Fredie Didier – Processo Civil –

Novidades na legislação

Tramita no congresso nacional o projeto do novo Código de Processo Civil, o projeto entrou em junho de 2010 e em dezembro já havia sido aprovado no Senado agora está na Câmara.

Bibliografia :

Alexandre Câmara – V 1 / V 2

Novo curso de processo civil – Marcos Vinicius Gonçalves – V.1 e V.2

Marinoni – Curso de Processo da RT. (MPF ; Magistratura Federal ). 5 volumes. Intensivo I : v.I; v.II. Volume II – vale a pena ter. Concursos federais – volume I.

Curso sistematizado de Cássio Scarpinella (Concursos em São Paulo).

Freddie Didier – 5.v.

Manual de direito processual civil – Daniel Assunção , ed. Método. 1 v.

Rinaldo Mouzalas v.1

Leituras complementares de processo civil – editora Juspodivm

[www.frediediddier.com.br](http://www.frediediddier.com.br) - ver editoriais

[www.cnpq.br](http://www.cnpq.br) - pesquisa de nomes dos examinadores da banca.

CPC – anotado - Daniel Assunção, ed. Juspodivum

**1ª Aula**

**1. Introdução ao direito processual civil contemporâneo / ao processo contemporâneo**

**1.2 Acepções de Processo**

**1.2.1 Primeira Acepção**

Processo como meio de criação de normas, toda norma se cria através de um processo, a norma é um resultado do processo, salvo as divinas. As normas humanas em Estados de Direito sempre foram criadas em processos.

ex.: processo legislativo, processo administrativo, processo jurisdicional e processo negocial que consiste na criação de normas por entes privados, v.g, regimento interno, regulamento, normas de condomínio.

**1.2.2 Segunda acepção**

Processo como procedimento, um ato jurídico complexo, um conjunto de atos organizados para que se profira um ato final, que é a decisão.

**1.2.3 Terceira acepção -** Processo como relação jurídica

Processo é o nome que se dá ao conjunto das relações jurídicas formadas entre os diversos sujeitos processuais. Os sujeitos processuais se relacionam juridicamente com o direito, que é quem tutela essas relações. Estas relações formam um conjunto que se dá-se o nome de processo. Metonímia – se toma as diversas relações como sendo uma só.

Chama-se de **metonímia** ou **transnominação** uma [figura de linguagem](http://pt.wikipedia.org/wiki/Figura_de_linguagem) que consiste no emprego de um termo por outro, dada a relação de semelhança ou a possibilidade de associação entre eles.

**2. Teoria do Direito e Processo**

O direito processual civil de hoje deve ser compreendido como uma resultante das relações entre o processo e o direito material- relação circular - entre o processo e a teoria do direito e entre o processo e o direito constitucional.

**A teoria do direito**

A teoria do direito pode ser dividia em duas partes: em teoria das fontes e hermenêutica jurídica, são aspectos que passaram por profundas transformações nos últimos tempos. Portanto é preciso entender como o processo se relaciona com essas transformações para a seu correto entendimento.

**Aspectos da Teoria das Fontes**

* **Força normativa dos princípios**. Princípio hoje é **NORMA,** pois do princípio se extrai consequências jurídicas. Atenção há princípios em qualquer lugar do ordenamento.

A Constituição além de princípios também possui regras, quando houver discussão de princípio e regra vence a regra, que também é norma, uma vez que trata-se de “regra” para resolução de conflito – regra é a exceção dos princípios, salvo se a regra ferir princípio constitucional (peso de norma constitucional) que não deverá ser utilizado, pois não há como aceitar norma ferindo valores constitucionais.

Ex: prazo para contestar 15 dias. Petição com 15.000 documentos – regra x princípio – possibilidade de dilação de prazo - o afastamento de uma regra diante de um principio sempre dependerá do caso concreto.

[Teoria da katchanga](http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/) – ridicularizarão , “oba oba”, da utilização dos princípio. Teoria dos princípios de Humberto Ávilla – vale a pena ler, ed. Malheiros. STF: [HC 94194](http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2354380&tipoApp=RTF).

Em suma:

Como bem apontou Daniel Sarmento: “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200). Katchanga!

Artigo 126 – este artigo foi escrito a muito tempo. Princípios aqui aparecem no final da lista – redação superada, tendo em vista que o momento em que foi escrita em pouco assemelha-se aos de hoje, na medida em que princípio deve ser visto como norma, e não técnica de integração de lacuna.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à **analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.** [**(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/1970-1979/L5925.htm#art126)

**O papel normativo da jurisprudência**

Para a doutrina moderna, jurisprudência é **NORMA GERAL**, é norma que se aplica em diversas situações, não é possível ver a jurisprudência como fonte auxiliar de compreensão do direito, pois se assim fosse estaríamos sendo ingênuos com a realidade. A jurisprudência consiste em norma diferente – *sui generis* - , pois é construída pela atividade jurisdicional a partir de um caso concreto. Ex: repercussão geral, súmula vinculantes.

*“ a lei estabelece um programa, a jurisprudência dá sentido ao programa legislativo.”*

Veremos futuramente a Teoria do Precedente Judicial

**Mudança de técnica legislativa**

No sec. XIX, existia a ideia que o legislador sabia tudo, para isso se listava todos os casos que possivelmente a vida podia trazer e , a partir de então, era feito a legislação, chamada de legislação casuística configura uma legislação com data marcada para perecer. Hoje, o legislador para dar ao sistema maior mobilidade ao sistema mudou a técnica de legislar adotando a chamada “técnica das cláusulas gerais”, porém vale lembrar que a técnica casuística continua a ser utilizada.

**A Cláusula Geral**

*Cláusula Geral consiste em texto normativo aberto na hipótese normativa e no conseqüente normativo. \**

# Como diferenciar a cláusula geral do conceito jurídico indeterminado (conseqüência previamente estipulada)? - Andrea Russar Rachel

Ensina Fredie Didier Jr. que a distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado é bem sutil; ambos pertencem ao gênero conceito vago. **No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao juiz competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é composta por termos indeterminados; na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, é conferida ao magistrado a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa.**

Rodrigo Mazzei, citado pelo supramencionado professor, explica que: “Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectivo. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo na norma, é (2) compelido também a fixar a conseqüência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a conseqüência previamente estipulada em texto legal”.

Referência:

*Curso de Direito Processual Civil*, Salvador, Ed. Jus Podivm, volume 1, p. 67.

Ex de conceito indeterminado: Não será reconhecido recurso extraordinário (hipótese) não havendo repercussão geral (conceito indeterminado).

O direito brasileiro está infestado de cláusulas gerais. A cláusula geral não descreve claramente a situação em que vai incidir e não descreve as conseqüência resultantes, estas atividades ficam a cargo do aplicado do direito.

Ex cláusula geral: CF: a propriedade deve cumprir a sua função social - cláusula geral – texto aberto, ainda que listada situações no artigo 182 ainda configura cláusula geral, pois traz conceitos indeterminados : o que é produtiva ? ; O que é devido processo legal ? qual a conseqüência da privação do devido processo legal ? – cláusula geral – processo: abuso de direito, boa fé, função social do contrato.

**Novo CPC :** O projeto do CPC multiplica as cláusulas gerais, dos 10 primeiros artigos, 6 são clausulas gerais

Ex: cláusulas gerias do CPC : artigo 14, II – boa fé processual. § 5º do artigo 461 – cláusula de efetivação das decisões ; cláusula de adequação do procedimento de jurisdição voluntaria , 1109 CPC.

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [(Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/LEIS_2001/L10358.htm#art14)

II - proceder com lealdade e boa-fé;

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/L8952.htm#art461)

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. [(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/2002/L10444.htm#art461%C2%A75)

Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

**Atenção !** Cláusula geral não é norma, mas sim **TEXTO NORMATIVO.** De uma cláusula geral extraem-se normas. Não se pode confundir princípios com normas gerais, esses derivam destas. Norma é gênero, principio e regra são espécies.

*“A partir da interpretação da cláusula geral é que nascem os princípios e regras.”*

ex: princípio da função social da propriedade

Ler: texto de Judite : O Código Civil como sistema aberto.

O direito privado como direito em construção – Martins Costa.

**3. Mudanças na hermenêutica**

**3.1 Texto x norma**

Existem três grandes mudanças na hermenêutica jurídica. A primeira é distinção entre texto e norma. Norma é o que resulta da interpretação de um texto, interprete-se um texto e o resultado da interpretação é uma norma, ou seja, a norma é o produto da interpretação.

*“a norma é o produto da interpretação.”*

Ex: cláusula geral – caráter geral -, não é norma, a norma é o que se retira da cláusula geral. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, do texto se extrai um principio : o processo há de ser devido (conceito indeterminado - local) , ou até mesmo uma regra como a regra de que o juiz deverá motivar sua decisão, sob pena de ferir o processo (conseqüência).

Ex: proibi-se a entrada de cavalo (texto normativo) pessoa entra com rinoceronte. Não se pode extrair deste texto a norma de que até mesmo um elefante não poderia entrar.

Proíbe-se a entrada de cão guia, o cão guia quando junto do cego tem a natureza de olho, por isso não se proíbe a entrada de cão guia.

Ex: Rogério Grecco: No RJ havia uma praia na década de 50 que tinha uma placa : “proibida a utilização de biquíni” (texto jurídico) a senhora se deparando com a placa voltou para se trocar, após 50 anos a senhora tira a roupa e deita na praia.

**3.2 O papel criativo da interpretação**

Existem normas que não decorrem de textos alguns e textos que não geram normas algumas: preâmbulo da constituição.

*“Quem interpreta cria. A interpretação é uma atividade criativa, a tarefa do jurista é trazer argumentos para uma interpretação mais justa possível, visa conter o arbítrio na interpretação.”*

**3.2 Terceira mudança hermenêutica**

Consiste em um controle ético, uma vez que não se pode interpretar de qualquer maneira, o desenvolvimento da proporcionalidade e razoabilidade foi de suma importância para o desenvolvimento da hermenêutica, pois mudaram os padrões éticos da interpretação dos ramos do direito.

Ainda que se possa entrar com rinoceronte em sala, esta norma(resultado da interpretação) não é razoável.

**4. Processo e a Constituição**

**4.1 A forca normativa da Constituição**

**Como principais acontecimentos recentes temos o reconhecimento da forca normativa da Constituição. Constituição também é NORMA.**  A Constituição não é mais vista como uma carta de intenção, é de conhecimento de todos que muitos e muitos juízes e advogados postulam apenas com base na Constituição.

A força normativa da Constituição resultou no desenvolvimento impressionante da jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade se generalizou, antigamente para um juiz dizer que a lei era inconstitucional era um episódio excepcional, salvo tributário que era mais comum, pois os juízes eram educados para cumprir a lei, hoje os juízes são ensinados que só devem aplicar a lei se for constitucional – mudança de visão jurídica e fortalecimento do Poder Judiciário.

**O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais trouxeram um patamar jurídico mínimo indispensável. Consistem direitos que a sociedade conquistou ao longo do tempo (frutos de conquistas históricas), correspondem aquilo que é indispensável para o desenvolvimento de nossa sociedade.

A partir do momento em que o direito fundamental é considerado norma, as coisas mudam de paradigma. Os direito fundamentais passaram a ser encarados de duas maneiras (dimensões), sendo que estas duas dimensões devem estar adequadas para a correta tutela dos direitos fundamentais.

**Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais segundo sua dimensão objetiva são normas que impõe um padrão ético mínimo ao direito. O direito deve ser construído com base nas normas de direitos fundamentais, inclusive, lembrando que existem diversos direitos fundamentais processuais, ou seja, as normas processuais devem estar de acordo com as normas de direitos fundamentais, por isso hoje se diz direitos processuais fundamentais – normas fundamentais para o direito processual – devido processo legal -

**Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais**

Além de norma os direitos fundamentais são direitos de cada um nós - nesta dimensão visto ainda como a velha acepção de direito - (eu tenho direito a herança , liberdade, contraditório). A importância desta dimensão é que baseado em um direito fundamental se pode ir ao judiciário em busca de um direito já conquistado pela sociedade. Quando se leva um direito fundamental ao processo, o processo deve estar preparado para bem tutelar o direito fundamental em sua dimensão subjetiva.

*“não basta que a norma processual seja compatível com as normas constitucionais, mas também é preciso que o processo seja adequado para tutelar os direitos fundamentais”*

*“além de norma, os direitos fundamentais são direitos de cada um de nós.”*

**Neoconstitucionalismo / neopositivismo / pós positivismo**

Ao conjunto destas 9 transformações deu-se o nome de neoconstitucionalismo, atual fase da ciência jurídica que se notabiliza por diversas transformações do pensamento jurídico, embora neoconstitucionalismo seja o termo mais difundido para o professor não parece o rótulo melhor, sendo que o melhor seria o neopositivismo (pós positivismo), pois consiste em ciência jurídica renovada, pois vai além do direito constitucional e se irradia para todo pensamento jurídico.

O positivismo traz carga negativa muito grande – [peso pensamento positivista.](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100527142200764&mode=print)

Volta do pêndulo: recomendação – leitura obrigatória – Humberto Ávilla – sobre neoconstitucionalismo. Direitodoestado.com.br ; Daniel sarmento sobre neoconstitucionalismo balanço –

A ciência, segundo os estudiosos, passaram por três fases. A fase do sincretismo ou praxismos, que é a fase que vai até o sec. XIX e se caracteriza pela falta de distinção entre processo e direito material, pois se confundiam, o estudo do processo era preocupado com a prática processual e não com a ciência do processo propriamente dita. Os professores eram civilista ou penalista preocupados com a prática forense – petições iniciais - (pré-história processual).

A segunda fase, chamada de fase da autonomia, cientifica ou do processualismo, caracteriza-se pela fase de construção da ciência do processo – final do sec. XIX até meados do sec. XX, 80 anos de construção da ciência. Os estudiosos buscaram entender o processo, a petição inicial e a coisa julgada.

Na terceira fase, conhecida como fase do instrumentalismo, após o conhecimento dos elementos do processo começaram a nascer as preocupações com a efetividade do processo, preocupações sociais com o acesso a justiça o que levou maior aproximação do processo ao direito material. Os livros dizem que a evolução do processo termina aqui, isto é, que hoje estaríamos na fase do instrumentalismo, embora a maioria sustentam que estamos nesta fase, o professor entende que estaríamos em uma quarta fase. Uma fase, chamada neoprocessualismo, que tem com principal característica a renovação da ciência do processo, em que a ciência do processo recebe todas as transformações do neopositivismo, pois é impensável dizer que o processo civil estaria alheio a evolução da ciência jurídica atual.

Ex: autor neoprocessualista :Marinoni.

No Rio Grande do Sul, os grandes processualistas são neoprocessualistas, porém não adotam a designação de neoprocessualismo, mas sim formalismo-valorativo.

MP RS – formalismo- valorativo – Carlos aberto Alvaro (sem acento) de Oliveira – ler texto chamado formalismo valorativo.

Em suma, o neoprocessualismo consiste na fase atual da ciência do processo que incorpora as transformações passadas pelo direito até os dias de hoje, o que deve ser utilizado com equilíbrio para não ser banalizado como comumente ocorre com algumas áreas do direito – katchanga.

**Processo e Direito Material**

Em qualquer processo discute-se um determinado problema a ser resolvido, porque não há processo oco. Há uma relação íntima entre eles, pois é o direito material que dá sentido ao processo, o processo nasce para resolver o determinado problema que foi submetido ao juiz.

*“não da para se estudar processo esquecendo do direito material”*

A prova serve para provar fatos daquele problema; na intervenção de terceiros, os terceiros poderão intervir no processo se tiverem relação com o problema concreto submetido ao juiz. Para se saber qual juízo competente é preciso qual a natureza do problema.

*“Não existe tema de direito processual que não esteja relacionado ao direito material discutido no processo”*

O processo serve para tutelar o direito (todo processo deve ser estruturado com base no direito que está sendo tutelado, p.ex. processo família, estruturado com base nas leis de família ). – adequação.

Primeira pergunta: o que se discute no processo, qual o problema ? O direito material.

O direito material em juízo é um direito material afirmado ou processualizado ainda não há certeza do vencedor. A Instrumentalidade do processo consiste na relação do processo com o direito material e não uma hierarquia entre si –relação circular.

Instrumentabilidade do processo: não se pode aplicar, ou entender o direito material ignorando que o processo existe para solucionar um determinado problema.

Ex ; arquiteto e engenheiro , o arquiteto faz o projeto (imagina o que deve ser) o engenheiro é o sujeito que vai concretizar o projeto, não há como definir o mais importante, cada qual tem o seu papel.

*“por mais talentoso que seja o músico não há como tocar sem instrumento”*

Ex: Direito de vizinhança ; proibida a construção de forno em paredes meias(direito), processo : churrasqueira é forno ? no processo vai se discutir a relação de complementaridade.

**Relação Circular / Simbiose**

Direito processual  Direito Material

Relação circular : (concurso – ES – Explique a teoria circular dos planos material e processual ) – trata-se de relação de complementaridade.

O direito processual serve ao direito material ?

Sim, pois o direito processual viabiliza a concretização do direito material. O direito material que possibilita ao processo sua razão de ser.

*“ O direito processual serve ao direito material ao tempo em que é servido por ele.”*

**Princípios constitucionais PROCESSUAIS**

**Princípio do devido processo legal – CLáusula anti-tirania**

Trata-se do princípio mais importante do processo civil veio tradução do inglês “ Duo process of Law” - o devido processo relacionado ao direito / devido processo constitucional.

Origem sec. XIV. O termo veio 100 anos depois com a interpretação da carta magna(1215) João Sem Terra. O poder não pode ser exercido sem o respeito ao processo devido, seja o papa, imperador ou pajé todos deverão se submeter a lei.

**Duo:** justo, equitativo – direito ao processo justo.

**Law :** em inglês é direito(direito como um todo e não lei restritamente) lei em inglês é statute Law (direito estatuído).

**Processo:** Método de criação de normas jurídicas(ex:processo legislativo), forma de limitação do poder.

No âmbito privado normas jurídicas também são criadas, valendo de sua autonomia, p.ex : regimento interno do condomínio, para ser multado o condômino deve ser notificado para se defender de acusação cabendo recurso para assembléia geral.

Trata-se cláusula geral de 800 anos, porém a norma que se extraia deste texto antigamente, não é a mesma norma extraída hoje; portanto, o conteúdo normativo variou ao longo da história sendo que muito se definiu o que é um devido processo legal, v.g, contraditório, juiz imparcial, motivação da sentença, proibição da prova ilícita.

Mesmo que implícitos no devido processo legal o constituinte reforçou o mínimo de conteúdo do processo legal, mas nada impede a extração de outros princípios implícitos do devido processo legal, uma vez que trata de potente cláusula geral.

**Devido -** O “devido” foi sendo concretizado pelo tempo.

Aqui aparece o problema do biquíni.

Sec.XIV : cruzadas , mundo teocrático sem informações, 90% analfabetos ; 25 anos idade média.

*“ O processo devido é obra eternamente em progresso”*

Sabe o que deve ser devido, mas não sabe em que consiste , se existir ato tirano este deve ser apurado pelo devido processo legal que evolui com o tempo.

* juiz imparcial
* prova lícita
* recurso
* tempo razoável

Ex: direito a efetividade do processo, não está na constituição , mas é um devido processo legal que já foi concretizado pela história.

Os direito fundamentais se resultam de um acúmulo histórico e não podem ser subtraídos e sim somados pelo tempo,aqui existe a proibição do regresso.

*“O que é devido é construído historicamente e jamais pode ser retirado do povo.”*

*“O princípios implícitos - processo para ser devido deve ser efetivo, adequado e leal (princípios implícitos)”*

*“Princípios expressos – o processo para ser devido deve ter duração razoável, contraditório, publicidade”*

o devido processo eletrônico ainda está se consolidando em nosso país para conseguir almejar todos os princípios.

**Processo**

Processo: qualquer método de produção de norma jurídica, p.ex. , devido processo legislativo, devido processo administrativo e devido processo jurisdicional.

Hoje não se pode falar apenas em devido processo administrativo, jurisdicional, legislativo é preciso também perceber a existência do devido processo legal privado, até mesmo o poder das pessoas privadas devem ser exercidos devidamente denominado como **eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado.**

Ex: menina que seria expulsa, pois saiu no youtube com o uniforme da escola causando. Impossibilidade, falta de contraditório, falta de previsão no regimento escolar ; menino expulso do clube por portaria feita pelo importunado, sem chance de contraditório. Decisão anulada.

Art.57 cc. O tema já chegou ao supremo e já foi reconhecido sua aplicação nas relações particulares.

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. [(Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11127.htm#art2) – *garante o devido processo legal no âmbito privado.*

O devido processo legal ao longo da historia passou a ser compreendido em duas dimensões: a dimensão formal, chamada de processual, e a dimensão substancial, chamada de material.

**Aspecto formal do devido processo legal**: consiste no conjunto de garantias processuais mínimas para que um processo seja constitucionalmente devido (que discutimos acima). É o que entendemos poder devido processo legal.

Conjunto de garantias processuais: contraditório ; ampla defesa ; proibição de prova ilícita.

**Aspecto Substancial do devido processo legal :** para o direito brasileiro tem uma situação muito peculiar, o STF entende que o devido processo legal, em seu aspecto substancial (material), garante a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos normativos – substantive process of law. Para o professor Fredie Didder é um entendimento aceito, pois trata-se de construção brasileira (acepção brasileira do devido processo legal substancial). Há muitas criticas sobre está posição, há duas mais concisas:

Humberto Ávila entende que trata-se de construção desnecessária, pois proporcionalidade e razoabilidade podem ser retiradas de outras fontes como a igualdade. Fredie Diddier, com toda vênia, discorda, pois nada impede de se extrair a mesma norma de textos diversos e mais é um conceito que foi construído pela jurisprudência brasileira, com argumentos bem compreendidos, ora nós temos a nossa própria forma de construir nosso direito, não é porque não corresponde aos que os alemães fizeram que não podemos dar outro sentido à interpretação.

A doutrina contrária sustenta que o STF errou, pois o supremo não seguiu o entendimento original dos EUA sobre devido processo legal substancial, para esta corrente o correto seria retirar o devido processo legal com base no principio da igualdade ou do estado de direito – Sergio Mattos.

Nos EUA a dimensão substancial serve para garantir direitos fundamentais implícitos. O professor critica, pois nós já temos em nossa Constituição direitos fundamentais implícitos (§1º , 5º)

Começou a se entender que as decisões além de serem formalmente devidas, ou seja, devidas em conformidades das exigências processuais , deviam ser em seus conteúdos devidas(justas), não bastando serem somente devidamente formais, mas também substanciais.

Em suma, o aspecto substancial e proporcionalidade se equivalem, pois assim foi construído pela jurisprudência brasileira. Foi construído um aspecto substancial muito parecido com a proporcionalidade(STF).

Para Humberto Ávila a proporcionalidade e razoabilidade são sobreprincípios ?

Por sobrepricnipios se entendem é um principio do qual se deriva outro principio, e não um princípio mais relevante. Do contraditório (sobreprincipio) se extrai a ampla defesa (subprincipio). Para Humberto Ávila, existem as regras, os princípios e os postulados. Postulados são normas dirigidas à aplicação de outras normas (extrai do sistema).

Para Humberto Ávila proporcionalidade e razoabilidade não são princípios, mas sim postulados, pois indicam como outros normas devem ser aplicadas. Fredie aconselha que no concurso só usaria o termo postulado se permitirem expressamente (pergunta disrcurssiva) sendo correto utilizar o termo princípio em regra.

**Modelo Constitucional do Processo**

Consiste no modelo de processo traçado pela Constituição – devido processo legal.

O autores modernos conseguem definir dois grandes tipos de modelo de processo: **um modelo dispositivo de processo e um modelo inquisitivo do processo.**

O modelo será **dispositivo** quando as partes forem as grandes protagonistas do processo. A elas cabe impulsionar o processo, dar andamento ao processo. O processo é visto como coisa das partes, por sua vez o Juiz é o expectador da luta das partes, consiste no modelo liberal do processo , isto é, o estado-juiz não intervém, mas somente observa. Passou a ser característica dos países de “commow law” (EUA, Inglaterra, Austrália)

Sempre que vier a lição, termo dispositivo: trata-se de regra que atribui a parte determinada tarefa processual.

*“A expressão processo acusatório para o processo penal significa a mesma coisa* de *processo dispositivo civil.”*

No processo inquisitivo há uma intervenção do juiz no processo, há um protagonismo processual é um modelo adotado historicamente pelos países de “civil law” – conhecido como modelo intervencionista ou social, pois o estado intervém no processo. – o juiz pode produzir provas de ofício.

Ex: Ativismo judicial.

No Processo Civil brasileiro, há muitas regras inquisitivas, por isso que, de modo geral, diz que o processo brasileiro é um processo inquisitivo. Entretanto, isso não quer dizer que não há regras dispositivas permeadas no CPC, muito pelo contrário há várias manifestações do princípio dispositivo, tem coisas que só cabem as parte.

E o processo civil brasileiro?

Não existe processo puro – só inquisitivo ou só dispositivo -, o que há é uma predominância. No processo civil brasileiro há muitas regras inquisitivas. Por isso que, de um modo geral, disse-se que o processo civil brasileiro é um processo inquisitivo – segue um padrão de proc. inquisitivo.

OBS: Atribuir poder ao juiz é sempre algo perigoso, pois se atribui poder ao Estado contra o próprio indivíduo. Há quem diga que o processo inquisitivo é um processo autoritário e, portanto inconstitucional. O processo inquisitivo revela traços de autoritarismo processual, de modo que, para ser democrático, o modelo de processo a ser seguido deve ser o dispositivo. Quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais autoritário será o processo.

Existe uma corrente de pensamento chamada de “garantismo processual”, o qual prega ser preciso deixar ao juiz apenas a tarefa de julgar. Juiz garantista é aquele que somente julga, devendo-se eliminar do processo esses resquícios de autoritarismo.

No Brasil, o garantismo processual é uma marca dos processualistas penais. Já no âmbito do processo civil brasileiro, esse discurso não vingou, pois nosso processo é, em regra, inquisitivo. Para os garantistas, a norma que possibilita a produção de prova de ofício pelo juiz é um absurdo. Por isso, tais sujeitos desejam um processo que siga o padrão dispositivo.

Ressalte-se que essa é a divisão tradicional (pcp. dispositivo e inquisitivo). Porém, é necessário se ir além do básico. Fala-se hoje na existência de um terceiro modelo, chamado de modelo cooperativo de processo.

**Princípio da Cooperação - Modelo Cooperativo de Processo** (subprincípio do devido processo legal ; princípio democrático ; princípio da solieriedade). \*\*\*\* está caindo muito presente em muitos editais.

Fala-se hoje na existência de um terceiro modelo, o modelo cooperativo de processo. Nesta acepção um processo devido não é inquisitivo nem dispositivo, ou seja, não deve dar protagonismo as partes nem ao juiz, mas sim cooperativo.

Processo cooperativo é aquele em que não há protagonismos na condução do processo, a condução/gestão do processo é feita sem protagonismos, pois é feita de maneira cooperativa.

*“Juiz e partes devem conduzir o processo em equilíbrio em dialogo sem qualquer assimetria entre eles.”*

O modelo cooperativo não é dispositivo porquê o processo não tem as partes como protagonistas na sua gestão , não é inquisitivo, pois não tem o juiz com protagonista da sua gestão, ambos estão em equilíbrio, onde a lealdade é necessária para o correto andamento do processo.

*“inimigos não se tratam deslealmente. é a norma do jogo”*

ex; guerra uniformes diferentes dão permissão para matar, uniformes iguais não permitem matar, pois configura crime de guerra.

O processo para ser devido no Brasil, que adota o Estado Democrático, teria que ser cooperativo, este pensamento tem “contaminado” a doutrina brasileira. Muitos doutrinadores passaram defender que o devido processo legal no Brasil impõe a estruturação de um processo cooperativo.

Autores: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitigiero , Dierle Nunes, Hermes Zaneti, Fredie Diddier.

“A mediação reforça a cooperação”

**Princípio da cooperação na prática**

A doutrina identificou três conseqüências práticas do princípio da cooperação.

**Dever de esclarecimento**

O Juiz tem o dever de esclarecimento, ou seja, o juiz tem o dever de dar decisões claras, do contrário fere o dialogo. As partes devem se manifestar de forma clara (petição inicial com pedido correto). Em um sistema cooperativo, de dialogo e equilíbrio, quando uma das partes não entende o que está sendo pedido ou decidido é necessário o esclarecimento para aprimorar o ambiente de construção, que é o processo.

**Dever de prevenção**

O juiz diante de uma falha processual das partes tem o dever de apontar a falha e dizer como ela deve ser corrigida, uma vez que o processo almeja uma decisão justa e de mérito.

STJ (pacífico):o juiz não pode indeferir a petição inicial sem antes permitir que a parte concerte a petição inicial.

Ex: Emende a petição inicial. O correto seria a petição tem o seguinte defeito e deve ser corrigida da seguinte maneira : cooperativismo.

**Dever de Consulta**

O juiz não pode decidir com base em questão a respeito da qual não houve oportunidade da parte manifestar-se.

Ex: o juiz: a lei é inconstitucional e com base nisso decide. As partes sequer discutiram ao longo do processo sobre a inconstitucionalidade, esse ato fere a cooperação, pois o diálogo deveria ter sido trazido para debates – trata-se de sacanagem.

art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

        § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

        § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

        § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4o Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. [(Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11051.htm#art6)

Lei de execução fiscal, art. 40, §4º: “O juiz, na execução fiscal, pode reconhecer de ofício a prescrição, mas antes deve ouvir a Fazenda Publica – permite que a parte se manifeste de uma questão ainda não suscitada.

A parte não pode ser punida com base em questão que não teve a oportunidade de se manifestar.

O princípio da cooperação não torna o processo prolixo, mas sim faz com que ele seja um processo justo, honesto, probo.

**Todos os princípios processuais derivam do devido processo legal, alguns deles:**

**EXPRESSOS:**

* Ampla defesa.
* Duração razoável do processo.
* Contraditório.
* Publicidade.

**Implícitos:**

* Adequação do processo.
* Efetividade.
* Boa-fé processual.

**Princípios Explícitos**

**Princípio do Contraditório**

É a outra grande estrela. Trata-se de principio que gera direitos como o direito de participar do processo (o direito a participação do processo).

*“o processo devido é o processo em contraditório”*

O direito de participação é chamado de aspecto formal do contraditório, entretanto não é apenas o aspecto formal que completa a dimensão do contraditório, pois ainda há a dimensão substancial do contraditório. Em outras linhas, a participação deve ser apta em influenciar a decisão para preencher os requisitos do contraditório.

*“Contraditório é participação mais poder de influência - dimensão completa.”*

Em suma, o contraditório é o grande protagonista ao lado do devido processo legal, consiste no principio que garante o direito de ser ouvido e de participar do processo, bem como o direito de poder influenciar a futura decisão. Derrubando o entendimento que a futura via recursal poderia ser entendida como contraditório diferido, o que é necessário é o direito de poder influenciar na decisão.

O princípio do contraditório se irradia em duas dimensões, a formal aquela que garante o direito de ser ouvido e de participar, bem como o aspecto substancial do contraditório que garante a parte a possibilidade de interferir na decisão ou pelo menos ter o poder de influenciar.

Ex: direito a prova, é o direito de poder criar elementos que convençam o juiz(influenciar a decisão). Aspecto formal e substancial.

O dever de consulta é manifestação do contraditório para o devido processo legal. O juiz tem que consultar a partes sobre questão relevantes sobre a qual não houve contraditório para evitar decisões sobre questões que não foram objeto de debates (até mesmo questões de ordem pública).

**“A dimensão substancial do contraditório é a AMPLA DEFESA”**

A decisão liminar “inaudita altera partes” não viola o princípio, mas há apenas uma provisória mitigação, pois trata-se de decisão com caráter de urgência e provisória.

Artigo 131 - é possível a decisão com fatos não alegados pelas partes, mas só que esta decisão deve ser objeto do contraditório para atender a nova inteligência processual (cooperação) – debates.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento. [(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/1970-1979/L5925.htm#art131)

O pedido limita o juiz – princípio da congruência – relacione a regra da congruência com o contraditório – MPF – violar a congruência é violar o contraditório ; ir de acordo com a congruência é honrar o contraditório.

**Princípio da Duração Razoável do Processo** (não usar princípio da celeridade)

Está no artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição (ec. 45/04), isto não quer dizer que só a partir de 2004 existe este princípio, este era extraído do devido processo legal e de tratados internacionais, dos quais o Brasil era signatário.

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)

A Constituição não garante a celeridade do processo, ou seja , processos que andem rápido. Para se garantir a prova, as vias recursais, necessariamente o processo irá demorar e isto não é ruim, pois a demora razoável do processo em certa medida é um direito fundamental para que as partes possam influenciar nas decisões, mas a demora irrazoável é equivocada, por isso o princípio é chamado de duração razoável do processo e não da rapidez do processo, serão as circunstancias do caso concreto que determinarão a razoabilidade do tempo do processo, como, a complexidade da causa , a estrutura do judiciário, o comportamento das partes bem como do juiz.

*“existe um direito fundamental de um processo que demore minimamente”*

**Critérios para duração do processo:**

* complexidade da causa
* comportamento das partes – em regras as partes geram inúmeros incidentes o que resulta maior duração do processo, independentemente de ser uma causa complexa.
* comportamento do juiz
* estrutura do órgão jurisdicional

Caso haja dano a demora do processo pode ser responsabilidade do Estado. Até mesmo o órgão jurisdicional poderá de deixar ascender por merecimento na carreira.

art. 198. Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.

Com o advento do CNJ e das metas, a justiça tem melhorado ao passar dos dias em comparação ao triste estado e que se encontrava.

Vale lembrar que demora razoável do processo também se utiliza na via administrativa.

No atentado (CPC) impõe-se quem ficou no silêncio (terrorismo processual) a sanção de ficar calado até desfazer o que fez – a parte perde o direito de se manifestar enquanto não sanar o seu ato ilícito – artigo 879 e ss – mitigação do contraditório.

Não se aplica ao processo legislativo.

Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Art. 880. A petição inicial será autuada em separado, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 802 e 803.

Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Art. 881. A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado.

Parágrafo único. A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em conseqüência do atentado.

**PUBLICIDADE**

O processo para ser devido deve ser em regra público. A publicidade é garantida para nós diferentemente do direito americano, pois no Brasil não é possível haver decisão como há nos EUA nas decisões da suprema corte, aqui além de públicas as decisões são também televisionadas.

O processo devido é processo público, isto é, a publicidade consiste no direito fundamental com duas funções: proteger as partes de julgamentos secretos e arbitrários e permitir o controle público nas decisões. Pode se falar em uma publicidade interna para as partes e uma externa para os terceiros, a Constituição permite restrições a publicidade processual, só que estas restrições são referentes a publicidade externa.

É possível haver restrições pontuais a publicidade, como nos casos de necessidade de proteção da intimidade e quando houver interesse público.

No Brasil, existe a transmissão televisiva dos julgamentos do STF , trata-se de algo que transforma a publicidade do processo em algo de longa extensão (o mundo pode ver). Isto tem gerado discussão na doutrina de até que ponto a transmissão é positiva, alguns entendem que a transmissão leva ao julgamento a ser um espetáculo, uma arena onde não se convence, mas se ganha a decisão (as decisões colegiadas são feitas para haver interação e convencimento), por outro lado é a oportunidade de se ver a Constituição sendo aplicada e concretizada no País.

[Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner – O STF e populismo judicial](http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/05/o-stf-e-o-populismo-judicial.html)

[Gustavo Binenbjm – Professor da UERJ – A justiça na TV](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=536CID004)

Ideias brasileiras: Mandado de Segurança – Feito pelo Brasil.

**Princípio Implícitos**

Não estão expressos no Código, nem na Constituição, mas são princípios tão importante quanto os expresso/explícitos.

**Princípio da Efetividade**

Um processo pra ser devido deve ser efetivo, este princípio visa um processo que além de reconhecer os direitos consiga concretizá-los, materializá-los.

Para Fredie Diddier o principio ainda não esta expresso. Pela natureza do pensamento do Código (pensamento cristão) falar de efetividade é falar no direto fundamental a execução (Marinoni) daquilo que se decidiu.

O nosso direito sofre grande influência do direito romano, que tem como grande influência o cristianismo, o qual tem por base o perdão, a piedade, a clemência.

Hoje se irradia o pensamento que o devedor é o a parte mais frágil o vemos como pessoa pobre e não vemos em regra o credor de forma boa como um banco por exemplo.

As coisas vem mudando e começa a aparecer o discurso “pro credor”. Hoje há um direito fundamental a efetividade do credor (recente - 10 anos) sendo possível a resolução de problemas relacionados com a tensão ao direito do credor bem como ao direito fundamental do direito a dignidade do devedor.

Se a efetividade não for vista como um direito fundamental sempre prevalecerá a dignidade do executado. Para tanto é preciso reconhecer o direito da efetividade como direito fundamental para que em eventual choque se utilize a ponderação de interesses para solucionar o conflito. Quando não era visto como direito fundamental nunca haveria choque, portanto o credor sempre ficava a ver navios.

Ex: é possível penhorar um cão guia(natureza de olho- inalienável- impenhorável)? Não , pois a efetividade não pode se contrapor a dignidade humana.

Ex: Impenhorabilidade de bens de família, porém se o imóvel valer 10 milhões nada impedirá que a efetividade se contraponha.

Art. 643. Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos.

Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

**Adequação**

Um processo para ser devido não basta estar em conformidade com o direito também é preciso que seja um processo adequado.

O que é um processo adequado ? é um processo que observa três critérios, são eles:

**Adequação objetiva:** O processo deve ser adequado ao seu objeto,ou seja, aquilo que será por ele discutido.

Ex: Um mesmo processo não pode ser adequado para se discutir alimentos bem como execução de um cheque.

A adequação do processo ao direito material afirmado é uma exigência do devido processo legal, o que é chamado de adequação objetiva.

Os procedimentos especiais são a manifestação da adequação objetiva , por isso levam sempre o uso do nome do direito material , ex.: ação de usucapião; alimentos.

**Adequação subjetiva:** O processo deve ser adequado aos sujeitos que delem fazem parte. Está junto ao princípio da igualdade o qual também impõe a adequação subjetiva do processo

Ex: idoso; incapaz.

**Adequação teleológica:** As regras processuais devem ser adequadas ao fim do processo a fim de o tornar mais hábil.

**Adequação jurisdicional do processo**: é preciso que o juiz possa fazer a adequação do processo as peculiaridades do caso concreto. O Código Português positivou o princípio em tela. Para o professor é possível ; existe um direito fundamental a um processo adequado, nos casos em que o processo se mostre inadequado o juiz deve adequá-lo as peculiaridades do caso – justiça processual. Estava no projeto original, mas por movimento da OAB foi retirado do projeto.

A exigência da adequação sempre foi visto como direcionado ao legislador. Cabe ao legislados criar normas processuais adequadas aos sujeitos , aos objetos e aos fins do processo, bem como ao juiz promover a adequação do processo as peculiaridades do caso em concreto.

Ex: caso do agravo de instrumento em que os autos sumiram tornando impossível a retirada das cópias necessárias a interposição do recurso, o desembargador aceitou a juntada posterior dos documentos criando uma adequação das normas processuais.

PI com muitos documentos , extensão do prazo de defesa em dobro para a parte.

**Sinônimos: Principio da adaptabilidade do processo ; Elasticidade do processo ; ou flexibilidade do processo.**

É possível manejo de Instrumento perante - Corte internacional da ONU por demora no processo – justifica punição do Brasil – já há casos.

**Princípio da Boa Fé Processual**

Processo devido é processo leal, é o processo que se respeita a boa fé. Existe a boa fé de fato (boa intenção, acreditar que está em situação regular, consciência, percepção da pessoa) consiste na boa fé subjetiva, a qual não é princípio.

**Boa fé como norma de conduta (objetiva):** consiste na norma que impõe os comportamentos éticos morais, desejados, leais , probos, independentemente da consciência da pessoa. O princípio foi desenvolvido na Alemanha aplica-se a qualquer relação jurídica inclusive nas relações processuais irradiando-se a todos sujeitos do processo.

Consiste na boa fé objetiva ou princípio da boa fé, pois impõe comportamentos devidos, pouco importando se o sujeito estava ou não de boa fé (subjetiva).

Atenção! Não utilizar princípio da boa fé objetiva (redundante).

Para fredie Diddier e STF**,** o princípio doa boa fé processual consiste num corolário do devido processo legal. Para outros autores decorre da solidariedade e da igualdade. O professor, como processualista, entende ser mais simples a extração do devido processo legal.

O princípio da boa fé processual (antigamente chamado de lealdade processual) tem base infraconstitucional – artigo 14, II, CPC.

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [(Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/LEIS_2001/L10358.htm#art14)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

**II - proceder com lealdade e boa-fé;**

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.[(Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/LEIS_2001/L10358.htm#art14v)

Este dispositivo consiste em cláusula geral e por ser uma cláusula geral não se sabe o que se entende por comportamento devido nem as conseqüências decorrentes de comportamento em desconformidade.

* **O princípio da boa fé proíbe :** o sujeito que age dolosamente (amplo sentido) , aquele que age contrariamente ao princípio da boa fé.
* **Abuso do direito:** é conseqüência do princípio da boa fé aplicável ao direito processual, o direito deve ser exercido conforme a conduta leal, ética, proba que se espera das pessoas .
* ***“Nemo Potest Venire contra factum proprium”*** (ninguém pode comportar-se contrariamente aos próprios comportamentos): comportar-se contra os próprios fatos é um comportamento tido como ilícito por ser contrário ao princípio da boa fé. Caso um comportamento meu cria noutro a expectativa que me comportarei de certa maneira e me comporto de outra, meu comportamento é tido como ilícito por estar contrário ao princípio da boa fé.

“O comportamento primeiro gera uma expectativa legítima de comportamento coerente”

Ex: caso de atropelamento pelo tanque de guerra, a união já tinha punido administrativamente o soldado e em juízo disse que não havia ocorrido fato algum; Mulher que assedia um homem depois fala que está tranqüila.

Ex: “A” oferece geladeira para penhora depois alega bem de família. Impossibilidade.

* **Deveres de cooperação** (tema será aprofundado nas próximas aulas) imposto aos sujeitos do processo que deverão cooperar entre si.

**“Processo devido é um processo público, tempestivo , efetivo, adequado e leal.”**

Dica para dissertação sobre a boa fé **: “Treu**(trói) **und Glauben”,** lealdade e confiança. Consiste no princípio da boa fé, referente a boa fé objetiva, ou seja, boa fé como norma.

O princípio da cooperação é subprincípio da boa fé. Todos deveres de cooperação são aplicações da boa fé.

Dica de Estudo: vamos estudar nas aulas de civil, boa fé objetiva e subjetiva (boa fé no direito privado) e os deveres anexos da boa fé, estes são exatamente os deveres de cooperação.

Paralelo:

**Preclusão** (direito processual)

Decadência e prescrição estão relacionados ao direito material.

Consiste na perda de um poder jurídico processual, podendo ser da parte bem como para o juiz (ex:preclusão do poder do juiz de julgar, determinar uma prova).

Dica: Não usar no concurso para preclusão do juiz o termo “pro iudicato”(preclusão para juiz). Preclusão “pro iudicato” é a preclusão que reputa decidida uma questão mesmo que ela não tenha sido efetivamente decidida, noutras linhas é como se a questão houvesse sido julgada, mas não foi.

Não há processo sem preclusões, é preciso que haja preclusões porque sem elas o processo não anda, o processo é uma marcha para frente. A preclusão visa assegurar a segurança jurídica e acelerar o processo, faz com que o processo sempre caminhe para frente evitando retrocesso.

A preclusão é uma técnica que faz valer os princípios da segurança jurídica, duração razoável do processo e boa fé...

Classifica-se a preclusão pelo fato que a gera, se dividindo em (espécies criação de Chiovenda).

**Preclusão temporal**

Consiste na perda de um poder jurídico processual em razão da perda de prazo.

Ex: 15 dias para recorrer.

**Preclusão Consumativa**

Perde-se o direito em razão de seu exercício. O pincel “piloto” depois de utilizado não poderá mais ser utilizado (sem tinta, sem conteúdo, sem possibilidade).

O juiz quando sentencia não pode sentenciar de novo, contestação etc.

**Preclusão lógica**

Está relacionada ao comportamento contraditório (*“venire contra factum proprium*”, o qual decorre do princípio da boa fé). Um comportamento meu faz com que eu perca o direito de me comportar diferentemente (contraditoriamente) em relação ao comportamento anterior.

v.g: Sai decisão contra mim, cumpro a decisão espontaneamente(aceitamento tácito da decisão), essa atitude gera a preclusão lógica de recorrer.

Ex: aceitar dívida é comportamento contraditório a questionar dívida.

Dissertação : Princípio da Boa Fé X Preclusão .

**Preclusão sanção ou por ato ilícito**

A preclusão aqui é uma pena pela prática de alguns ilícitos processuais – punição contra ato ilícito, p.ex. , perda da competência do juiz que excedeu seus prazos e a perda de falar nos autos no caso de atentado.

**Preclusão e questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz / questões de ordem pública**

Vale lembrar que conhecer de ofício, significa conhecer uma questão sem ser provocado pelas partes (juiz).

Ex: falta de condição da ação e pressupostos processuais.

Há preclusão para o juiz em relação a questões que ele pode conhecer de ofício ? Existe preclusão para o juiz examinar as questões ? Ele pode analisá-las a qualquer tempo sem preclusão ?

Enquanto o processo **estiver pendente** não há preclusão para exame das questões de ordem pública, isto é até o trânsito em julgado da sentença. Conclui-se dai que não é possível alegar estas questões na fase de execução.

Após sentença e após prazo da ação rescisória um abraço não há mais o que se fazer.

**Direito positivo:** O nosso código diz no parágrafo 3º do art. 267, não há preclusão dessa questões, podendo ser examinadas a qualquer tempo.

A Qualquer tempo : Não é para toda eternidade, significa até o processo acabar. Lógica.

Há preclusão para o reexame destas questões ?

O Código não trata disso expressamente. A maior parte da doutrina, sem muita fundamentação, entende que também não há preclusão para o reexame, enquanto o processo estiver pendente o juiz não só pode examinar como reexaminar a qualquer tempo.

e.x.: daqui 5 anos o juiz poderia mudar sua decisão, este entendimento leva a uma grande insegurança jurídica, corrente baseada em um dogma antigo sem fundamentação (majoritária). A parte poderia alegar perante todas as instâncias repetidas vezes a incompetência absoluta.

Para um segunda corrente, sustentada por Barbosa Moreira, há preclusão para o reexame, o juiz pode decidir a qualquer tempo, mas uma vez tendo decidido a questão não há mais o que se falar. (concordo).

Obs: Na última aula do curso , vai ser falado sobre o tema : exames de questões que podem ser conhecidas de ofício no âmbito dos recursos extraordinários. (ver última aula).

**Jurisdição**

Vamos construir o conceito de jurisdição.

**Jurisdição é poder atribuído a terceiro imparcial.**

A jurisdição sempre será atribuída a um estranho ao problema/causa, porém não basta ser um terceiro (objetivo) devendo este também ser imparcial (subjetivo). Ser imparcial é ter imparcialidade, ou seja, não ter interesse na causa, a imparcialidade está intimamente ligada ao tratamento igualitário das partes; ser terceiro é ter impar**t**ialidade (não ser parte). Em suma, o juiz não pode ser parte e deve ser terceiro imparcial.

A impartialidade e imparcialidade não se confundem com a neutralidade, o juiz não é neutro, pois ninguém é neutro, todo ser humano é valorativo, isto é, tem seus valores suas experiências, que vão aflorar na hora de resolver um problema humano.

*“Neutro não é um adjetivo que se aplica aos seres humanos”*

A jurisdição é **um exemplo** (não é sinônimo há outros exemplos) de heterocomposição (composição por estranho ao problema).

Chiovenda, (“quiovenda”) um dos sujeitos que fundou a ciência do processo, dizia que a característica da jurisdição é ser uma atividade substitutiva, para Chiovenda a substitutividade é marca da jurisdição, por substitutividade temos o juiz substituindo a vontade das partes. Na jurisdição, o Estado resolve, impõe sua vontade para resolver o problema no lugar das partes.

Concurso: a substitutividade é característica para a jurisdição de Chiovenda – Correto.

É certo que a jurisdição é uma atividade substitutiva, mas isso não é uma exclusividade da jurisdição, quando se tem um conflito, uma questão resolvida por um tribunal administrativo, p.ex., CAD, Tribunal de Contribuintes (no âmbito fazendário), TCU, sempre que se tem um problema resolvido por um órgão administrativo também há heterocomposição, há atividade substitutiva, mas não há jurisdição , pois falta a este tribunais outros atributos qualificativos da jurisdição.

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo.**

Só há jurisdição como resultado de um devido processo, ao menos no direito brasileiro, não há jurisdição instantânea, para que uma questão seja resolvida é preciso que um processo preceda a esta solução.

*“O processo é o método constitucionalmente previsto para o exercício de qualquer poder.”*

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo, reconhecer, efetivar, proteger, situações jurídicas concretamente deduzidas**

A jurisdição sempre será dada em face de um problema concreto, pois não há processo oco. O juiz não atua diante de questões abstratas.

*“A jurisdição atua sempre por encomenda”*

Carnelutti

Na ADIN é preciso dizer que uma determinada lei é inconstitucional, ainda que abstratamente feita a análise, o problema é concreto.

O legislador quando atua não resolve problemas concretos, a solução do legislador é um programa para resoluções de problemas futuros, o legislador não é chamado para tratar de um problema, mas sim de problema**s** futuros.

A lide, o conflito de interesses, costuma ser a situação concreta apresentada ao juiz para este dar solução, mas tem processo cujo o problema apresentado não é uma lide, p.ex., pedido ao judiciária de mudança de nome (há um problema concreto, mas não há lide), *portanto pressuposto de jurisdição não é a lide, mas sim uma questão concreta à ser resolvida (reconhecer, efetivar ou proteger).*

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo, reconhecer, efetivar, proteger, situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo**

A jurisdição é poder, é ato de império, quando o juiz decide ele não da conselho nem recomenda, pois jurisdição (dizer o direito) é ato de poder, ato de império, manifestação da soberania, se não houvesse o poder de império a jurisdição teria poucas distinções com a psicanálise.

Como ato de poder surge a questão: a jurisdição é monopólio do Estado ?

Nada impede que o Estado autorize particulares a exercerem jurisdição. No Brasil, o Estado brasileiro reconhecer a arbitragem como uma jurisdição privada de se dizer o direito, isto é, prestar a jurisdição.

**Direito Comparado:** Há tribunais na Espanha com 1000 anos de existência em que pessoas antigas se reúnem para resolverem conflitos de sua cidade, o conhecido tribunal de água de Valência.

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo, reconhecer, efetivar, proteger, situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo e criativo**

O juiz cria a norma que regula a situação concreta, esta é uma norma individualizada. O juiz, ao julgar, também constrói a partir daquele caso uma norma jurídica geral apta a resolver casos futuros semelhantes aquele. Em todas as decisões judiciais sempre existirão ao menos duas normas: a norma individual, que regula o caso concreto, e uma norma geral, construída a partir do caso concreto, para regular casos futuros semelhantes aquele.

Ex: Mariana vai a juízo e fala: juiz tenho 25 anos e somente pessoas com 30 anos podem fazer o concurso ‘X’, não há razão para o discrímen, queria participar estou sentindo discriminada, o juiz decide: Mariana vai fazer o concurso – norma individual ; qualquer outra concursanda, nesses moldes, poderá pedir ao juiz para que resolva seu caso utilizando a mesma norma que utilizou para Mariana (solução geral) – citação de julgado.

A jurisprudência é o entendimento geral consolidado aplicado a situações semelhantes. Está matéria é fundamental para que se entenda o sistema de precedentes no Brasil – veremos a frente.

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo, reconhecer, efetivar, proteger, situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo e criativo em decisão insuscetível de controle externo.**

A jurisdição só é controlada pela jurisdição, o legislador não pode controlar o ato jurisdicional, mas a atividade administrativa pode ser controlada jurisdicionalmente, o contrário não ocorre. Para o professor trata-se da grande marca da jurisdição.

**Poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo, reconhecer, efetivar, proteger, situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo e criativo em decisão insuscetível de controle externo e apta a tornar indiscutível pela coisa julgada.**

Trata-se de exclusividade da jurisdição, a coisa julgada é uma estabilidade típica da jurisdição, tornando imutável a decisão até mesmo para a própria jurisdição (judiciário).

Equivalente jurisdicionais.

São Formas não jurisdicionais de solução de conflitos. Equivalem a jurisdição, porque servem para resolver questões/ problemas, **mas não são jurisdição.**

Ex: Senado julgando o Presidente por crime de responsabilidade (jurisdição sendo exercida para quem não é do judiciário)

Existem quatro equivalentes jurisdicionais:

**• Autotutela.**

A solução do conflito é imposta por um dos conflitantes ao outro. A autotutela consiste em forma de solução egoística do conflito, em regra proibida caracterizando tipo penal ( fazer justiça com as próprias mãos), sendo admitida em alguns casos dando a possibilidade de um dos conflitantes submeter sua vontade a outro, v.g a guerra, direito de greve ,a legítima defesa , defesa da posse-desforço incontinente(possibilidade do possuidor reagir Imediatamente art.1210,cc). O poder público pode em alguns casos agir com sua própria forca, p.ex., quando reboca o carro estacionado em local proibido.

• Autocomposição.

A autocomposição é a solução altruísta do conflito. Consiste na forma em que ambos conflitantes resolvem o conflito. A solução é negociada, solução negocial do conflito. Ao contrario da autotuela é incentivada, estimulada

Obs : Sigla em inglês – ADR – Alternative disput resolution, meio alternativo de solução do conflito, a autocomposição é um dos ADR mais importante.

Se dá em duas maneiras:

Há autocomposição quando **as partes** transigirem, quando cada uma cede um pouco para resolver o problema, também há auto composição quando uma parte se submete ao desejo da outra. Podendo ser feita dentro e fora do juízo. A autocomposição extrajudicial sempre poderá ser levada à homologação pelo juiz (direito das partes) quando a autocomposição se transforma em um título executivo extrajudicial.

Autocomposição é sinônimo de conciliação (negócios jurídicos).

Caso o autor abrir mão do que pede ao réu fala-se que houve renúncia ao direito sobre o que se funda a ação, se é o réu que abre mão para o autor, fala-se que houve reconhecimento da procedência do pedido. Qualquer composição extrajudicial pode ser levada a homologação jurisdicional. Artigo 57 da lei dos juizados ; artigo 475 – N, V CPC.

Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

        Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4)

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; [(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4)

IV – a sentença arbitral; [(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4)

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; [(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4)

**• Mediação:**

Na medição, **um terceiro** intervém no problema para auxiliar os conflitantes, é uma auto composição coordenada por um mediador. A mediação é uma arte refinada que abrange a conciliação, pois faz parte do arsenal de técnicas de mediação, alguns autores fazem distinção, mas sem fundamentação técnica. A mediação é utilizada, em regra, nos casos em que as partes não tenham contato (não querem se falar), o mediador não é necessariamente advogado. **Vale ressaltar que o mediador não julga.**

Se mostra de grande validade nos casos de família e em casos internacionais. O mediador não deve fazer proposta de acordo, é preciso que ele estabeleça confiança para ambas as partes enriquecendo o debate para uma justa decisão.

Na mediação, o terceiro não decide nada, o terceiro só estimula, facilita obtenção da auto composição – como uma enzima que auxilia, catalisa, acelera as reações químicas.

Vejamos algumas regras: O mediador não pode usar vocabulário distinto das partes em composição; Devem ser feitas em mesas redondas, não deve usar roupas vangloriosas etc.

• **Solução de conflito por tribunal administrativo:**

O direito administrativo mudou muito ultimamente, uma dessas mudanças foi a proliferação de tribunais administrativos que resolvem conflitos por heterocomposição, v.g, tribunal de contas, tribunais de contribuintes, tribunal marítimo, CAD, agências reguladoras, **são equiparados as decisões jurisdicionais (não são definitivas)**, porém quando a parte não concorda com o posicionamento do tribunal administrativo, nada impede a discussão judicial do conflito.

*“As decisões dadas por tribunais administrativos podem ser controladas jurisdicionalmente, pois não fazem coisa julgada, por isso não são jurisdição. “*

Ponto isolado: Alguns livros apontam como um equivalente jurisdicional. Polêmica !

**• Arbitragem**

Na arbitragem, um terceiro escolhido pelas partes conflitantes decide o conflito. A arbitragem é portanto heterocomposição. As partes decidem que o seu problema não seja decidido pelo judiciário, consiste um direito de liberdade – voluntária - , por isso só é possível quando as partes são capazes e estão discutindo direitos disponíveis.

Não é possível pela natureza voluntária da arbitragem cláusula de convenção de arbitragem em contrato de adesão.

*“ o árbitro é juiz, e pela lei brasileira o árbitro é juiz de fato e de direito, podendo incorrer, inclusive, em crime de corrupção.”*

;

Paralelo – pergunta ao vivo:

Atividade judicial : qualquer tipo de atividade no processo , inclusive peritos, partes , fazem atividades judiciais ; atividade jurisdicional é o exercício do juiz.

.

Pessoas de direito público também podem compor a arbitragem. Há arbitragem envolvendo entes públicos, trata-se de tema da moda.

Arbitragem e Poder Público - ed. Saraiva.

**Características da arbitragem no Brasil:**

A arbitragem é opção, é produto de um negócio jurídico, não existe arbitragem compulsória, o fundamento da arbitragem é a autonomia privada - cláusula de arbitragem em contrato de adesão configura cláusula abusiva.

**Obs:** Isso não impede que exista arbitragem envolvendo a administração;

O que se discute e não há nada pacificado é arbitragem no âmbito da tutela coletiva.

No Brasil para ser árbitro basta ser capaz não é preciso formação jurídica nem curso próprio, em regra é feita por um colégio de árbitros. Cada parte escolhe seu árbitro e pede-se por exemplo que uma associação comercial chame um terceiro.

O árbitro decide em uma sentença arbitral (fundamentada/motivada/precedida de um devido processo arbitral-contraditório/prova). – processo que deverá ser findo em breve - 30 dias sob pena de não receber pagamento . Contra esta decisão só cabem embargos de declaração, que serão julgados pela própria convenção de arbitragem, após isso a sentença arbitral transita em julgado, isto é, sequer o judiciário pode rever a decisão arbitral, somente podendo executar a sentença arbitral (título executivo judicial), uma vez que o árbitro não pode executá-la

A lei atribui ao árbitro apenas a competência para julgar. O juiz também pode declarar nulo o ato (nulidade somente em casos de validade) caso tenha algum vício que contamine a validade (artigo 32 e 33 da lei de arbitragem 9307/96) da sentença arbitral, o qual deverá ser feito em 90 dias (seria como uma ação rescisória da sentença arbitral), depois disso um “abraço mouleke”. O que é isso senão jurisdição (Fredie Diddier) ?

Não é preciso a homologação da sentença arbitral, pois já consiste em título executivo judicial. Nada se impede de se convencionar duas instâncias na arbitragem para eventuais recursos, só que na prática isto não ocorre.

**Não existe homologação de sentença arbitral – O árbitro decidiu está decidido. – Equiparado a coisa julgada.**

O árbitro pode decidir com base em equidade, bem como pode ser decidido com base em direito estranho ao nosso(direito da Tansãnia).

“É um processo como outro qualquer (devido) só que é escolhido pelas partes a sua forma e seu julgador.”

Qual o papel do judiciário ? O judiciário executa a decisão arbitral.(execução de titulo judicial). O mérito da decisão arbitral é insuscetível de reexame do judiciário , mas este poderá anular (ação rescisória) a decisão arbitral em até 90 dias contados da intimação das partes após a sentença arbitral, v.g , não houve contraditório , mas jamais poderá rever a decisão.

Terceiro imparcial – maneira criativa – insuscetível de controle externo – Para Fredie Diddier a arbitragem consiste em jurisdição privada.

A pessoa tem o direito de optar por ir ou não ao judiciário, haveria inconstitucionalidade se a lei obrigasse a pessoa a se submeter a arbitragem, a nossa lei permite e não exige a arbitragem ou o jurisdição estatal. As pessoas capazes tem a opção de resolverem seu conflito definitivamente sem ir ao judiciário trata-se de liberdade, autonomia das vontade.

Por outro lado, Marinoni defende que a arbitragem no Brasil não é jurisdição, porquê o árbitro não pode executar as decisões, mas sim somente ratificar. Outros autores sustentam que só há jurisdição nos casos em que o Estado está presente sem maior aprofundamento.

Argumento contra: O juiz penal julga e quem executa é o juiz das execuções, consistindo em divisão de competência e não em falta de jurisdição.

A doutrina majoritária entende ser arbitragem jurisdição.

**Convenção de arbitragem**

A convenção de arbitragem é o negocio jurídico pactuado pelas partes, o que se pode anular é a convenção da arbitragem, v.g, direito indisponível, agora se for válida não há como revogá-la (*vennire contra factum proprium)*.

**Cláusula compromissória e o compromisso arbitral.**

*“ a Burocracia aumenta a corrupção, pois novas portas são abertas para se vender facilidades”*

Qual negocio jurídico que institui a arbitragem ?

**A convenção de arbitragem.**

A conversão de arbitragem se divide em duas espécies, sendo uma delas a cláusula compromissória que consiste em uma convenção de arbitragem estabelecida antes de o litígio acontecer, feito para hipóteses posteriores. Ocorre hoje principalmente em contratos sociais e grandes contratos. Prévia e abstrata.

Diz-se que é fechada/cheia quando ela já traz todos os elementos indispensáveis a constituição de arbitragem, sabe-se quem é o árbitro bem como as condições básicas da arbitragem, também pode ser aberta quando não traz maiores detalhes se limitando simplesmente a dizer que caso o problema ocorra este deverá ser resolvido por “A”, inclusive com base no direito da Namíbia, com base em equidade (sem lei, o mais justo).

*“ Arbitragem é linda, dizia o Baiano, o Estado não tem necessidade de intervir em tudo”*

Caso uma das partes não cumpra seu papel, a via correta seria a execução de fazer para impor a declaração de vontade a parte omissa, por outro lado ambas aceitando ir ao judiciário fica revogada tacitamente a convenção arbitral, porém caso uma das partes alegue a convenção de arbitragem, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

**O compromisso arbitral**

É uma convenção de arbitragem a que se refere a um litígio já existente, as partes chegam a um consenso após a existência do litígio-problema por isso **sempre será cheio.**

O compromisso arbitral pode ser uma forma de se concretizar uma cláusula compromissória aberta, mas também é possível que se faça compromisso arbitral sem que antes tenha sido estabelecido uma clausula compromissória.

Ex: em uma colisão de carro traseira, fulano “A” propõe a “B” para que se nomeie um arbitro para o novo problema, “B” aceita. Assim escrevem em um papel: Fica constituído “X” para ser árbitro deste litígio – assinam. – Compromisso arbitral.

A existência de uma **cláusula compromissória** é um fato que o juiz pode conhecer de ofício, ou seja, o fato de existir a cláusula anterior vincula as partes ao árbitro e não ao judiciário, porém o juiz não pode conhecer de ofício o compromisso arbitral. § 4º, art.301, CPC.

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

4o Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo

Dica: LC [95](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm) – lei sobre as leis.

**V. Princípios da jurisdição**

**Princípio da investidura**

A jurisdição deve ser exercida por quem tenha sido investido devidamente na função jurisdicional. Investe-se alguém pela mais variadas formas(lícitas) não apenas por concurso, p.ex., convenção de arbitragem, nomeação de Ministros do STF.

**Princípio da inevitabilidade da jurisdição**

Não há como escapar da jurisdição, a jurisdição é inevitável, eu não posso dizer que não aceito a sentença, que não estou sobre a determinada jurisdição.

**Princípio da indelegabilidade**

A jurisdição é indelegável. O exercício da função jurisdicional não pode ser delegada à outra pessoa. Somente o poder decisório é indelegável.

Basicamente, o juiz tem os seguintes poderes: o (a) **poder ordinatório** que é o poder de praticar atos para que o processo ande, ou seja, o poder de impulsionar o processo, este podendo ser delegado ao servidor e está previsto no § 4 , 162 , CPC e inciso XIV, do art. 93 da constituição federal. O (b)**poder instrutório** é o poder de instruir o processo, ou seja, de produzir provas, os tribunais podem delegar poderes instrutórios a juízes de primeira instância.

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1o Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. [(Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art1)

§ 2o Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3o São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4o Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. [(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/L8952.htm#art162%C2%A74)

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; [(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)](file:///Users/FEHJA_MAC/Desktop/FEHJA/FEHJA%20FORMAT/LEGISLACAO/Emendas/Emc/emc45.htm#art93)

Os tribunais podem delegar aos juízes de primeira instância o poder instrutório como nos caso da ação do mensalão – O processo corre no STF e o supremo deu aos juízes federais a função de colher depoimentos e instruir o processo.

O (c)**poder decisório**, que é o poder de decidir, não é passível de delegação a outro órgão. Há por fim o (d) **poder executivo** que consiste no poder que o juiz tem de fazer cumprir, executar as suas decisões, que também pode ser delegado, v.g, os tribunais podem delegar o seu poder executivo aos juízes de primeira instância. Todo tribunal pode delegar a prática de atos executivos à outras instâncias inferiores.

**Princípio da territorialidade**

A jurisdição deve ser exercida sobre um limite territorial, ou seja, sobre um território.

Ex: STF – todo território nacional – TJ – Sobre seu estado – Juiz – Sua comarca.

A palavra foro significa exatamente esta delimitação territorial dentro da qual é exercida a jurisdição. Na justiça estadual a divisão territorial é chamado de comarca (cidade), as comarcas também podem ser dividas em distritos, ambos consistem na unidade de divisão da justiça estadual, já na justiça federal são subdividas em seções judiciárias tendo relação com o estado e as sub-seções, com as são cidades.

Art.107 , CPC ; Art.190 ; Art.230.

Obs.: Sempre haverá um lugar onde a decisão deva ser proferida.

Pouco importando aonde a decisão seja proferida, a decisão sempre vai produzir efeitos em todo território nacional.

**Princípio da inafastabilidade da jurisdição.**

Um dos mais importantes princípio do processo. A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito está garantido no art.5 , XXXV. É o princípio que garante o direito de ação, o direito de levar aos tribunais qualquer problema para apreciação pela jurisdição. Não há direito que não possa ser tutelado pela justiça, a jurisdição tutela qualquer tipo de conflito, v.g, na época da ditadura os atos institucionais proibiam a discussão dos atos institucionais pelo poder judiciário.

**Justiça desportiva – Defensoria ORAL**

Consiste em justiça administrativa, cada esporte no Brasil que tenha a sua federação tem a sua justiça, v.g, justiça desportiva do remo – Justiça desportiva da peteca. O problema é que na constituição no art.217 diz que as questões desportivas só podem ser levadas ao judiciário após esgotarem as vias desportivas, ou seja, vias administrativas. Existem varias leis infraconstitucionais que afirmam que só será possível a discussão no judiciário após esgotada as vias administrativas, estas leis devem ser interpretadas juntas à Constituição, nestes casos só seria possível ir ao judiciário se ficar demonstrada que a espera da justiça administrativa poderá causar lesão ou inviabilização do direito afirmado. Ex: Lei do Habeas data – Oral Defensoria Pública - MG.

[ADIN – 2139](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2139&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M) – [ADIN 2160.](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2160&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)

A constituição passou a prever a tutela preventiva quando diz que o sujeito pode ir ao judiciário para se evitar uma ameaça de direito.

A constituição em alguns casos deu poder jurisdicional ao senado quando diz que cabe ao senado julgar os crimes de responsabilidade do presidente da república, nesta sessão, quem preside a seção é o presidente do Supremo, a questão não foi excluída pela jurisdição e sim o constituinte deu uma parcela de jurisdição ao senado.