tratando-os como *conflitos de massa*. Os interesses ligados ao desenvolvimento de uma região, p. ex., podem prejudicar o meio ambiente e os que dependem de sua preservação para manter uma boa qualidade de vida ou sua própria subsistência. O interesse pelo desenvolvimento de um novo produto pode colocar em risco a saúde ou a segurança de centenas de pessoas. Trata-se de conflitos que superam o âmbito de interesse pessoal e que atingem coletividades, transcendendo ao indivíduo e sendo por isso mesmo denominados *metaindividual*s, ou *difusos* ou *coletivos em sentido amplo*.

Os Estados Unidos da América foram pioneiros em tutelar processualmente este tipo de conflitos, por intermédio das chamadas *class*

bibliografia

- Badaró, “Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva”.
- _____, *As nulidades no Processo Penal*.
- Dinamarco, “O regime jurídico das medidas urgentes”.
- Fernandes, *Medidas cautelares no processo penal*.
- Grinover, “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”, pp. 83-110.
- Ricci, “A antecipação de tutela brasileira vista por um italiano”.

formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os corpos intermediários, assim chamados porque se colocam entre o Estado e o indivíduo. Representam eles uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa) mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários, como formações sociais, dotadas de autonomia e de funções específicas. Sindicatos, associações, organizações não governamentais, ocuparam seu lugar no desenho institucional do Estado.

Trata-se de uma nova forma de limitação do poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.

Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova *geração* de direitos fundamentais, estranha aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público; e aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *dare*, *facere* ou *præstare*, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de *terceira geração*, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.

230. necessidade de tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos

Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania. E, como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora

actions, que nasceram da *equity* e receberam tratamento legislativo por intermédio de regras escritas a partir de 1938. Os demais países de *common law* foram seguindo os esquemas norte-americanos, embora com algumas peculiaridades próprias de cada um deles. Mas os países de *civil law* durante muito tempo não foram capazes de resolver os problemas trazidos pela defesa de interesses metaindividualizados, ancorados como estavam a conceitos como a coincidência entre o titular do direito material e o titular da ação e dos limites subjetivos da sentença e de sua imutabilidade, que não poderia atingir terceiros. Quem seria o titular do direito ao ambiente sadio e à sua preservação ou reconstituição? *Ninguém e todos ao mesmo tempo*. Quem poderia pedir a tutela desses interesses, informais e espalhados? E como poderia uma sentença obrigar quem não foi parte formal no processo, para beneficiar ou prejudicar a todos?

228. a dimensão social da defesa dos interesses difusos

Em pouco tempo tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. *Interesse público*, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado (Ada Pellegrini Grinover). Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.

Ao contrário, os interesses difusos têm natureza social, por serem comuns a um conjunto de pessoas, e são interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem a um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, de proteção ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade, compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

229. configuração política dos interesses difusos

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas

depois à representação judicial e extrajudicial pelas entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 5º, XXI); d) criando o *mandado de segurança coletivo*, com a legitimidade dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, inc. LXX); e) destacando ainda a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8º, inc. III); f) salientando a legitimidade ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232).

E, finalmente, no ano de 1990 o Código de Defesa do Consumidor veio coroar esse trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, independentemente de seu objeto, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas suscetíveis de serem conduzidos coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou *direitos individuais homogêneos*. Pelo direito positivo hoje vigente as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor têm plena aplicação a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (LACP, art. 21).

232. *interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*

Por expressa e direta definição legislativa (CDC, art. 81), no ordenamento jurídico-positivo brasileiro os interesses difusos e coletivos apresentam em comum a *transindividualidade* e a *indivisibilidade* do objeto. Isso significa que a fruição do bem por parte de um membro da coletividade implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo, podendo-se afirmar que, se houvesse litisconsórcio entre os membros, tratar-se-ia de litisconsórcio unitário.

O que distingue os interesses difusos dos coletivos, no sistema do Código, é o *elemento subjetivo*, porquanto nos primeiros inexiste qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são *indeterminados e indetermináveis*, unidos apenas por circunstâncias de fato – como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais etc. Nos interesses *co-*

inspirando-se no sistema das *class actions* do *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes ao sistema político-jurídico de cada país. E nesse campo o Brasil foi precursor e pioneiro entre os países de *civil law*.

231. a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais no Brasil

Mais pragmático, o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos *setenta* para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo.

A lei ambiental n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabeleceu a legitimidade do Ministério Público para as ações de responsabilidade penal e civil por danos provocados ao ambiente. E desde 1977 uma reforma da Lei da Ação Popular constitucional já havia incluído no conceito de *patrimônio público* os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Diversas ações populares em defesa de interesses difusos ligados ao meio ambiente foram ajuizadas, enquanto o dispositivo legal da lei ambiental permanecia no papel, dada a falta de resposta processual a questões relevantes, como o regime da coisa julgada ou os controles sobre o exercício da ação. Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício permanecia, como ainda permanece, subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do poder público, enquanto a ameaça ou a violação dos interesses difusos frequentemente provêm de ações privadas. Por outro lado, a legitimidade *ad causam*, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía como demandantes os corpos intermediários, mais fortes e preparados que o indivíduo para a luta contra ameaças ou lesões ambientais.

Veio assim à luz, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública, destinada à tutela do ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e, consequentemente, dos interesses difusos propriamente ditos. Depois a Constituição de 1988 sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos: a) elevando ao nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público (o qual já tinha adquirido grande autonomia); b) permitindo à lei a ampliação da legitimidade ativa (art. 129, inc. III e § 1º); c) referindo-se

Os limites subjetivos da coisa julgada são tratados de maneira bastante peculiar. Colheu-se a experiência da ação popular, pela adoção do julgado *erga omnes* com o temperamento da possibilidade do *non liquet*, ou seja, com a ausência de coisa julgada quando o juiz rejeitar a demanda por insuficiência de provas (CDC, art. 103, incs. I e III). Mas a esse regime, indispensável para os interesses difusos e coletivos, de objeto indivisível por natureza, o legislador acrescentou, como novidade absoluta, o julgado *secundum eventum litis* para os direitos individuais homogêneos: vale dizer, enquanto o *acolhimento* da demanda coletiva (sua procedência) beneficia a todos os interessados, que podem proceder imediatamente à liquidação e à execução da sentença para fazer valer o julgado no quadro do interesse individual de cada um, a rejeição da demanda (improcedência) não impede que os titulares dos direitos subjetivos apresentem judicialmente sua pretensão a título individual (art. 103, III e §§ 1º e 2º).

Afastando-se decididamente do modelo norte-americano do *opt out* e do *opt in* das *class actions for damages*, em que cabe a cada membro do grupo decidir se deseja ou não submeter-se à coisa julgada coletiva, o sistema brasileiro escolheu um critério aderente à sua própria realidade socioeconômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação, os próprios esquemas da legitimização, que não contemplam o controle do juiz sobre a chamada *representatividade adequada* do portador em juízo dos interesses coletivos.

E mais: confere-se tratamento legislativo ao transporte da eficácia da sentença e da coisa julgada do processo coletivo para beneficiar as pretensões individuais, de modo que a existência do dano geral e o dever de ressarcir, reconhecidos pela sentença do processo de massa, tornam-se indiscutíveis em relação às ações pessoais, que versarão exclusivamente sobre o dano individualmente sofrido e sobre o nexo etiológico (art. 103, § 3º).

O Código de Defesa do Consumidor, embora tenha escolhido a via das reparações individuais nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos, não deixa de prever uma *fluid recovery* – instituto próprio das *class actions* norte-americanas – pelo dano globalmente causado na hipótese de não se apresentar no prazo de um ano, para a liquidação e a execução, um número de vítimas compatível com a gravidade do prejuízo.

letivos, ao contrário, tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (com acontece, p. ex., quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco). Portanto, os sujeitos são indeterminados mas determináveis.

Em contrapartida, nos interesses *individuais homogêneos*, conduzidos coletivamente por força da homogeneidade e da origem comum, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza, tanto assim que cada um pode levar sua demanda a juízo a título individual. Cuida-se agora de um feixe de interesses que podem ser tratados coletivamente, firme restando a coexistência da tutela tradicional, a título individual. Se se tratasse de litisconsórcio, estariamos perante o litisconsórcio comum e facultativo.

Os interesses difusos e coletivos são ontologicamente coletivos, enquanto os interesses individuais homogêneos se apresentam como coletivos apenas accidentalmente (José Carlos Barbosa Moreira).

233. *legitimidade, eficácia metaindividual da sentença, coisa julgada e outras técnicas dos processos coletivos brasileiros*

Como se viu, a maior dificuldade para cunhar processos coletivos nos países de *civil law*, afastando-se dos esquemas processuais clássicos, é a solução da problemática atinente à legitimidade *ad causam*, à dimensão subjetiva dos efeitos da sentença e à coisa julgada. Para a tutela jurisdicional dos novos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) o legislador brasileiro escolheu a via da legitimidade concorrente e autônoma, atribuindo a titularidade da ação ao Ministério Público, a outras entidades públicas e às associações pré-constituídas nos termos da lei civil e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 82) mas com a possibilidade da dispensa *ope judicis* do requisito da pré-constituição quando se verifique um preponderante interesse social demonstrado pelas dimensões ou características do dano ou pela relevância do bem jurídico protegido (§ 1º). O cidadão não é legitimado às ações coletivas, entendendo-se que o portador em juízo dos interesses coletivos *lato sensu* supre, por natureza, as deficiências organizacionais dos titulares individualmente considerados, permitindo o acesso à justiça de amplos segmentos da população.

nominamos pseudoindividuais, porque o pedido, embora baseado em um só direito subjetivo, na verdade somente poderia ser coletivo (Ada Grinover e Kazuo Watanabe).

Trata-se de casos em que a relação de direito material, sendo juridicamente ou de fato unitária, só pode ser resolvida de maneira igual para todos.

Daí a conveniência de, sempre que possível, converter em coletivas as ações individuais portadoras desse conteúdo, para atendimento não apenas de um indivíduo, mas de todos os interessados, em observância aos princípios da igualdade e da economia processual.

O novo Código de Processo Civil, embora não trate de processos coletivos, acolheu algumas técnicas, não excludentes, para alcançar a homogeneidade de julgados e até a verdadeira coletivização de ações individuais.

Cumpre ainda notar que, dentro do processo coletivo, abre-se atualmente uma nova vertente, para os chamados *conflitos de interesse público*, envolvendo outros Poderes do Estado, no que tange à implementação de direitos fundamentais sociais, por intermédio do *controle jurisdicional de políticas públicas*, que demandam um novo processo, o qual se encontra em fase de formação. É o que sevê a seguir.

234-A. *um novo processo para o controle jurisdicional de políticas públicas*

Os *direitos sociais* assegurados na Constituição (art. 6º) – e que, segundo esta, têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo por isso mesmo também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho, ao meio ambiente sadio dependem, assim, da organização do Estado, que fixa e implementa *políticas públicas* (igualitárias e universais por natureza), por intermédio da função legislativa (leis) e da função administrativa (planejamento e ações de implementação). Mas os poderes políticos (e principalmente a Administração) frequentemente se omitem, permanecendo inertes, ou executam políticas públicas inadequadas para satisfazer a previsão constitucional ou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Const., art. 3º). É nesse momento, ou seja sempre *a posteriori*,

Por iniciativa de Kazuo Watanabe, esse Código instaurou um novo regime de tutela das obrigações específicas (depois estendido ao processo comum pelo vigente art. 461 do CPC), em que a reparação monetária é a *ultima ratio*, e até mesmo a *astreinte* pode ser substituída por ordem do juiz, tudo visando ao resultado prático equivalente ao adimplemento da prestação.

Fora do minissistema brasileiro acima descrito, mas também como instrumento de proteção de interesses coletivos em sentido amplo, não se pode deixar de falar do *mandado de segurança coletivo*, instituído pela Constituição no inc. LXX de seu art. 5º. Trata-se de uma espécie de mandado de segurança, submetido aos mesmos requisitos do mandado de segurança *individual*, mas com legitimidade e objeto diferentes (Const., art. 5º, inc. LXIX – *supra*, nn. 10 e 16). A lei que atualmente o regula, juntamente com o mandado de segurança individual, é a lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Essa lei, ao invés de reforçar o minissistema de processos coletivos, afasta-se deste em muitos pontos, não tratando, por exemplo, dos interesses ou direitos difusos e mudando o regime da coisa julgada, no que é muito criticada. A doutrina entende que em sua aplicação devem ser observados os princípios e regras da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (*supra*, n. 1 – *diálogo das fontes*).

Atualmente encontram-se em tramitação no Senado três projetos de leis que objetivam atualizar o Código de Defesa do Consumidor em aspectos pontuais que compreendem o tratamento das ações coletivas.

É o que se passa a verificar.

234. *coletivização das ações individuais*

Alguns fenômenos chamam atualmente a atenção dos estudiosos. Preocupa a preponderância de ações individuais sobre as coletivas e a existência de inúmeras ações individuais repetitivas, solicitando, p. ex., o fornecimento do mesmo medicamento para indivíduos diversos e deixando de fora todos aqueles que estão na mesma situação de necessidade mas não recorrem ao Judiciário. E existe outro fenômeno ainda mais complexo: entre as ações puramente individuais e as coletivas há um plano intermediário, em que a ação é ajuizada como sendo individual mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença acabam atingindo a coletividade. E há ainda outra hipótese, de ações que de-

transparéncia, ainda não existe formalmente no Brasil. Mas o projeto de lei n. 8.058 de 2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, institui e disciplina o controle jurisdicional de políticas públicas (“Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”).

O projeto, submetido a amplo debate, foi apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, reeleito, acolhendo a proposta do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais, criado por Kazuo Watanabe e atualmente presidido por Ada Pellegrini Grinover.

bibliografia

- Berizonce, “Los conflictos de interés público”, pp 3-32.
Cappelletti, “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”.
Chayes, “The role of the judge in public law litigation”.

que a função jurisdicional, desde que provocada, pode atuar, exercendo o controle da constitucionalidade da política pública e até intervindo, para implementá-la ou corrigi-la.

A possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, que é hoje pacificamente aceita pela jurisprudência e a grande maioria da doutrina brasileira, não teve adesão tranquila. Opunham-se a ela a *teoria da separação dos poderes* e o princípio da *insindicabilidade da atividade discricionária da Administração*.

Mas esses obstáculos estão hoje superados, sobretudo em face da posição do Supremo Tribunal Federal, em que o *leading case* é constituído pelo voto condutor do Min. Celso de Mello, na ADPF n. 45/9, no qual também foram fixados limites para a o controle e intervenção jurisdicionais de políticas públicas (*o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade*).

A via processual adequada para o controle jurisdicional de políticas públicas são as *ações coletivas*, pois sendo estas necessariamente igualitárias e universais, só elas podem dar uma resposta jurisdicional igualitária e universal. E o Judiciário pode ser chamado para dirimir os chamados *conflictos de interesse público* desenvolvidos a partir da década dos '50 do século passado no direito norte-americano.

Amplamente conhecido é o emblemático caso “Brown vs. Board Education of Topeka”, conduzido pela Corte Warren, juntamente com outros precedentes que permitiram o desenvolvimento da doutrina. Mauro Cappelletti, foi o grande propulsor dessas ideias, em 1976.

E assim foi se afirmado o reconhecimento da existência de uma importante categoria de litígios de direito público, que deve ser diferenciada não só da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da maioria da tutela coletiva, pois agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional, envolvendo outros “poderes” estatais. A decisão não mais versa sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projeta-se para o futuro, mediante uma dimensão prospectiva.

A jurisprudência de diversos países (como Argentina, Colômbia, Índia e África do Sul) tem sabido criar um novo processo, modificando os esquemas processuais clássicos.

Esse novo processo, que demanda grande ativismo judicial, exigindo a ampliação do contraditório e maior publicidade, participação e

236. o juiz

Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz se coloca *super et inter partes*. Como foi dito de modo muito expressivo, ele se situa acima da confusão (*au dessus de la mêlée*). Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais e infraconstitucionais destinados a resguardá-la, é a *imparcialidade*. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é essencial à condição de juiz.

Como a jurisdição é função estatal e seu exercício constitui dever do Estado, não pode o juiz eximir-se de atuar no processo, desde que tenha sido adequadamente provocado – no direito moderno não se admite que o juiz lave as mãos e pronuncie o *non liquet* diante de uma causa incômoda ou complexa, porque tal conduta importaria evidente denegação de justiça e violação da garantia constitucional da infastabilidade do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 126).

Com o objetivo de dar ao juiz as necessárias condições para o desempenho de suas funções, o direito lhe atribui determinados *poderes* a serem exercidos no processo ou por ocasião dele. Tais poderes agrupam-se em duas categorias principais: a) *poderes administrativos* ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a perturbação deste e de assegurar a ordem e o decoro que devem envolvê-lo (CPC, arts. 445 e 446: o juiz tem o poder de expulsar o inconveniente da sala, empregar a força policial *etc.*); e b) *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em *poderes-meios* (abrangendo os *ordinatórios*, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os *instrutórios*, que se referem à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fins* (que compreendem os decisórios e os de execução).

O juiz tem também *deveres* no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem, mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas mediante despachos e decisões tão prontas quanto possível e motivação das decisões em geral (garantia constitucional do contraditório).

CAPÍTULO 36 **SUJEITOS DO PROCESSO**

235. *generalidades*

Sendo um instrumento para a resolução imparcial dos conflitos que se verificam na vida social, o processo apresenta necessariamente ao menos três sujeitos. Tais são o autor e o réu, nos polos contrastantes da relação processual, como sujeitos parciais; e, como sujeito imparcial, o juiz, representando o interesse coletivo orientado para a justa resolução do litígio. Daí a conhecida definição do processo, já referida, como *actus trium personarum: judicis, actoris et rei*.

Essa clássica definição, contudo, contém um quadro extremamente simplificado, que não esgota a realidade atinente aos sujeitos que atuam no processo, merecendo ser realçados os seguintes pontos: a) além do juiz, do autor e do réu, são também indispensáveis os órgãos auxiliares da Justiça, como sujeitos atuantes no processo; b) os juízes podem suceder-se funcionalmente no processo ou integrar órgãos jurisdicionais colegiados que praticam atos processuais subjetivamente complexos, o que confirma que ele próprio, o juiz, não é sujeito processual, nem o é sempre em caráter singular; c) pode haver pluralidade de autores (litisconsórcio ativo), de réus (litisconsórcio passivo) ou de autores e réus simultaneamente (litisconsórcio misto ou recíproco), além da intervenção de terceiros em processo pendente, com a consequente maior complexidade do processo; d) é indispensável também a participação do advogado, uma vez que as partes, não tendo a referida qualificação, são legalmente proibidas de postular judicialmente por seus direitos.

Em resumo: aquela configuração subjetiva tríplice representa somente um esquema mínimo e simplificado, que clama por esclarecimentos e complementações.

isto é, ele constitui fenômeno de pluralidade de sujeitos parciais principais do processo.

A disciplina legal do litisconsórcio apresenta dois aspectos principais: o primeiro diz respeito à sua constituição, à sua admissibilidade e até à sua eventual necessidade (CPP, art. 48 – CPC, arts. 46 e 47) e o segundo é atinente às relações entre os litisconsortes, uma vez constituído o litisconsórcio (CPP, art. 580 – CPC, arts. 48 e 49). Há casos de litisconsórcio *necessário*, ou seja, indispensável sob pena de nulidade do processo e da sentença, ou mesmo de total ineficácia desta; e casos de litisconsórcio *unitário*, em que os litisconsortes devem receber tratamentos homogêneos. O litisconsórcio necessário pode ser também unitário e o unitário pode ser também necessário, mas essa relação não é constante e pode ocorrer (a) litisconsórcio necessário não unitário (comum) ou (b) litisconsórcio unitário não necessário (facultativo).

239. intervenção de terceiro

Há situações em que, embora já integrada a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em sucessão a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação. As modalidades de intervenção de terceiro reconhecidas no direito positivo são heterogêneas e díspares, pouco tendo em comum além da entrada de terceiro no processo pendente entre outras pessoas. No processo civil a intervenção se dá: a) pela *assistência*, que é o ingresso voluntário do terceiro com o objetivo de ajudar uma das partes; b) pela *oposição*, caracterizada como ingresso voluntário visando a obter o bem que está sendo controvérsio entre as partes originárias; c) pela *denunciação da lide* ou pelo *chamamento ao processo*, que são meios pelos quais uma das partes traz o terceiro ao processo com vista a obter uma sentença que o responsabilize; ou d) pela *nomeação à autoria* – ato com o qual o réu, dizendo-se parte ilegítima *ad causam*, indica ao autor a parte legítima (CPC, arts. 50 ss.).

240. o advogado

A noção de processo (*supra*, n. 186) conduz à ideia do contraditório, como indispensável fator de participação na formação do material com base no qual a causa será definida a final pelo juiz; e a garantia constitucional do contraditório exige, para atuar em sua plenitude, que

237. *demandante e demandado*

Autor e réu são os principais sujeitos parciais do processo, sem os quais não se completa a relação jurídica processual. Se todo processo se destina a produzir um resultado (provimento jurisdicional) influente na esfera jurídica de ao menos duas pessoas (partes), é indispensável que a preparação desse resultado seja feita na presença e mediante a possível participação desses sujeitos interessados.

Autor é aquele que deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*); e réu, aquele em face de quem aquela pretensão é deduzida (*is contra quem res in judicium deducitur*).

Fala-se aqui em *autor* e *réu*, como de resto é usual na doutrina, embora tais vocábulos só sejam adequados para designar os sujeitos parciais principais nas atividades destinadas ao conhecimento e no processo cautelar. Na execução têm-se *exequente* e *executado* – ou, como às vezes prefere o Código de Processo Civil, *credor* e *devedor*. Os nomes genéricos, capazes de designar todas essas situações (partes do processo de conhecimento, executivo ou cautelar), são *demandante* e *demandado* (aquele que apresenta uma demanda em juízo e aquele em relação ao qual a demanda foi apresentada).

As posições do demandante e do demandado no processo são disciplinadas de acordo com *três princípios básicos*: a) o princípio da *dualidade das partes*, segundo o qual é inadmissível um processo sem que haja pelo menos dois sujeitos em posições processuais contrárias, pois ninguém pode litigar consigo mesmo; b) o princípio da *igualdade das partes*, que lhes assegura paridade de tratamento processual, sem prejuízo de certas vantagens atribuídas especialmente a cada uma delas, em vista exatamente de sua posição no processo; e c) o princípio do *contradictório*, que garante às partes a ciência dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugná-los e com isso estabelecer autêntico diálogo com o juiz.

No processo penal a figura do autor cabe ordinariamente ao Ministério Público, figurando na posição de réu o acusado da prática da ofensa criminal (modernamente prefere-se dizer *acusado*, em vez de *réu*). Nos casos de ação penal de iniciativa privada é autor o ofendido.

238. *litisconsórcio*

O litisconsórcio é um fenômeno de pluralidade de pessoas em um só ou em ambos os polos conflitantes da relação jurídica processual –

instituiu também a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional” (art. 134 – *supra*, n. 140). E constitui infração disciplinar do advogado, segundo o Estatuto da Advocacia, “recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência judiciária, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública” (art. 34, inc. XII).

A Lei dos Juizados Especiais não é tão exigente quanto os Códigos de Processo no tocante ao patrocínio por advogado. É indispensável a designação de defensor para funcionar junto ao juizado, como condição para a própria instalação deste (art. 56), e nos *recursos* o patrocínio é exigido (art. 41, § 2º), sendo que uma das partes pode exigir o patrocínio quando a outra estiver representada por advogado ou for uma empresa (art. 92, § 1º). Em princípio o patrocínio por advogado é somente permitido e não exigido quando a causa tiver valor até vinte salários-mínimos; mas é exigido quando tiver valor mais alto (art. 9º, *caput*).

Questão análoga existe quanto ao processo perante a Justiça do Trabalho, para o qual a Consolidação das Leis do Trabalho dispensa o patrocínio (art. 791). Também essa é uma questão ainda aberta, sem solução definitiva na doutrina ou jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do art. 1º, inc. I, do Estatuto da Advocacia, que inclui entre as atividades privativas da advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais”.

241. Ministério Público

Ocorrendo alguma das razões de ordem pública já antes referidas (*supra*, n. 131) a lei confere legitimidade ao Ministério Público para oficiar no processo, seja criminal ou civil. E, participando do processo como sujeito que postula, requer provas e as produz, arrazoa e até recorre (CPC, arts. 83 e 499, § 2º), o Ministério Público assume invariavelmente a *posição de parte* (seja principal, seja secundária).

A doutrina dominante, impressionada com a heterogeneidade das funções exercidas pelo Ministério Público no processo, nega que ele seja sempre parte. Fala, assim, que ele será, conforme o caso: a) parte; b) substituto processual; c) representante de parte; d) parte adjunta; e) fiscal da lei.

Conforme o caso, o Ministério Público assume no processo a *tutela do direito objetivo* ou a *defesa de uma pessoa*. Com base nessa distinção é que se pode fazer uma classificação científicamente correta das funções dos promotores do processo.

seja franqueada às partes a ampla discussão da causa, de modo que haja a maior contribuição dos litigantes para o acerto das decisões, além da valorização das oportunidades de receberem julgamento favorável. Mas isso somente pode ocorrer quando os litigantes estiverem representados em juízo por *advogados*, isto é, por pessoas que, em virtude de sua condição de estranhos ao conflito e de seu conhecimento do direito, estejam em *condições psicológicas e intelectuais* de colaborar para que o processo atinja sua finalidade de eliminar conflitos e controvérsias com realização da justiça. A serenidade e os conhecimentos técnicos são as razões que legitimam a exigência de participação do advogado na defesa das partes.

Eis por que a Constituição declara que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133 – v. tb. EA, art. 2º, e *supra*, n. 139). É por isso também que, como está na lei, apesar de ser privada a sua atividade profissional, é *serviço público o que ele presta* (art. 2º, § 1º, cit.) – como função essencial à justiça e ao lado do Ministério Público e dos membros das defensorias e representações judiciais dos órgãos públicos (Const., arts. 127 ss.).

Em princípio, pois, dada a regra constitucional da indispensabilidade do advogado, os litigantes somente podem estar em juízo através da representação de seus advogados.

Em processo civil admite-se que a parte postule em causa própria apenas e tão somente quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver (CPC, art. 36).

No processo penal a exigência de advogado se reforça, tendo lugar mesmo na hipótese de *revelia do acusado* e não se admitindo sequer a renúncia à defesa, pois esta é de interesse público, como garantia da boa administração da justiça. Assim, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (CPP, art. 261). Não se considera observada a garantia constitucional de *ampla defesa* (Const., art. 5º, inc. LV) quando o acusado não tiver sido defendido por advogado, sendo ainda indefeso quando a defesa técnica não for satisfatória (CPP, art. 497, inc. V, aplicável a todos os procedimentos).

Tal é a importância da função do advogado no processo, que a concessão de assistência judiciária aos necessitados foi erigida em garantia constitucional (Const., art. 5º, inc. LXXIV). A assistência judiciária faz parte do conceito mais amplo da *assistência jurídica*, hoje contemplada no texto constitucional. Para efetividade dessa garantia a Constituição

quando a seu critério ocorrer razão de interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela condição das pessoas (CPC, art. 82, inc. III).

Os casos de legitimidade para a ação civil pública são exclusivamente aqueles indicados na Constituição e em lei federal. A própria Constituição exige a autorização legal para cada caso (art. 129, inc. IX) e não se admite a propositura de ação civil pública fora dos casos previstos em lei, que são excepcionais e portanto de direito estrito.

Para que efetivamente haja a participação do Ministério Público ao longo de todo o procedimento a lei exige que aos seus órgãos as *intimações se façam sempre pessoalmente* (CPC, art. 236, § 2º), sendo maiores os *prazos* de que dispõe no processo civil (CPC, art. 188). Nos casos em que deve intervir obrigatoriamente sua ausência é motivo de *nulidade* (CPC, arts. 84 e 246), sendo que nem mesmo a coisa julgada sana esse vício (CPC, art. 487, inc. III, letra *a* – ação rescisória, destinada a infringir sentenças portadoras de certos vícios graves).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, caps. XXX-XXXIV.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 505-538 e 560-624.
_____, *Litisconsórcio*, nn. 3-5, pp. 6 ss.
- Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 24-70, pp. 55 ss.
- Marques, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, §§ 22, 23 e 27-30.
- Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 364 ss.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 369 ss.

Ele defende alguma pessoa em juízo (ligado portanto a um dos interesses substanciais em causa e atuando *parcialmente* em seu favor): a) como parte principal (autor, réu, substituto processual); b) como assistente.

Como parte principal, atua ordinariamente no processo-crime, ou quando deduz no juízo acidentário a pretensão do empregado, ou nas reclamações trabalhistas *etc.* Como assistente, nos processos-crime instaurados mediante queixa privada (CPP, arts. 29 e 564, inc. II), nas ações acidentárias propostas através de advogado, ou quando atua na defesa de incapazes (CPC, art. 82, inc. i).

Também atua como parte principal na *ação civil pública*, quando age como legitimado ativo em benefício dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos membros de uma classe, grupo ou categoria; assim também quando autor da ação coletiva por *improbidade administrativa* (lei n. 8.429, de 2.6.1992), que parte da doutrina considera uma espécie de ação popular à qual a legislação ordinária teria legitimado o Ministério Público. Nas ações civis públicas o Ministério Público também pode agir como *assistente*, ao lado de outro legitimado ativo.

O Ministério Público oficia em prol da estrita observância do direito objetivo, como *custos legis* e, portanto, desvinculado de qualquer interesse substancial em causa, quando intervém em processos instaurados entre outros sujeitos, não sendo qualquer destes necessitado do aporte de sua colaboração.

São casos de *ação civil pública*, em sentido amplo: a) a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em relação à Constituição Federal (Const., art. 102, inc. i, letra *a*, c/c art. 103, inc. VI); b) a ação direta de inconstitucionalidade por conflito com as Constituições estaduais (Const., art. 125, § 2º, c/c Const.-SP, arts. 74, inc. VI, e 90, inc. III); c) ações civis públicas para a tutela de qualquer interesse difuso, coletivo e, havendo relevância social, individual homogêneo (Const., art. 129, inc. III; LACP, arts. 1º, 5º e 21; CDC, esp. art. 82, inc. I); d) a ação de improbidade administrativa (lei n. 8.429, de 2.6.1992); e) a ação de nulidade de casamento (CC, art. 1.549); f) a ação de dissolução de sociedade civil (dec.-lei n. 9.085, de 25.3.1946).

Na *intervenção como fiscal da lei* o Ministério Público oficia em casos bem numerosos, como: a) causas de direito de família (CPC, art. 82, inc. II); b) conflitos de competência (CPC, art. 116, par.); c) usucapião (CPC, art. 944); d) falências e recuperações judiciais; e) mandados de segurança; f) feitos relativos aos registros públicos; g) em geral,

por consequência a preclusão), a morte da parte (CPC, art. 265, inc. I – CPP, arts. 60, inc. II, e 62) ou do procurador (CPC, art. 265, inc. I), a transferência, promoção ou aposentadoria do juiz (CPC, art. 132), os acontecimentos que caracterizam a força maior (CPC, art. 265, inc. V – CPP, art. 363, inc. I) etc.

Sustentou-se até recentemente que não há *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam. Os atos processuais são voluntários mas apenas no sentido de que sua realização depende da vontade – e não do conteúdo acrescido por um ato de vontade; o sujeito limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de liberdade para a escolha dos efeitos deste. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, porém, essa posição deve ser posta sob ressalva porque ele abre caminho para entendimentos entre as partes mediante certos atos praticados não só com a vontade de praticá-los, mas, também, com a intenção de estabelecer novas situações concretas por elas próprias construídas, como se dá nos *acordos sobre mudanças no procedimento e convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes*, antes e durante o processo (art. 190). Já no direito anterior se admitia, como continua existindo no novo Código, a possibilidade de uma *inversão do ônus da prova* por acordo entre as partes (CPC-1973, art. 333, par.; CPC-2015, art. 372, § 3º) e alguns sustentavam que também as *eleições de foro* fossem um negócio jurídico processual.

Neste capítulo estudaremos diversos problemas afetos ao procedimento e aos atos que o compõem, como a classificação destes e sua documentação. No cap. 39 será tratado o tema dos *defeitos do ato processual*, que se liga intimamente ao de que aqui se cuida, bem como ao que se dirá no subsequente a respeito dos requisitos formais dos atos do processo (porque, em princípio, da inobservância de tais requisitos resulta a invalidade do ato).

243. classificação dos atos processuais

Os atos processuais são praticados pelos diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e efeitos no desenvolvimento da relação jurídica processual; além disso, quanto ao modo mediante o qual são realizados diferenciam-se também, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como a soma de atividades múltiplas. Por isso, classificam-se das seguintes maneiras: a) atos dos

CAPÍTULO 37

ATOS PROCESSUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

242. *fatos e atos processuais*

O processo é a resultante de dois componentes que se combinam e completam, e que são a relação processual e o procedimento (*supra*, n. 184); a relação processual é *complexa*, compondo-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo (*supra*, n. 191). Ora, a passagem de uma para outra dessas posições jurídicas (caráter *progressivo* da relação processual) é ocasionada sempre por eventos que têm perante o direito a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de *fatos processuais*.

Fato, em sentido amplíssimo, é sempre um ponto na história através do qual se passa de uma a outra situação; *fato jurídico* é o acontecimento ao qual se segue uma consequência jurídica, ou seja, através do qual se opera modificação em alguma situação de direito (nascimento, contrato, crime).

E *fato jurídico processual*, como se depreende do texto, é uma espécie do gênero *fato jurídico*.

Como ocorre com os fatos em geral, também os fatos processuais podem ser ou não ser *efeito da vontade* de uma pessoa: na primeira hipótese temos *ato*, e na segunda, *fato stricto sensu*. *Ato processual* é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.

São *atos processuais*, p. ex., o oferecimento de uma denúncia ou de uma petição inicial, um interrogatório, uma sentença. E são *fatos processuais stricto sensu* o decurso de um prazo (que, em regra, tem

pelo Código de Processo Civil (art. 128) – o qual, por ironia dos fatos, agora se afastou bastante dela (CPC, art. 162, § 1º, red. lei n. 11.232, de 22.12.2005).

Por outro lado, poderíamos também classificar os atos do juiz, conforme a função desempenhada através de cada um deles, em: a) instrutórios; b) ordinatórios; e c) finais (lembremos os poderes de natureza jurisdicional de que é investido o juiz no processo).

Os *atos materiais* não têm, como os precedentes, qualquer caráter de resolução ou determinação. São das seguintes espécies: a) *instrutórios* (realizar inspeções em pessoas ou coisas, ouvir alegações dos procuradores das partes *etc.*); b) de *documentação* (rubricar folhas dos autos referentes a ato em que haja intervindo, assinar a folha final).

245. atos dos auxiliares da Justiça

A cooperação de auxiliares da Justiça no processo faz-se através de atos de *movimentação, documentação, comunicação e execução*.

A *movimentação* e a *documentação* fazem-se precipuamente através do escrivão e seus funcionários (escreventes). São atos de movimentação processual: a conclusão dos autos ao juiz, a vista às partes, a remessa ao contador, a expedição de mandados e ofícios. São atos de documentação: a lavratura dos termos referentes à movimentação (conclusão, vista *etc.*), a feitura do termo de audiência, o lançamento de certidões *etc.*

A *execução* é ordinariamente encargo do oficial de justiça: trata-se de atos realizados fora dos auditórios e cartórios, em cumprimento a mandado judicial (penhora, prisão, busca e apreensão *etc.*).

A *comunicação processual*, consistente em citações ou intimações, é realizada pelo escrivão, com o auxílio dos Correios, ou pelo oficial de justiça, em cumprimento a mandados judiciais.

246. atos processuais das partes

Subdividem-se esses atos em: a) *postulatórios*; b) *dispositivos*; c) *instrutórios*; d) *reais*. Os três primeiros constituem declarações de vontade, enquanto o último, como a própria designação indica, resolve-se em condutas materiais (não verbais) das partes.

Evidentemente, cada um dos atos processuais das partes (de cada uma das espécies acima) poderá ser *lícito* ou *ilícito*, dependendo de

órgãos judiciários (juiz e auxiliares) e atos das partes; b) atos simples e atos complexos.

Existem na doutrina esquemas minuciosos e completos para a classificação dos atos processuais; por serem excessivamente complexos, todavia, é de duvidar se apresentam ou não vantagens didáticas.

244. *atos processuais do juiz (atos judiciais)*

Em meio à variadíssima atividade do juiz no processo, distinguem-se duas categorias de atos processuais: a) *provimentos*; b) *atos reais* (ou materiais).

Provimentos são os pronunciamentos do juiz no processo, expressões verbais ou escritas de seu pensamento. Eles contêm, conforme o caso, a decisão sobre alguma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas. Segundo sua influência sobre a causa, os provimentos serão finais ou interlocutórios. Os *finals* consistem em decidir a causa, impedindo que o juiz volte a se pronunciar sobre ela, salvo em casos excepcionais (CPC, art. 463). Os *interlocutórios*, como diz o nome (*inter locutus*, falado no meio), são aqueles pronunciados ao longo do processo, sem lhe pôr fim e sem decidir a causa. Os provimentos finais podem, ainda, subdividir-se em duas classes, conforme contenham ou não julgamento de mérito; e os interlocutórios, segundo apreciem questão incidente do processo ou se limitem a trazer determinações para a marcha deste.

Para designar essas variadas classes de provimentos os diplomas processuais usam de terminologia variável. Assim, no Código de Processo Civil (art. 162) os “atos do juiz” (melhor seria dizer os *provimentos*) são: a) as *sentenças*, que decidem o mérito da causa ou declaram a inadmissibilidade desse julgamento, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 162, § 1º); b) as *decisões interlocutórias*, que decidem sobre matérias incidentes ao processo, sem porem fim a este (art. 162, § 2º); c) os *despachos*, ou despachos de mero expediente, que são todos os demais provimentos (não decidem a causa nem matéria incidente e não põem fim ao processo).

Já o Código de Processo Penal (art. 800) dá esta divisão das *decisões*: a) *definitivas* (finais, de mérito); b) *interlocutórias mistas* (finais, sem julgamento de mérito); c) *interlocutórias simples* (estas, verdadeiramente interlocutórias; solução de questões incidentes, sem pôr fim ao processo); d) *despachos de expediente*. O Projeto de Código de Processo Penal, mais científicamente, adota a mesma terminologia consagrada

bilidade em razão: a) da prevalência de interesses da ordem pública; b) da incapacidade do sujeito.

Além disso, parte da doutrina afirma que os atos dispositivos se caracterizam como autênticos *negócios jurídicos processuais* – unilaterais, concordantes, ou contratuais. Mas existem negócios jurídicos processuais? (*supra*, n. 242).

Atos instrutórios são aqueles destinados a convencer o juiz (ou seja, a *instruí-lo*); evidentemente, cada parte procura, através de atividades dessa espécie, trazer elementos para que o juiz se convença das razões que aduziu.

O vocábulo *instrução*, o adjetivo *instrutório* e o verbo *instruir* são empregados ora em sentido amplo (como no texto), ora em sentido estreito (correspondendo apenas à atividade probatória). Embora essa última seja a preferência da própria lei (CPC, art. 454), é científicamente mais correto considerar a instrução probatória como mera parte integrante da instrução (que abrange também as alegações das partes).

Atos reais, finalmente, que se manifestam *re non verbis*, são as condutas materiais das partes no processo, pagando custas, comparecendo fisicamente às audiências, exibindo documentos, submetendo-se a exames, prestando depoimento.

247. *atos processuais simples e complexos*

Ao lado dos atos processuais simples, que são a grande maioria dos atos do processo (demanda inicial, citação, contestação, sentença) e praticamente se exaurem em uma conduta só, existem os atos complexos. Trata-se essencialmente da *audiência* e da *sessão*, complexos porque se apresentam como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum.

Audiência é a reunião do juiz com os advogados das partes, Ministério Público, testemunhas etc. na qual o primeiro deles toma contato direto com a parte viva da instrução da causa (ouvindo peritos, partes, testemunhas, tomando as alegações finais dos advogados); é na audiência que se manifesta em sua essência o princípio da *oralidade*.

O Código de Processo Penal fala em *audiência* (arts. 791 ss.) e também em *audiência de julgamento* (art. 538). Na Consolidação das Leis do Trabalho a terminologia é *audiência de julgamento* (arts. 843-852). O Código de Processo Civil fala simplesmente *audiência*

sua conformação ao direito. Cada um desses atos também poderá ser *constitutivo*, *extintivo* ou *impeditivo* de situações jurídicas processuais (e é sempre de muita utilidade essa classificação extraprocessual dos atos). Existem ainda os *atos processuais neutros*, que não têm eficácia jurídica de qualquer dessas três qualidades, porém *mera eficácia técnica*, ou prática (ex.: alegação de direito federal, que é juridicamente irrelevante em face do princípio *jura novit curia*, mas que às vezes traz a vantagem de alertar a mente do juiz para um dispositivo favorável a quem o alega).

Atos postulatórios são aqueles mediante os quais a parte pleiteia dado provimento jurisdicional (denúncia, petição inicial, contestação, recurso).

A doutrina distingue entre: a) *pedido*, que é postulação referente à própria causa, ou seja, ao litígio que envolve as partes (*res in judicium deducta*); b) *requerimento*, que é postulação relativa à marcha do processo (*judicium*). Assim, p. ex., descobre-se na petição inicial: a) um pedido, na parte em que se pede um provimento judicial favorável (CPC, art. 282, inc. IV); b) um requerimento, para a citação do réu (art. 282, inc. VII).

Atos dispositivos são aqueles através dos quais se abre mão, em prejuízo próprio (ou seja, através de que se *dispõe*), de determinada posição jurídica processual ativa, ou mesmo da própria tutela jurisdicional. Exemplos dessa categoria de atos podem ser a desistência do processo (CPC, art. 267, inc. VIII), a renúncia ao direito de queixa (CPP, arts. 49 e 50), a convenção para suspensão do processo (CPC, art. 265, inc. II), a desistência de recurso (CPC, art. 501), a renúncia à faculdade de recorrer (CPC, art. 502), o compromisso arbitral (CPC, arts. 1.072-1.077), a eleição de foro (CPC, art. 111).

Todos os exemplos acima são de *condutas comissivas*, mas a doutrina admite a disposição também através de *comportamentos omissivos*, como é o caso da revelia (CPC, arts. 319-322) ou do escoamento *in albis* dos prazos para recorrer. A essa ideia pode-se objetar que nem sempre a omissão é um ato de vontade e o efeito jurídico que tem é determinado por lei – de modo que ficaria descaracterizado o *ato processual* (ato jurídico = conduta determinada pela vontade).

Observar também que a disposição nem sempre é possível: aliás, a indisponibilidade é a regra para o Ministério Público, seja no processo penal, seja no processo civil. De um modo geral, restringe-se a disponi-

bém para alguns atos das partes: termo de apelação (CPP, art. 600), de transação (CC, art. 842) *etc.*

A palavra *termo* é empregada também para significar *limite de tempo* (*infra*, n. 252). Fala-se, como vimos, em termo *a quo* e termo *ad quem* quando se quer fazer referência aos limites inicial e final da fluência de um prazo. Na linguagem da lei, todavia, dificilmente a palavra é utilizada nesse sentido.

Em alguns casos particulares, e só por força de uma tradição, a terminologia processual brasileira emprega, em vez de *termo*, outros vocábulos que têm o mesmo significado, como *assentada*, *ata* e *auto*. Daí dizer-se que tais vocábulos exprimem certas modalidades ou espécies de termos.

Assentada é o termo de comparecimento das testemunhas em juízo (o vocábulo, antes utilizado no art. 234, § 1º, do velho CPC, é abandonado pelo Código vigente, que fala genericamente em *termo* – art. 416, § 2º).

Ata é o registro escrito das ocorrências havidas em sessão ou reunião dos tribunais, de seus órgãos fracionários (RISTF, arts. 88 ss. – RITJSP, arts. 101 ss.) ou do tribunal do júri (CPP, arts. 479 e 494-496).

Auto, finalmente, é o termo que documenta atos praticados pelo juiz, auxiliares da Justiça e partes “fora dos auditórios e cartórios”: temos, assim, *auto de arrematação* (CPC, art. 663), *auto de inspeção judicial* (CPC, art. 443), *auto de prisão em flagrante* (CPP, arts. 304 e 305), *auto de busca e apreensão* (CPP, art. 245, § 7º) *etc.*

A documentação por meio da palavra escrita à mão ou mecanicamente (máquinas de escrever) mostra-se visivelmente obsoleta diante das notáveis conquistas da eletrônica. Por isso, o Código de Processo Civil autoriza a documentação dos atos processuais mediante estenotipia, taquigrafia ou por computador; autoriza também a comunicação dos atos às partes (intimações) mediante o uso do *fax* e dos meios eletrônicos em geral (arts. 154, par., e 170). A Lei dos Juizados Especiais instituiu o registro das audiências em fitas magnéticas (art. 13, § 3º).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XXVI.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 279-312.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 637-671.

(arts. 444 ss.). A Lei dos Juizados Especiais, retomando a linguagem do precedente Código de Processo Civil, diz *audiência de instrução e julgamento* (art. 27).

Sessão, na terminologia brasileira, é em primeiro lugar a reunião dos órgãos colegiados. Nas sessões dos órgãos colegiados de jurisdição superior (tribunais) não se realizam provas: apenas se ouvem os advogados e representantes do Ministério Público, passando-se à discussão e ao julgamento da causa pelos magistrados. Em princípio essas sessões são ordinárias, ou seja, realizam-se em dias determinados da semana, sem destinação a um processo em particular (ao contrário das audiências, que são designadas para cada processo). A sessão do tribunal do júri é o encontro diário entre juiz, jurados, promotor, advogado, acusado, testemunhas, auxiliares da Justiça.

A sessão das varas do trabalho chama-se *audiência de julgamento* (CLT, arts. 843 ss.).

No *processo das pequenas causas*, sessão é a reunião das partes com o conciliador, com vista à conciliação (art. 21). Não obtida esta, passa-se à audiência de instrução e julgamento (art. 27).

Apesar da confusão terminológica do Código de Processo Penal (arts. 426, 442 e 445, § 3º), a doutrina distingue: “reunião é o ajuntamento, nas épocas legais, das diversas pessoas que figuram na composição do tribunal do júri, dure esse ajuntamento um, dois, três ou mais dias; sessão é o funcionamento diário do tribunal nos diversos processos submetidos a julgamento durante a reunião”.

248. documentação do ato processual

Chama-se *termo a documentação escrita de atos processuais, feita por serventuário da Justiça*. Como existem atos que se realizam oralmente e precisam ficar documentados no processo (p. ex., os atos praticados em audiência), sua documentação faz-se através dos *termos* (CPC, art. 457 – CLT, art. 831). A Lei dos Juizados Especiais autoriza expressamente a gravação sonora, ou utilização de meio equivalente, em substituição ao tradicional *termo* destinado ao registro das provas orais (art. 13, § 3º). O mesmo consta do Projeto de Código de Processo Penal, ora estacionado no Parlamento.

Lavraram-se *termos* também para os atos de movimentação processual realizados pelo escrivão: termos de *juntada, vista, recebimento, conclusão, data-remessa* (v. CPC, art. 168 – CLT, art. 773). Assim tam-

CAPÍTULO 38
FORMAS PROCESSUAIS
—PROCEDIMENTO

249. *o sistema da legalidade das formas*

A soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica, é o *procedimento*. Dentro deste, cada ato tem seu momento oportuno e os posteriores dependem dos anteriores para sua validade, tudo porque o objetivo com que todos são praticados é um só: preparar o provimento final.

A doutrina indica, por isso, algumas características dos atos processuais: a) não se apresentam isoladamente, mas integrados no procedimento; b) ligam-se pela unidade do escopo; c) são interdependentes.

Dada essa unidade, o problema da forma pela qual deve ser celebrado cada ato processual passa a ser um problema das formas do próprio procedimento, o qual se desdobra em duas questões distintas: a) São necessárias as formas procedimentais? b) Em caso de resposta afirmativa, qual a forma mais adequada para atingir o escopo do processo, em uma época determinada e segundo dadas condições?

São teoricamente admissíveis três sistemas para a disciplina das formas do procedimento: a) sistema de liberdade das formas; b) sistema da soberania do juiz (ou sistema de equidade); c) sistema da legalidade da forma (que comporta variações quanto ao rigor).

A falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza. Na medida do necessário para estabelecer no processo um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais

- Guasp, *Derecho procesal civil*, I, n. 17.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, §§ 83-86 e 88.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VIII, §§ 32-38.
Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, I, §§ 1º-3º.

251. o lugar dos atos do procedimento

Os atos processuais cumprem-se normalmente na sede do juiz, salvo quando, por sua natureza ou por disposição legal, devam efetuar-se em outro lugar: *v.g.*, citação, notificação, intimação, penhora, sequestro etc. (v. tb. CPC, arts. 176, 410 e 411 – CPP, arts. 403 e 792 e suas exceções: arts. 792, § 2º, 220, 221, 403 etc.).

252. o tempo dos atos do procedimento

O tempo deve ser levado em consideração pelo legislador sob dois aspectos: a) determinando a *época* em que se devem exercer os atos processuais (CPC, arts. 172-174); b) estabelecendo *prazos* para sua execução (CPC, arts. 177 ss. – CPP, arts. 395, 401, 403, 361, 93, § 1º, 705 etc.).

Termos – ou prazos – são a distância temporal entre os atos do processo. Quando a lei determina a distância mínima, para evitar que o ato se pratique antes do vencimento do prazo, este diz-se *dilatório* (p. ex., o prazo para comparecer a juiz – CPC, art. 192); quando ela estabelece a distância máxima durante a qual pode praticar-se o ato o prazo é *aceletatório* (*v.g.*, os prazos para recurso).

Mas não somente *legais* (ou seja, determinados pela lei) podem ser os prazos, uma vez que há aqueles cuja fixação fica a critério do juiz (*judiciais*) e outros que são estabelecidos por acordo das partes (*convencionais*).

Os prazos distinguem-se ainda em *ordinatórios* e *peremptórios*. Caracterizam-se estes pela sua absoluta imperatividade sobre as partes, as quais não podem alterá-los para mais ou menos, mesmo convencionalmente (CPC, art. 182); os prazos ordinatórios (*dilatórios*, na linguagem do art. 181), sendo instituídos em benefício das partes, podem ser prorrogados ou reduzidos por ato de vontade destas.

Mas uns e outros, quando vencidos, acarretam a *preclusão temporal* (perda, pelo decurso do tempo, da faculdade de praticar determinado ato processual – *infra*, n. 255). A *peremptoriedade* tem ainda outro sentido, significando que a preclusão operada pela inobservância dos prazos independe de ser lançado nos autos o seu decurso (CPC, art. 183 – CPP, art. 798 – CLT, art. 775).

A preclusão só ocorre quando se trata de prazos *próprios*; são *impróprios* os prazos não preclusivos, conferidos ao juiz, aos auxilia-

devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (*sistema da legalidade*).

Por outro lado, as formas não devem sufocar a naturalidade e a rapidez do processo. Trata-se de um problema técnico-político: a aversão às formas é motivada, em geral, pelo excesso de formalismo, mas não é aconselhável evitar esse inconveniente abolindo *por completo* as exigências formais ou deixando ao juiz a tarefa de determinar as formas – pois essa solução abriria caminho ao arbítrio.

A disciplina legislativa das formas do procedimento é a melhor solução, acatada aliás no direito moderno; e o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador cumpre sua tarefa. A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender a critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é a manifestação do princípio da *instrumentalidade das formas*, o qual (associado a algumas regras contidas na teoria das nulidades processuais – *infra*, n. 259) vem dar a justa medida do sistema de legalidade formal.

Consoante os esquemas formais pelos quais o procedimento se exterioriza, pode caracterizar-se um sistema *rígido* ou um sistema *flexível*. No primeiro caso as formas obedecem a cânones rigorosos, desenvolvendo-se o procedimento através de fases claramente determinadas pela lei e atingidas pelo fenômeno da preclusão. No segundo caso as formas procedimentais são mais livres e as fases mais fluidas, não sendo tão rigorosa a ordem em que os atos devem ser praticados. *O procedimento brasileiro é do tipo rígido.*

O Código de Processo Civil dá a impressão de adotar o princípio da *liberdade das formas* ao proclamar que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir” (art. 154). Na disciplina dos atos procedimentais em particular, todavia, impõe-lhes exigências formais, e o seu sistema, com isso, situa-se decididamente na linha da *legalidade formal*. A Lei das Pequenas Causas também proclama a liberdade formal (art. 14) e mantém-se mais próxima a esta, porque contém exigências específicas menos numerosas.

250. *as exigências quanto à forma*

As formas dos atos processuais são determinadas por circunstâncias de três ordens: a) de lugar; b) de tempo; c) de modo.

253. o modo do procedimento e dos seus atos

Quanto ao modo, o procedimento pode ser analisado relativamente à *linguagem*, à *atividade* que o move de fase em fase e ao *rito*:

a) a *linguagem* no procedimento – os atos processuais, como os atos jurídicos em geral, são representados pela palavra. Consequentemente, duas circunstâncias devem ser levadas em consideração: I – o modo de expressão, que no nosso ordenamento é a língua portuguesa (CPC, arts. 139, 151, 156 e 157 – CPP, arts. 193, 223, 236 e 784, § 1º); II – a escolha da palavra, que pode ser falada ou escrita. De acordo com essa escolha, surgem diversos sistemas: o procedimento oral, o escrito e o misto;

b) a *atividade* – o impulso do procedimento pode ser atribuído às partes ou ao juiz. Na primeira hipótese configura-se o princípio do impulso das partes; na segunda, o do impulso oficial (sobre o princípio do impulso e sua relação com o instituto da *reclusão*, v. *infra*, n. 255);

c) o *rito* – é a própria índole do processo que o determina, em vista de várias circunstâncias que devem ser levadas em consideração para que atinja seus escopos com a maior brevidade e segurança possíveis.

**254. o modo do procedimento (*linguagem*):
procedimento escrito, oral e misto**

Os procedimentos do passado, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas a escrita ou ambas em combinação. Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas por escrito fala-se no *princípio da documentação*.

Exclusivamente oral era entre os romanos o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a *fórmula* se revestia de forma escrita. Na *extraordinaria cognitio* o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado. Predominou, assim, por longo tempo a palavra falada, permanecendo a escrita apenas como documentação.

Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito. A mesma tendência nota-se no procedimento reinol português, assim como no Regulamento 737 e na maioria dos códigos brasileiros estaduais.

res da Justiça e, em princípio, ao Ministério Público no processo civil. Não havendo a preclusão, nem por isso deixam essas pessoas de ficar sujeitas a sanções de outra ordem no caso de inobservância do prazo impróprio.

Outra questão importante é a relativa à *contagem dos prazos*, que no processo civil se faz por *dias corridos* e não por dias úteis. Nenhuma contagem de prazo se inicia nem termina em sábado, domingo, feriado nacional ou dia em que, por qualquer outro motivo, não haja expediente forense; mas esses dias não são descontados (eles são incluídos na contagem) quando situados no curso de um prazo já iniciado. Tal é o significado da regra da *continuidade dos prazos*, contida no art. 178 do Código de Processo Civil; apenas a superveniência de *férias forenses* no curso de um prazo já pendente é que tem o efeito de suspender sua contagem (art. 179). Com precisão, dispõe também a lei (a) que se o *dies a quo* for véspera de um dia não útil considerar-se-á como primeiro dia da contagem o primeiro dia útil que lhe sobrevier (CPC, art. 184, § 2º) e (b) que se o último dia da contagem cair em um sábado, domingo etc. o prazo vencer-se-á no primeiro dia útil seguinte (art. 184, § 1º). Além disso, o próprio *dies a quo* não se computa, ainda que seja dia útil: mas o último dia da contagem, sim (art. 184, *caput*) – sempre com a ressalva dos feriados, nos quais não se vence prazo algum.

Reunidas essas regras, tem-se que: a) se a intimação houver sido feita em uma quinta-feira, a contagem principia na sexta-feira e não na própria quinta; b) feita a intimação na sexta-feira, a contagem principia na segunda-feira (a menos que seja feriado) e jamais no sábado; c) se o último dia do prazo cair em sábado, domingo etc. o vencimento é prorrogado para o primeiro dia útil subsequente.

A superveniência de férias, o obstáculo criado pela parte e outros fatos suspensivos do processo acarretam a suspensão do decurso do prazo, que recomeça a ser contado após a cessação do impedimento, pelo período faltante (CPC, arts. 179 e 180). Os prazos também não se interrompem em virtude de feriados (art. 178).

Entre os órgãos que exercem a jurisdição civil comum, somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm férias coletivas (Const., art. 93, inc. III) – e, portanto, só aos feitos ou recursos ali pendentes tem aplicação o disposto no art. 179 do Código de Processo Civil (supra, n. 105).

das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência no campo do processo civil redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939 por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade (arts. 132, 330 e 522).

Na esfera do *processo penal* a oralidade também é reduzida: o Código agasalha a *imediação* (arts. 394 ss.), mas a *concentração* sofre restrições (arts. 499 e 500), assim como a *identidade física do juiz* (CPP, art. 502, par.), salvo no júri. A *irrecorribilidade das interlocutórias* é apenas relativa, como aliás já era no Código de Processo Civil de 1939 (art. 581 do CPP). Confirma-se, pois, que o processo penal brasileiro adotou só limitadamente a oralidade.

Já as coisas se passam diversamente no *processo trabalhista*, que veio a romper com os esquemas clássicos, estruturados para acudir a um processo de índole individualista e elitista. Correspondendo às exigências específicas dos trabalhadores, o processo do trabalho operou importantes modificações em direção a um processo simples, acessível, rápido e econômico, permeado de verdadeira oralidade, de publicização e democratização.

Entende-se por publicização a atribuição ao juiz de maior poder de direção e controle; por democratização, quer a facilidade de admissão em juízo, quer a efetiva igualdade das partes, mediante a observância da paridade de armas entre elas.

A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.1995) estabelece novos critérios para um processo que adotou a verdadeira oralidade, com o integral diálogo direto entre as partes, as testemunhas e o juiz, acompanhada da simplicidade, informalidade, celeridade, economia processual e gratuidade (v. art. 2º).

O processo das pequenas causas, agora estendido ao campo penal por expressa determinação constitucional, tornou-se obrigatório para os Estados e o Distrito Federal pela Constituição de 1988 (art. 98, inc. I). A Lei Maior prescreve a criação de juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento *oral* e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (v. art. cit.).

Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como consequência da invasão napoleônica, espalhando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil.

O Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o *procedimento misto*, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.

Mais que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um *complexo de ideias* e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da *concentração*, da *imediação* ou *imediatidade*, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*.

O princípio da *imediação* exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba sem intermediários o material de que se servirá para julgar (a *imediação* não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da *imediação* segue-se o princípio da *identidade física do juiz*: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da *concentração* da causa em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos. E, enfim, para concretizar a oralidade e a concentração faz-se necessária a *irrecorribilidade das interlocutórias*, ou seja, das decisões proferidas no curso do processo sem determinar-lhe a extinção.

No sistema pátrio, entretanto, os princípios *supra* foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade