

**AULAS DE  
TEORIA GERAL DO PROCESSO**

MEYRE ELIZABÉTH CARVALHO SANTANA

Goiânia – 1/2018

## APRESENTAÇÃO

Este material não tem a pretensão de ser o que não é: um tratado ou um curso de direito processual. Nesta seara, multiplicam-se obras à disposição dos leitores jurídicos, muitas delas assinadas por autores de imensurável saber jurídico, que eu jamais ousaria, sequer, imitar. É um livro para estudantes de direito que se encontram na fase de iniciação dos estudos processuais, que foi concebido na inquietação dos alunos, ao serem introduzidos no magnífico mundo do direito processual, gestado durante as aulas de Teoria Geral de Processo, vindo à luz num momento particular da educação nacional, em que muitas críticas são lançadas ao ensino jurídico.

Para se compreender o estágio atual em que se encontra a educação brasileira, em geral, é necessário uma breve resenha histórica. Até bem pouco tempo atrás, o ensino superior, em regra, era acessível a uma pequena parcela da população brasileira, justamente porque o número de vagas nas universidades mantidas pelo poder público - que já era mínimo - não vinha sendo aumentado nas mesmas proporções que crescia a população em idade de ingressar no ensino superior, que é de 18 a 28 anos. Para se ter uma idéia do déficit de vagas no ensino universitário público, registra-se que, em 1990, foram admitidos 407.148 alunos em universidades brasileiras, sendo 14,1% em instituições de ensino superior federais, 10,9% em IES estaduais, 5,9% em IES municipais e 69% em IES particulares. Por detrás deste reduzido número de vagas nas universidades públicas escondia-se - e ainda se esconde - uma relevante justificativa política: é que, como a educação formal é instrumento de dominação, não havia interesse, por parte dos detentores do poder político, na ampliação do contingente de pessoas formalmente educadas, pois a ausência de instrução era - e ainda é - a forma mais simples e barata de perpetuação nos centros de poder.

Coube ao Presidente Fernando Henrique Cardoso mudar este perfil, iniciando a era que passou a ser conhecida como a da democratização do acesso ao ensino superior. A proposta de acesso amplo e indistinto de todos à educação formal integral - e não só às primeiras e elementares lições, ministradas no ensino fundamental - é simples e emerge dos pios fundamentais proclamados, publicamente, desde 1948, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e foram reafirmados na Constituição Brasileira de 1988, como componente atual do direito à dignidade da pessoa humana e à igualdade. Entretanto, de balde a clareza da ideia central, ingrediente inafastável dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ela enfrenta, em pleno século XXI, severas resistências, no Brasil. Ainda hoje, vozes respeitadas pugnam pelo fechamento de escolas e criação de novos e grandes presídios; apoiam a alocação de alunos em galpões, sem estrutura física adequada, enquanto trabalham em palácios. Brasília é, hoje, a Versailles do passado, onde viveu Maria Antonieta até quando foi à degola porque, ingenuamente, não sabia que os súditos passavam fome, e mandou que se fartassem de brioques, quando não tinham, sequer, o pão de cada dia.

O ensino superior não está isolado, no sistema educacional; ele é o funil que recepciona os egressos do ensino fundamental e médio, com suas peculiares dificuldades. E o ensino jurídico, por sua vez, está inserido no ensino superior, nesta era de acesso democrático de tantos quantos queiram continuar sua educação formal, iniciada no ensino fundamental e que não termina com a graduação, alcançando as pós-graduações, lato e *stricto sensu* - as especializações, os mestrados e doutorados.

O fato inconteste é que, quanto mais se educa, quantitativa e qualitativamente, menos se faz necessário reprimir abusos de direito. A educação traz benefícios individuais, sociais e econômicos, além de reduzir, a longo prazo, o custo do Estado. Por isto e por muito mais, escolas devem ser sempre bem-vindas, e os alunos de direito precisam se posicionar sobre esta

resistência à democratização da educação, pois é a partir deste debate que se contrói ou se destrói um sistema social coeso e justo.

A transformação na educação brasileira teve início a partir de 20 de dezembro de 1996, com a promulgação da Lei Complementar n. 9.394 - a chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - que definiu o que é educação (art. 1º), assinalou os seus princípios fundamentais (art. 3º e 4º), fixou a responsabilidade educacional do Estado e realçou o direito à educação (art. 4º a 6º), e, reconhecendo a escassês de recursos públicos direcionados à educação, suficientes ao cumprimento das metas educaionais, delegou à iniciativa privada o serviço público de ensino (art. 7º), mantendo-se na organização e coordenação da política nacional de educação. Agora, fala-se em mercantilização do ensino, como se fosse possível à nação ascender, nas estatísticas educacionais, sem a significativa participação da iniciativa privada.

Todavia, a LDB não relegou o ensino à iniciativa privada, vez que se manteve nas tarefas de implementar políticas educacionais e controlar a atividade, por meio de avaliações várias; no tocante ao ensino superior, redefinido no art. 43, da LDB, tal responsabilidade está a cargo do Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior. Por força legal (art. 87, LDB), o período de 1997 a 2007 foi consagrado como sendo a Década da Educação. Nos três anos seguintes, o que se viu, de concreto, foi a ampliação do acesso ao ensino superior, e isto se deve, em grande parte, à delegação da obrigação estatal de educar à iniciativa privada. A aferição da qualidade do ensino – do fundamental ao superior, público e privado – é tarefa da União, mais especificamente, do Ministério de Educação e Cultura, através de seus vários órgãos. Que cada qual se desincumba do que lhe compete!

No que pertine ao ensino jurídico não foi diferente: em 1988, a Constituição Federal erigiu a educação a direito fundamental (art. 6º e 205 a 214, CF); em 1996, a LDB traçou novos paradigmas para a educação nacional e determinou a implementação continuada de políticas públicas para ampliar a educação e estendê-la a um maior número de pessoas. Logicamente, a meta do estado brasileiro está sendo concretizada, na medida em que vem alcançando tantos quantos aspiram graduar-se num curso que, quando menos, fornece ao egresso uma real dimensão de cidadania, possibilitando uma maior inserção social. Só isto já é o bastante para se prestigiar os cursos jurídicos – e não combatê-los.

Todavia, a democratização do acesso ao ensino superior trouxe a sensação de que concluir um curso superior - de graduação ou de pós-graduação – é tarefa por demais fácil, e, em decorrência desta equivocada idéia, assiste-se à minimização do esforço desenvolvido na tarefa de aprender – não na de ensinar. Prova disto é que os alunos que não aprendem o mínimo necessário, durante a graduação, ao concluí-la, saem à caça dos “cursinhos”, buscando ser assistidos, ali, também, por quem os possa ensinar: os professores.

Neste contexto, este modesto trabalho tem a finalidade de convocar os alunos ao estudo jurídico, em geral, e do direito processual, em especial, certos de que, sem a teoria, nenhuma prática poderá ser exitosa.

Um abraço e bons estudos!

Profa. Meyre Elizabéth Carvalho

*Nada mais prático que uma teoria,  
nem nada mais teórico que uma prática.*

## LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível  
Ac. – Acórdão  
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Ag.Ins. – Agravo de Instrumento  
Ag.Int. – Agravo Interno  
Ag.Rg. – Agravo Regimental  
Ap.- Apelação  
art. - Artigo  
c/c – combinado com  
CC – Código Civil (Lei n. 10.406/02)  
CCom. – Código Comercial (Lei n. 556, de 25-6-1850)  
CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)  
CF – Constituição da República Federativa do Brasil  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.Lei n. 5.452/43)  
CNJ – Conselho Nacional de Justiça  
CP – Código Penal (Dec.Lei n. 3.914/41)  
CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015, que revogou a Lei n. 5.869/73)  
CPP – Código de Processo Penal (Dec.-Lei n. 3.931/41)  
CTN – Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66)  
Des. – Desembargador  
Des.F. – Desembargador Federal  
Des.F.T – Desembargador Federal do Trabalho  
DJU – Diário da Justiça da União  
DOU – Diário Oficial da União  
EC – Emenda à Constituição  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)  
EDcl. – Embargos Declaratórios  
EOAB – Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94)  
FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço  
HC – Habeas Corpus  
IES – Instituição de Ensino Superior  
j. – julgamento  
LC – Lei Complementar  
LCP – Lei das Contravenções Penais (Dec.-Lei n. 3.688/41)  
LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96)  
LEP– Lei das Execuções Penais (Lei n. 7.210/64)  
LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Dec.Lei n. 4.657/42, com as alterações da Lei n. 12.376/2010)  
LRF - Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/05)  
LRP – Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73)  
MI – Mandado de Injunção  
Min. - Ministro  
MP – Ministério Público  
MS – Mandado de Segurança  
nCPC – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.3.2015) que revogou a Lei n. 5.869/73

Rec. - Recurso  
Rel. – Relator  
REsp. - Recurso Especial  
REx. – Recurso Extraordinário  
RHC – Recurso em *Habeas Corpus*  
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça  
RMS – Recurso em Mandado de Segurança  
RO – Recurso Ordinário  
RT – Revista dos Tribunais  
RTJ – Revista Trimesntral de Jurisprudência  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
STM – Superior Tribunal Militar  
Súm. – Súmula  
Súm.V. – Súmula Vinculante  
TGP – Teoria Geral do Processo  
TJ – Tribunal de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal  
TRT – Tribunal Regional do Trabalho  
TSE – Tribunal Superior Eleitoral  
TST – Tribunal Superior do Trabalho

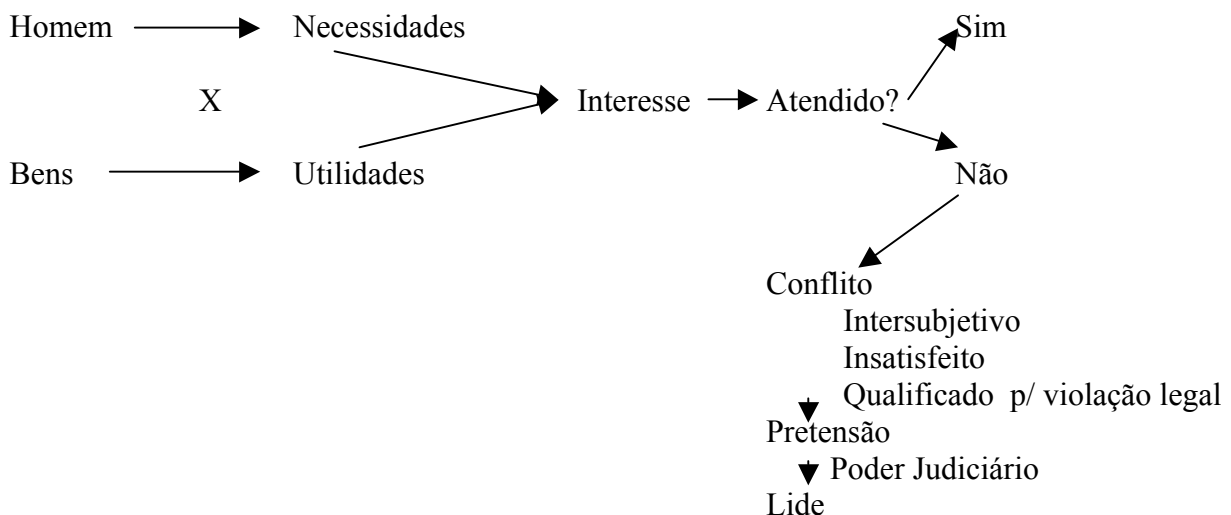
# ÍNDICE

## NOÇÕES PRELIMINARES

*Ler, ler, ler;  
Escrever, escrever, escrever.  
Não há truques; não existem mágicas  
Na construção do SABER.*

### CONCEITOS INDISPENSÁVEIS À COMPREENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL

No convívio social temos, de um lado, o homem com suas necessidades e, de outro, os bens, com suas utilidades, despertando o interesse humano, que, se não for atendido, gera o conflito. Este, quando for intersubjetivo, resistido e qualificado pela violação legal, faz nascer, no lesionado, a pretensão, que, se for apresentada ao Poder Judiciário, transformar-se-á em lide, determinando o surgimento do processo.



A **necessidade** é uma lei natural do ser humano que procede do instinto, cuja sanção natural é o prazer - pela satisfação, ou a dor - pela insatisfação, que é satisfeita pelos bens da vida.

**Bem** é tudo o que é apto a satisfazer uma necessidade. Pode ser **material** (Ex.: água, vestuário, transporte), ou **imaterial** (Ex.: honra, amor, paz, liberdade).

A **utilidade** é a capacidade ou aptidão do bem para satisfazer necessidades. *O pão, por exemplo, tem utilidade, mas não desperta o interesse de quem não tem fome, pois não há necessidade.* Necessidade e utilidade despertam – aquela em maior grau que esta - o interesse pelo gozo dos bens da vida.



O **interesse** é o juízo<sup>1</sup> formado por alguém acerca de uma necessidade, ou da utilidade, ou sobre o valor de um bem, enquanto meio de satisfação de uma necessidade. Se examinarmos o interesse sob o aspecto temporal, ele pode ser **imediató** (Ex.: *possuir o alimento para se saciar*) e **mediato** (Ex.: *possuir o dinheiro para adquirir o alimento*); quando o examinamos sob o ponto de vista do sujeito, temos o interesse **individual** (*quando o bem interessa a uma pessoa*); ou **coletivo** (*quando interessa a um grupo social ou à coletividade*). Observe-se que nem todo interesse<sup>2</sup> representa direito; só os interesses reconhecidos pelo legislador, isto é, os juridicamente tutelados.

O **conflito**<sup>3</sup> decorre da disputa pelos interesses. Como os bens são limitados e as necessidades, ilimitadas, surge o conflito, que ocorre entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui ou limita a situação favorável à satisfação de outra necessidade.

Quanto aos sujeitos, o conflito pode ser **subjetivo**<sup>4</sup> - aquele estabelecido da pessoa consigo mesma - e que não interessa ao direito - e **intersubjetivo** - o estabelecido entre pessoas diversas. O conflito que interessa ao direito é o intersubjetivo.

Quanto à qualificação, o conflito pode ser comum ou geral, qual seja a mera insatisfação do sujeito, sem que tal importe violação legal, ou jurídico, qual seja aquele qualificado pela violação legal, ou seja, a insatisfação do indivíduo encontra amparo na legislação. O conflito que interessa ao direito é, tão somente, aquele qualificado pela violação da lei, ou seja, quando decorrer de uma ação contrária à norma legal.

A **pretensão** é o modo de ser do direito subjetivo. Quando o conflito dá lugar a uma atitude de vontade de um dos sujeitos, concretizada na exigência de subordinação do interesse de outrem ao interesse próprio, tem-se a pretensão. Pretensão, entretanto, não é direito, mas a vontade do sujeito de que seja seu direito, ou seja, *o direito sob o olhar do autor*. Pretensão é, pois, aparência de direito, sob o ponto de vista de quem se diz lesado.

A **lide** é o modo de ser do conflito; é uma palavra técnica com significado específico de conflito processualizado, ou seja, conflito submetido à tutela do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> **Juízo**: aqui, utilizado no sentido de opinião, conceito. Sentido diverso do de Juízo, lugar onde o juiz exerce suas funções. Há juízos de primeira instância, onde, via de regra, inicia-se o processo; de segunda instância, para o qual se recorre da decisão de juízo inferior; o primeiro é chamado de inferior instância ou *a quo* e o segundo de superior instância ou *ad quem*.

<sup>2</sup> Utiliza-se, indevidamente, as palavras interesse e direito com igual significado, por ex., quando a CF diz que são funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros **interesses difusos e coletivos**” ou “defender judicialmente os direitos e **interesses** das populações indígenas (inc. III e V do art. 129).

<sup>3</sup> **Conflito**: luta, briga, contenda; em direito, significa divergência de vontades.

<sup>4</sup> **Subjetivo**: Relativo a sujeito; existente no sujeito; passado exclusivamente no espírito de uma pessoa.

## INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO PROCESSO

Para se estudar a Teoria Geral do Processo é necessário, previamente, assimilar a correlação que há entre sociedade e direito, este compreendido como o sistema jurídico de uma nação, em determinada época e lugar.

### 1.1.1 SOCIEDADE E DIREITO

O homem, historicamente, vive em sociedade e, a partir da vivência social e para viabilizar a coexistência harmônica, constrói o seu próprio sistema social, ou, simplesmente, nele se insere.

**Sistema social** é, pois, o conjunto de valores morais que orientam um grupo social, em determinada época, conforme a conjuntura local. O homem interage com o sistema social, construindo-o e o desconstruindo, conforme a conveniência do grupo. Outrossim, o sistema social impõe regras morais de comportamento, estabelecidas na conformidade da escala de valores do grupo social, mas não possui um mecanismo capaz de impor a conduta pre-estabelecida mediante sanção outra que não a reprimenda moral para o caso descumprimento das regras-padrão de comportamento. Daí porque o sistema social interfere na vida do indivíduo tanto quanto ele deseja ver-se inserido e bem recepcionado no contexto social em que vive. Como se disse, a máxima sanção que o sistema social consegue impor ao elemento recalcitrante é sua extirpação do grupo – nada mais!.

Já o **sistema jurídico** é o conjunto de normas jurídicas em vigor, criadas pelo Estado, através do Poder Legislativo, cuja função é direcionar a vida de seu corpo social, e, também, tratar os conflitos sociais, quando estes ocorrem.

Criação do homem que é, o sistema jurídico é um subsistema do sistema social. Por isto que **toda norma jurídica é social**, mas **nem toda norma social é jurídica**.

O sistema jurídico é produto humano, e, por isto mesmo, sofre interferência do sistema social, que, ao mesmo tempo, também influencia o sistema jurídico.

O parâmetro de influência do sistema social no sistema jurídico é medido pelo grau de politização do corpo social, de forma que quanto mais politizado é um grupo social, maior influência terá na formação, modificação e manutenção do sistema jurídico, ao passo que quanto menos politizado for, menos influência exercerá na produção normativa. Disto decorre que **o sistema jurídico produzido sob maior influência social é melhor recepcionado** e, consequentemente, **a desobediência é menos recorrente**, o que reduz a incidência do direito processual. Quando o senso comum coincide com a norma jurídica, são raras as situações de

violação legal, mas, quando o senso comum aponta para um rumo e o direito positivo, para outro, é alarmante o grau de desobediência à norma jurídica, o que pode levar a duas consequências: a insatisfação dos membros da sociedade, expressa na inobservância das regras de conduta – desobediência ou simulação - ou uma enorme procura do Poder Judiciário para que o direito violado seja restaurado.

Como se vê, quanto menor for a interferência da sociedade na produção do sistema jurídico, menor será sua eficácia social, e, conseqüentemente, maior o índice de descumprimento das normas de conduta, o que acarreta uma maior e mais recorrente utilização do direito processual.

Quando a sociedade está satisfeita com as normas de conduta estabelecidas pelo Estado, há pouca ou nenhuma violação do direito material, pois a observância legal não representa um esforço, mas, ao contrário, é um prazer, o que minimiza a utilização do Direito Processual; ao contrário, se os membros do corpo social relutam em cumprir as normas de direito material, muito mais pessoas utilizarão o Direito Processual, e o farão com maior freqüência, fazendo com que este ramo do direito ganhe maior importância.

Em síntese, a densidade de conflitos sociais é diretamente proporcional à utilização do Direito Processual e à sua importância, no contexto social.

Diante disto, resta empreender a discussão sobre saber se o sistema jurídico brasileiro é um **sistema fechado**, não aberto à participação social na produção legislativa, auto-regulado; um **sistema aberto**, hetero-regulado; ou um **sistema de relativa autonomia**.

Examinando a relação que há entre direito e sociedade, parece acertada a conclusão de que o sistema jurídico brasileiro recepiona, em maior ou menor grau – dependendo das forças políticas que compõem o espaço de poder - as aspirações sociais e as traduz em sua linguagem própria, utilizando a sua própria lógica – a lógica jurídica.

### 1.1.2 FUNÇÕES DO DIREITO

A pal função do direito<sup>5</sup> – e também a que mais sobressai - é fixar as regras de conduta social, ordenando a vida em sociedade. Entretanto, apesar de ser desejável e esperado que todos

---

<sup>5</sup> Direito (no latim clássico, *Jus*; no latim vulgar, *Directum* – donde se originaram as expressões neolatinas: *Diritto*, em italiano; *Derecho*, em espanhol; *Droit*, em francês e *Direito*, em português) é a junção de “de + rectum”, significando a linha reta, a retidão moral e jurídica; a reta posta na conduta humana como parâmetro. Nas linguas germânicas, desprezou-se a preposição “de” e temos *Right*, em inglês, e *Recht*, em alemão, sempre significando o que é certo. Conceituar direito é uma tarefa árdua, que foge dos limites deste trabalho; ver, dentre outros, SANTANA, Meyre E.C., “Só uma análise a mais do conceito de direito”. Direito tanto se refere à ciência jurídica quanto ao chamado direito objetivo, i.e., o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado país. Enquanto ciência, diz-se que o direito é um ramo das ciências sociais que analisa, interpreta e sistematiza o sistema jurídico de determinada nação, inclusive, comparando-o com outros sistemas jurídicos existentes.

os componentes do corpo social cumpram as regras pré-estabelecidas, não se pode olvidar que, não raro, integrantes do grupo fogem do controle social, deixando de obedecer ao modelo padronizado, rompendo o sistema E, como a norma jurídica possui uma sanção para o caso de descumprimento, é necessário aplicá-la àquele que a violou.

Destarte, é necessário que o Estado possua, além das normas de conduta, mecanismos legais outros aptos a fazer com que as coisas sejam recolocadas em seu devido lugar, impondo ao violador do sistema o dever de restaurar a lesão causada a outrém.

Faz-se mister, pois, que existam dois sistemas jurídicos distintos, embora complementares: um, cuja função é a fixação e direção de condutas humanas, denominado **direito material** ou **direito substancial**, e outro, cuja função é processualizar os conflitos e fazer a restauração do direito material lesado, conforme dispuser a norma, denominado **direito processual**.

O Direito Material é o ramo do direito que estabelece os “modelos” sociais, impondo, à sociedade, mediante sanção, a aceitação dos padrões traçados pela norma; representa a chamada ordem jurídica e atua anteriormente ao conflito e independentemente dele, direcionando-se a toda a sociedade, indistintamente. O Direito Material – também chamado de direito substancial, por cuidar da substância, da essência – é o ramo do direito que estabelece a substância, a matéria da norma. Como exemplo, temos as normas de Direito Constitucional, Civil, Penal, Administrativo, Tributário, Trabalhista etc., que regulam as condutas sociais e as relativas a bens e utilidades da vida.

Ao Direito Processual incumbe a função de **tratamento dos conflitos sociais** oriundos do descumprimento das normas de **direito material**.

É compreensível e aceitável que conflitos são decorrência natural da diversidade humana, sendo inseparáveis da vida social. No convívio social, sempre existiu e sempre existirá conflitos; alguns, são solvidos, extrajudicialmente; outros, transformam-se em litígios. Tecnicamente, diz-se que o litígio nasce quando o lesado processualiza os conflitos, procurando solucioná-los com o auxílio do Poder Judiciário, formulando uma lide, fazendo, assim, atuar o **direito processual**.

Conflito e litígio não são expressões sinônimas. Conflito é a divergência de vontades, sendo que só interessa ao estudo jurídico o conflito que decorre de violação legal. Mas nem todo conflito, mesmo que assim esteja qualificado, transforma-se em litígio: apenas aquele que for processualizado, perante os órgãos do Poder Judiciário. E não se pode dizer que, quando processualizado, o conflito transforma-se em litígio, por inteiro, pois o sujeito pode optar por levar ao juízo competente apenas parte de seu conflito, tal como sucede, por exemplo, quando

uma pessoa, que é vitimada em um acidente de trânsito, vindo a perder um braço e seu automóvel, resolve pleitear, em juízo, tão somente a reparação devida pelos danos do veículo. Outrossim, o mesmo conflito pode dar ensejo a duas ou mais lides, como é o caso da pessoa que é caluniada e, em razão da calúnia, sofre dano moral, podendo propor a ação penal e, também, a ação cível, ou, se desejar, propõe apenas uma delas, ou nenhuma. No primeiro caso, todo o conflito foi processualizado, transformando-se em lide; no segundo, apenas parte dele, e, no terceiro, não houve litígio, embora tenha havido conflito.

Nota-se, no Direito Processual, a presença das seguintes características: (a) estabelece as regras para se administrar os conflitos; (b) estabelece o comportamento dos sujeitos processuais: partes e seus advogados; juiz e seus auxiliares (escrivão, perito, intérprete, depositário, testemunhas); ministério público, na processualização dos litígios; (c) atua posteriormente à ocorrência do conflito; (d) direciona-se aos sujeitos envolvidos em conflitos - ofensores e ofendidos – e aos responsáveis pelo respectivo tratamento; e, (e) atua – ou, pelo menos, deve atuar - como instrumento estatal de pacificação social.

Atribui-se ao Direito Processual o mérito de ser instrumento de pacificação social, mas, em verdade, nem sempre o é, sendo, em algumas situações, peça de agravamento de conflitos. Veja-se o caso de uma pessoa que teve um par de tênis furtado – peça irrelevante em seu armário – e, ainda assim, o Estado processa o autor do fato, condena-o e o mantém preso por alguns anos, às custas do Estado – ou melhor, da sociedade, aí incluída a vítima. Nesta situação, a vítima - a pessoa que teve seu calçado subtraído - além de não tê-lo restituído, terá que contribuir, prestando informações ao órgão processante e, também, por meio do pagamento de tributos, para que o Estado custeie as despesas com a condenação e o cumprimento da pena. Vê-se, então, que, às vezes, o direito reitera e até agrava os conflitos sociais.

Se é assim, o Estado deve disponibilizar à sociedade outros modos de tratamento de conflitos sociais, que não a tão só utilização do Poder Judiciário, através do direito processual.

### **1.1.3 MODOS DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS SOCIAIS**

Os conflitos sociais são inerentes a toda sociedade e decorrem da diversidade própria da natureza humana. Por isso, mesmo sem analisar as causas - filosóficas, sociológicas e jurídicas – que determinam o surgimento dos conflitos sociais – o que se revela incompatível com os estreitos limites deste trabalho - interessa-nos examinar, tão somente, os diversos modos de solução dos mesmos, pois um dos fins do direito é manter a ordem social. E, em o fazendo, cabe esclarecer que pensamos que o exame em questão não é sobre os modos de *solução* de conflitos, mas, tão somente, sobre os diferentes meios de *tratamento* dos mesmos, convictos que estamos

de que a utilização de qualquer um deles não significa, exatamente, que o conflito deixará de existir, nem que será solucionado, traduzindo, apenas, que receberá o tratamento adequado e disponível no ordenamento jurídico. Com isto, justificamos a utilização da expressão “tratamento de conflitos”, que não coincide com parte dos estudiosos do tema.

### 1.2.3.1 Evolução histórica dos modos de tratamento de conflitos

A análise de relatos históricos revela que os modos de tratamento de conflitos sociais vão se alterando, ao longo dos tempos, acompanhando, é claro, a evolução social. E como a sociedade evoluiu de forma diversa, encontramos, em todo e qualquer período histórico sob análise, formas diversas de se solucionar conflitos, que variam de acordo com a época e a localidade. A pena de morte, por exemplo, já foi modo usual de solução de conflitos, mas, atualmente, só o é em algumas sociedades, estando presente na legislação de alguns países e não em outros; sendo permitida em alguns estados norte-americanos, mas não em outros.

Todavia, importa consignar que não há, efetivamente, uma progressão histórica linear dos critérios que a sociedade vai elegendo para tratar, ou mesmo resolver, os seus conflitos, não sendo possível, sequer, identificar com precisão o momento exato da passagem da justiça privada para a pública.

Tomando por objeto de análise o Brasil, constatamos que há, atualmente, predominância da justiça pública, mas existem alguns modos de solução extrajudicial das contendas intersubjetivas, com tendência de ampliação dos mecanismos atualmente existentes, quer seja em razão do baixo desempenho do Poder Judiciário, quer seja pela insatisfação social em razão da demora ou com o resultado das demandas jurídicas.

Historicamente, os estudiosos dos modos de solução de conflitos identificam e demarcam cinco fases, coincidentes com os estágios evolutivos da sociedade. Na primeira, os conflitos sociais eram dirimidos através da autodefesa (equivalente da autotutela)<sup>6</sup>, que é a forma mais remota, primitiva e bárbara de se resolver os conflitos e que consiste no sacrifício do interesse alheio ao próprio, sendo um só beneficiado. Na segunda fase, detecta-se a autocomposição<sup>7</sup>, uma forma evoluída de solução de conflitos que ocorre graças ao sacrifício mútuo dos interessados, ou apenas de um, mas onde ambos são beneficiados. Na terceira fase, identifica-se o surgimento da arbitragem voluntária como sendo uma forma ainda mais evoluída de solução de conflitos,

---

<sup>6</sup> **Autodefesa** é a defesa pelo próprio lesado (titular do direito) ou por terceiro, com a finalidade de evitar violação iminente a direito, quando a norma jurídica assim o permite; preferimos a utilização da expressão autotutela como sinônimo de autodefesa, tomando o termo “tutela” com o significado de proteção, no mesmo sentido com que é empregado em “tutela jurisdicional”, que identifica a proteção conferida pela lei ao lesado através do Poder Judiciário, quando se exercita o direito de ação.

<sup>7</sup> **Autocomposição** é a modalidade de tratamento de conflitos em que prevalece a vontade das partes sobre a sujeição de uma à vontade de outra, ou de ambas à vontade de um terceiro.

que ocorre com a participação de um terceiro, alheio ao conflito, auxiliando e impondo a solução. A arbitragem ganhou importância porque, como nem sempre as partes envolvidas em conflitos estão dispostas a solucioná-lo, passou-se a confiar a terceiros – outrora, preferentemente, aos sacerdotes e/ou anciãos e, atualmente, aos árbitros - a solução de conflitos, permanecendo, ainda, as fases anteriores. Na quarta fase, encontramos a arbitragem obrigatória, cuja única diferença da forma anterior é o fato de ser compulsória, e não facultativa. Com o surgimento da legislação, a arbitragem passou a ser compulsória, vez que se eliminou a possibilidade de autotutela, salvo raras exceções. Quando havia um conflito social a ser dirimido, o magistrado nomeava um árbitro, na fase do *iudicio*. Na quinta e derradeira fase, deparamo-nos com a jurisdição<sup>8</sup>, que identifica, em termos jurídicos, a dicção do direito pelo Estado. Sucedeu que, com a criação do estado moderno, concebido de forma tripartite, atribuiu-se a um dos três poderes – o judiciário - a função específica de solucionar os conflitos sociais, e a atividade de dicção do direito passou a ser monopólio estatal, situação que assim permanece, até atualmente.

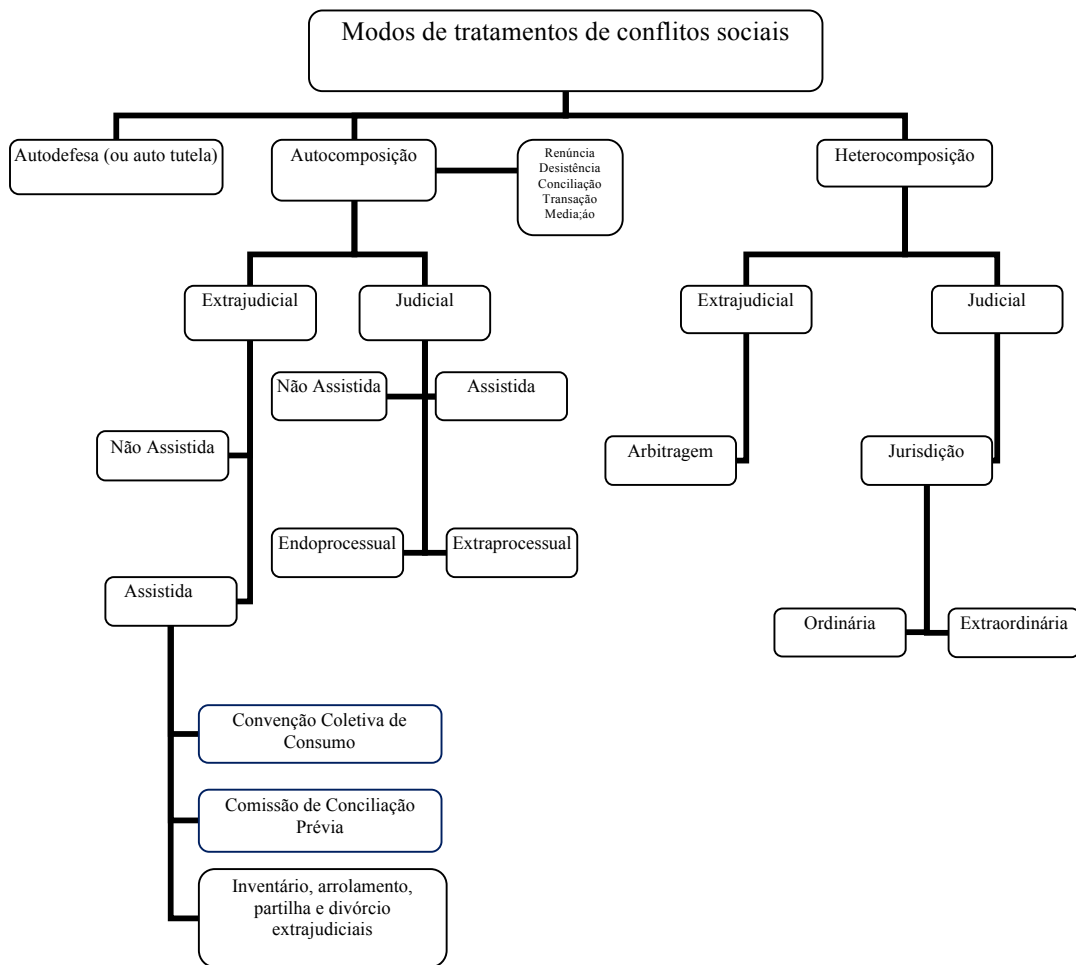
A jurisdição é, pois, a forma mais recente e civilizada de solução dos conflitos. No Brasil, a jurisdição divide-se em ordinária e extraordinária, conforme seja exercida pelo Poder Judiciário ou pelos outros poderes estatais – o legislativo ou o executivo. A regra é que os conflitos intersubjetivos sejam resolvidos pelo Poder Judiciário, e, em tais situações, ocorre a jurisdição ordinária. Todavia, há situações devidamente identificadas na CF, em que a mesma atividade de dicção de direito é feita pelo Poder Legislativo<sup>9</sup>, tal como sucede com o julgamento de altas autoridades pelo cometimento de crime de responsabilidade, ou pelo Poder Executivo, o que ocorre nos julgamentos administrativos; nesses casos, diz-se que a jurisdição é extraordinária.

Todavia, apesar da predominância da jurisdição, na atualidade, ainda há a presença de todas as demais formas de solução de conflitos - exceto a arbitragem obrigatória, que foi suprimida - que são as seguintes, neste trabalho classificadas conforme os sujeitos que atuam:

---

<sup>8</sup> **Jurisdição** é uma palavra polissêmica, utilizada como poder, atividade e função; aqui, é utilizada com o significado de atividade de dicção do direito, predominantemente desenvolvida pelo Estado, através dos magistrados. A jurisdição civil divide-se em **contenciosa**, que tem por objetivo resolver os litígios, e **voluntária**, que se dedica à mera homologação de pedidos que não envolvem litígio.

<sup>9</sup> Art. 52, I e II, c/c art. 86, “in fine”, da Constituição Federal. Identicamente, o art. 71, II e VIII, prevê o julgamento e a aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União, o que é, exatamente, dicção do direito em sede de jurisdição extraordinária.



Examinaremos, a seguir, os principais traços característicos dos diversos modos de tratamento de conflitos sociais que permeiam nossa sociedade, atualmente, iniciando pela autotutela e finalizando com a jurisdição.

### 1.2.3.2 Modos de tratamento de conflitos sociais no direito brasileiro

Existem, na atualidade, no direito brasileiro, os seguintes modos de tratamento de conflitos sociais:

#### 1.2.3.2.1 Autotutela

A autotutela<sup>10</sup> é o modo de solução do conflito que se dá pela imposição da vontade de uma das partes à outra, até mesmo mediante o uso da força. Em regra, é proibida e punível na esfera penal, e no Brasil não é diferente. Todavia, há situações excepcionais em que a lei permite a prática da autotutela, identificando as situações. Logo, a diferença entre a situação delituosa de

<sup>10</sup> Adotamos a expressão autotutela, ao invés de autodefesa, por entendermos que é mais compatível com o atual estágio social, em que o Estado tem o dever de tutelar todos os direitos subjetivos violados.



exercício arbitrário das próprias razões, prevista no art. 345 do CP<sup>11</sup> e a autotutela é, exatamente, a permissão legal que, excepcionalmente, o legislador confere, de forma expressa, para a prática de ato, ordinariamente ilícito, visando a solução de conflitos iminentes. Em síntese, a autotutela só é permitida quando a lei, expressamente, autorizar a prática do ato, e esta autorização é dada pelo direito material, ora pela Constituição, ora pelo Código Penal, ora pelo Código Civil.

*Situações:* Direito de greve (art. 9º da CF<sup>12</sup>); direito à legítima defesa (art. 25, CP); direito do locatário à retenção de benfeitorias (art. 571, § único, CC<sup>13</sup> e art. 578<sup>14</sup>, CC); desforço imediato (art. 1.210, § 1º, CC)<sup>15</sup>; direito do possuidor à retenção de benfeitorias (art. 1.219<sup>16</sup> do CC); direito do hospedeiro à retenção de bagagens do hóspede (art. 1467, I, CC).

### 1.2.3.2.2 Autocomposição

Ocorre autocomposição quando as partes envolvidas em determinado conflito o solucionam, por si próprias, sem a imposição da vontade de terceiros, que, se partícipes da relação, terão a função de, no máximo, auxiliar os contendores na tomada da decisão, tal como sucede na mediação.

A autocomposição difere tanto da autotutela quanto da heterocomposição: daquela, porque é realizada pelos próprios sujeitos envolvidos no conflito, ou por um só deles, com benefício do outro – tal como ocorre na renúncia ou na desistência da ação - e não apenas por um deles e em benefício próprio, tal como sucede na autotutela; da heterocomposição porque a decisão é tomada pelos próprios envolvidos no conflito, sem a imposição da vontade de terceiros.

#### 1.2.3.2.2.1 Classificação da autocomposição

Com finalidade didática e/ou para melhor compreensão do tema, a autocomposição, assim como outros institutos jurídicos, pode ser classificada por vários critérios, cada qual tendo por enfoque um específico aspecto.

<sup>11</sup> **Art. 345.** Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena: detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

**Parágrafo único.** Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

<sup>12</sup> **Art. 9º.** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

<sup>13</sup> **Art. 571.** Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

**§ único.** O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

<sup>14</sup> **Art. 578.** Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador.

<sup>15</sup> **Art. 1.210.** O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

**§ 1º** O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

<sup>16</sup> **Art. 1.219.** O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

### 1.2.3.2.2.2 Espécies

O primeiro e o mais importante critério é classificar a autocomposição por espécies. Com efeito, há várias espécies de autocomposição, a saber: (a) a **renúncia** ao direito e a **desistência da ação**, sendo que aquela incide sobre o direito material, extinguindo-o, e esta incide sobre a ação que está em tramitação, podendo o mesmo direito ser pleiteado em outra ação; (b) a **conciliação**, que é qualquer espécie de acordo, envolvendo direito disponível parcial de uma das partes; (c) a **transação**, que envolve concessões recíprocas de ambas as partes, quanto a direitos ou expectativa de direito, submetendo-se aos requisitos do art. 840 a 850 do Código Civil<sup>17</sup>; e (d) a **mediação**, inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 13.140, de 26/6/15.

### 1.2.3.2.2.3 Autocomposição judicial e extrajudicial

Por outro critério, a autocomposição pode ser classificada tendo em consideração o **espaço** onde é realizada, ou seja, se ela ocorre dentro ou fora dos órgãos do Poder Judiciário.

No primeiro caso, a autocomposição é **judicial**, pois os sujeitos, mesmo tendo submetido o conflito ao Poder Judiciário, por quaisquer motivos, de ordem subjetiva, tais como a omissão ou demora da ação do Estado, formulam o ajuste entre si, na fase específica do procedimento ou em outro momento, mesmo sabendo que a questão se encontra sob a apreciação do Poder Judiciário, levando-o, ou não, à homologação judicial.

---

<sup>17</sup> **Art. 840.** É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

**Art. 841.** Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

**Art. 842.** A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

**Art. 843.** A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

**Art. 844.** A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores.

**Art. 845.** Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

**Art. 846.** A transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública.

**Art. 847.** É admissível, na transação, a pena convencional.

**Art. 848.** Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

§ **único.** Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

**Art. 849.** A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

§ **único.** A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

**Art. 850.** É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação.

No segundo caso, a autocomposição é **extrajudicial**, ou seja, o conflito é solucionado pelas próprias partes nele envolvidas, sem prévia submissão da solução da contenda ao Poder Judiciário e independentemente de qualquer atuação deste.

#### 1.2.3.2.2.3.1 Autocomposição judicial endoprocessual e extraprocessual

A autocomposição judicial pode ocorrer de duas formas distintas. Assim, tendo-se em consideração a **forma** como se realiza, pode ser classificada em **extraprocessual**, conforme se dê fora dos autos - por exemplo, quando a parte autora, simplesmente, abandona a causa - e **endoprocessual**, quando o ato processual é documentado e juntado aos autos para que o juízo homologue a vontade das partes. O vulgarmente denominado acordo, realizado durante a audiência, perante conciliadores do juízo ou o próprio juiz, é uma forma de autocomposição judicial endoprocessual, pois são as partes que deliberam acerca da conveniência do que está sendo acordado, bem como sobre os seus termos, sem imposição de quem quer que seja, e levam a solução para dentro dos autos, para que seja, simplesmente, homologada, pelo juízo.

Nem todas as espécies de autocomposição podem ocorrer extrajudicialmente, estando algumas limitadas à modalidade judicial. É o caso da desistência da ação e da transação penal, que só podem ocorrer pela via judicial, sendo vedadas na modalidade extrajudicial. A primeira, porque só se desiste de ação que se encontra em tramitação, e a segunda, por exigência legal e nos casos estabelecidos em lei, que são os delitos de menor potencial lesivo<sup>18</sup>, observados os requisitos legais.

O nCPC inovou, trazendo a possibilidade de se homologar em juízo, a autocomposição extrajudicial, através do procedimento especial de jurisdição voluntária (art. 725, VIII, nCPC); neste caso, o título extrajudicial homologado passa a ser judicial.

#### 1.2.3.2.2.4 Autocomposição isolada ou não assistida e assistida

Por último, é necessário classificar a autocomposição conforme a resolução do conflito se dê de forma isolada, por ato dos próprios sujeitos nele envolvidos (ou de um deles, se unilateral), tão somente, sem qualquer participação assistencial de terceiros, ou assistida, quando a autocomposição ocorre mediante a assistência de terceiros. Podemos, assim, denominar a primeira de **autocomposição isolada ou não assistida**, e a segunda, de **autocomposição assistida**. Naquela, a autocomposição se dá pelos sujeitos envolvidos no conflito, ou só por um deles, sem nenhuma assistência, podendo ser unilateral ou bilateral. A renúncia e a desistência da

---

<sup>18</sup> Art. 61, Lei n. 9.099/95: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

ação são espécies de autocomposição isolada unilateral, ao passo que a conciliação, a mediação e a transação são espécies de autocomposição isolada bilateral.

Na autocomposição assistida tem-se a presença de um terceiro – pessoa ou ente – cuja função é auxiliar as partes na composição extrajudicial do conflito, mas a solução decorre da vontade dos sujeitos e não é ditada pelo terceiro, cuja participação é, tão somente, auxiliar os contendores a se autocomporem.

#### 1.2.3.2.2.4.1 Autocomposição assistida

A ampliação dos modos de solução de conflitos por meio da autocomposição assistida, tanto judicial quanto extrajudicialmente, é uma forte tendência do direito brasileiro das últimas décadas, e tem a finalidade de resolver o problema social que se instalou a partir da Constituição de 1988, que ampliou, ao máximo, o acesso à jurisdição.

O aumento de demandas no Poder Judiciário não foi acompanhado de proporcional aumento de órgãos da jurisdição, o que aumentou os problemas do Estado na entrega da prestação jurisdicional, tanto que a Emenda Constitucional n. 45 inseriu, no vasto catálogo de garantias estabelecidas no art. 5º., da CF, o inc. LXXII, a celeridade processual como uma nova garantia.

Assim, a autocomposição assistida vem sendo implementada como uma resposta à insatisfação social com a atuação do Poder Judiciário.

#### 1.2.3.2.2.4.1.1 Autocomposição assistida judicial

No âmbito judicial, além da previsão legal de uma audiência específica de conciliação, anterior até mesmo à apresentação da resposta (ar. 334, nCPC), no processo civil, e da exigência de se fazer dupla tentativa de conciliação<sup>19</sup> – uma, no início, e outra, no fim - na audiência do processo do trabalho, a autocomposição, na modalidade conciliação, mediação e transação, despontam como objetivos a serem alcançados em todos os processos que tramitam sob o procedimento especialíssimo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais<sup>20</sup>. Demais disso, o Conselho Nacional de Justiça<sup>21</sup> instituiu um Sistema Nacional de Conciliação desenvolvido por

---

<sup>19</sup> Art. 850, CLT: Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Art. 831, CLT: A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

<sup>20</sup> Lei 9.099/95, art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação

<sup>21</sup> Órgão de gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário criado pela EC-45, cf. dispõe o art. 103-B, § 4º, CF: Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...).

todos os órgãos do Poder Judiciário estadual e federal, em todas as fases processuais, que apresentou os seguintes resultados, no ano de 2015<sup>22</sup>:

<i>Ramo de justiça</i>	<i>Autocomposições realizadas e respectivo percentual</i>
Justiça federal	105 mil processos – 3%
Justiça do trabalho	1 milhão de processos – 25,3%
Justiça estadual	1 milhão e oitocentos mil processos – 9,4%
Total	2 milhões e novecentos e cinco mil processos – 11%

Quadro I –  
Autocomposição judicial endoprocessual em 2015- Fonte: CNJ, 12º ed. do Relatório Justiça em Números

É até paradoxal que a conciliação seja uma prioridade do Poder Judiciário, cuja atribuição é, justamente, dizer o direito quando não é possível a composição entre os sujeitos, sendo recomendável que a autocomposição seja incentivada no plano extrajudicial, evitando-se, assim, o adensamento de demandas cujos conflitos poderiam ser solucionados sem a interferência meramente assistencial dos órgãos judicantes.

#### 1.2.3.2.2.4.1.2 Autocomposição assistida extrajudicial

A autocomposição assistida extrajudicial, no Brasil, merece um recorte. Com a ampliação do acesso ao Poder Judiciário<sup>23</sup>, em 1.988, tornou-se necessário que se ampliasse, também, os modos de tratamento de conflitos sociais fora do aparato estatal, o que teve início no ano de 1.990, com a edição, por exigência constitucional<sup>24</sup>, da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, criando as Convenções Coletivas de Consumo.

Na década seguinte, sobreveio a Lei n. 9.958, de 12/01/2000, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas para dispor sobre a possibilidade de empresas e/ou sindicatos instituírem as Comissões de Conciliação Prévia como mecanismo extrajudicial de filtragem do acesso ao Poder Judiciário trabalhista.

Posteriormente, em 04/01/2007, editou-se a Lei n. 11.441, que alterou o art. 982, do CPC então vigente, acrescentando-lhe, ainda, o art. 1124-A, com a finalidade de disponibilizar a opção da separação<sup>25</sup>, do divórcio e do inventário e partilha administrativos, através de escritura pública, em situações específicas - especialmente, quando não envolva pessoas incapazes - em substituição ao divórcio consensual e ao arrolamento que se desenvolvem perante o Poder Judiciário e culminam com a tão-só homologação judicial da vontade dos interessados. Tais

<sup>22</sup> [jus.br/noticias/cnj83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indices-de-conciliacao](http://jus.br/noticias/cnj83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indices-de-conciliacao) – acesso em 02/02/17

<sup>23</sup> O art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988, garante acesso amplo e ilimitado, salvo restrições impostas na própria Constituição, não só em caso de lesão ao direito, mas, também, de ameaça de lesão.

<sup>24</sup> Art. 170, V, CF/88

<sup>25</sup> A separação foi extirpada do ordenamento jurídico, em 2010, pela EC n. 66, de 13/7/2010, cedendo lugar ao divórcio.

modalidades de administração de conflitos pela via extrajudicial continuam em vigor, conforme disposto nos art. 610, parágrafo 1º., e 733, respectivamente, do atual CPC, onde foi incluída a hipótese de extinção consensual da união estável.

Em síntese, temos, atualmente, no direito brasileiro, a **autocomposição assistida** no âmbito judicial e extrajudicial. São espécies da **autocomposição assistida judicial** a conciliação<sup>26</sup> e a mediação, realizadas perante os órgãos do Poder Judiciário, e da **autocomposição assistida extrajudicial**, as Convenções Coletivas de Consumo, aplicáveis às relações consumeristas; as Comissões de Conciliação Prévia, aplicáveis aos direitos laborais; e o divórcio, o arrolamento e o inventário administrativos, no âmbito do direito de família. A seguir, algumas anotações sobre cada uma destas espécies.

#### 1.2.3.2.2.4.1.2.1 Convenções Coletivas de Consumo

As **Convenções Coletivas de Consumo**, tal como definidas pelo art. 107<sup>27</sup> da Lei n. 8.078/90, caracterizam-se por ser instrumento privado de prevenção de conflitos múltiplos, envolvendo consumidores. São firmadas por entes coletivos e só portam validade após registro no Cartório de Títulos e Documentos e, a partir de então, obriga os fornecedores filiados, ainda que se desfilarem, posteriormente ao registro.

*Aplicação prática:* A hipotética Associação das Donas de Casa – ADOCA, detecta irregularidade, danosa aos consumidores, nas informações contidas na embalagem de um determinado produto, distribuído em inúmeros estabelecimentos comerciais de uma certa localidade. Visando proteger a sociedade local da informação enganosa, celebra Convenção Coletiva de Consumo com a Associação de Supermercados para que o produto seja retirado do mercado e devolvido ao fornecedor, estabelecendo sanções pecuniárias para o descumprimento do ajuste. A Convenção é assinada pelas entidades e deve ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos da localidade onde foi firmada, para ciência de terceiros.

*O ajuste beneficia todos consumidores do produto e, também, obriga todos os filiados da Associação de fornecedores, inclusive, aqueles que vierem a se desfiliar, após o registro cartorário. É uma maneira de se prevenir ou solucionar conflitos múltiplos.*

#### 1.2.3.2.2.4.1.2.2 Comissões de Conciliação Prévia

A Lei n. 9.958/2000 acrescentou ao texto então vigente da CLT os artigos 625-A a 625-H<sup>28</sup>, facultando às empresas e/ou aos Sindicatos a instituição das **Comissões de Conciliação**

<sup>26</sup> Assim como a transação

<sup>27</sup> **Art. 107.** As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

<sup>28</sup> **Art. 625-A.** As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

**Prévia** – CCP. Trata-se de um mecanismo privado, paritário consensual e gratuito de filtragem de demandas, cujas pais características passam a ser analisadas.

A criação das CCP's é facultativa, mas a sua utilização é obrigatória, se existirem, na localidade da prestação do serviço (art. 625-D), sendo que podem ser criadas tanto no âmbito das empresas quanto nos sindicatos, sendo que aquelas terão composição paritária de membros, cujo número mínimo é dois e o máximo, dez, e, estas, serão compostas na forma prevista na respectiva Convenção Sindical. Sua utilização não acarreta qualquer prejuízo aos direitos do empregado, porque, se e quando instaurada, há interrupção da prescrição. O prazo para se tentar a conciliação é exíguo, de apenas dez dias, e, se as partes não se conciliarem, lavra-se o Termo de Conciliação frustrada. Se houver acordo, o instrumento é título executivo, que, se não for cumprido voluntariamente, pode ser executado pelo Poder Judiciário.

---

**Art. 625-B.** A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas:

I – a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional;

II – haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares;

III – o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução.

§ 1º É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

§ 2º O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade.

**Art. 625-C.** A Comissão instituída no âmbito do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo.

**Art. 625-D.** Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

**Art. 625-E.** Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

**Art. 625-F.** As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado.

Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do artigo 625-D.

**Art. 625-G.** O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no artigo 625-F.

**Art. 625-H.** Aplicam-se aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista em funcionamento ou que vierem a ser criados, no que couber, as disposições previstas neste Título, desde que observados os princípios da paridade e da negociação coletiva na sua constituição.

*Aplicação prática:* Joana é costureira, empregada da empresa Peça Bonita Ltda., em Goiânia/GO. Logo, Joana pertence ao Sindicato das Costureiras de Goiânia, em cuja sede existe uma Comissão de Conciliação Prévia. Se a empregada ou a empregadora pretender acionar a parte adversa, para discutir direitos decorrentes desta relação de trabalho, deve, previamente, submeter o conflito à CCP. As partes não são obrigadas a se conciliarem, mas, se tal não ocorrer, lavra-se um Termo de Conciliação Frustrada e, munido deste documento, aciona-se o Poder Judiciário Trabalhista. É vedado exercitar o direito de ação sem, antes, submeter o conflito à CCP, e a sanção processual é a extinção do processo, sem resolução do mérito.

*Se não há CCP, na localidade da prestação do serviço, as partes estão liberadas para se dirigirem ao Poder Judiciário.*

A doutrina brasileira tem posição controvertida sobre a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade do procedimento criado pelo art. 625-D, da CLT, e o tema, ainda sem definição, está sob a apreciação do STF<sup>29</sup>. De um lado comparecem os que entendem que este procedimento viola o direito de acesso ao Poder Judiciário; e, de outro<sup>30</sup>, os que entendem que o procedimento nada mais é do que uma das condições da ação.

Entendemos que nenhuma razão assiste aos que entendem que o procedimento sob análise viola o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário, que não é absoluto. Com efeito, não se pode confundir o direito constitucional de ação – direito amplo e irrestrito, que só se submete aos limites impostos pela própria Constituição – com o direito processual de ação, submetido, sim, à plena satisfação das condições da ação e à observância dos pressupostos processuais estabelecidos pelo legislador processual como mecanismo de filtragem de acesso não ao processo, mas à prestação jurisdicional efetiva. O direito constitucional de ação permite que todos os que se encontram em situação de lesão de direito ou ameaça de lesão podem ajuizar as ações julgadas cabíveis à proteção de seu direito, mas é o art. 485, CPC, que estabelece quais são os requisitos processuais mínimos para que as partes obtenham a efetiva prestação jurisdicional, dizendo que a inobservância dos requisitos processuais impõe a extinção do processo sem resolução de mérito. Do citado artigo, destacamos o disposto no inciso VI, dispondo que a ação será extinta quando se “verificar a ausência de legitimidade ou do interesse processual”.

O art. 17, do mesmo Código, diz que “para postular em juízo” é necessário ter interesse e legitimidade”, sendo que o interesse jurídico é, exatamente, a observância do binômio necessidade e adequação, ou seja, a aferição, em abstrato, da existência, ou não, de outros meios

<sup>29</sup>Tramitam no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n. 2139 e 2160) questionando a constitucionalidade do art. 625-D, CLT, sob o argumento de que fere o direito constitucional de ação (art. 5º, inc. XXXV, Constituição Federal). Eis a publicação oficial contida nos informativos 195 e 476, do STF: “*Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT — para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão.*”

<sup>30</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 29 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 52-58.



alternativos de se solucionar a questão, pois, havendo, eles devem ser utilizados e até mesmo incentivados, já que o elevado índice de contenciosidade, no Brasil, beira o absurdo. Bem se vê, então, que a descrição feita pelo legislador é enumerativa, e não exaustiva, o que significa dizer que outras condicionantes para o exercício do direito de ação podem – e até mesmo devem - ser estabelecidas por lei.

Assim, considerando que a atividade das CCP's é meramente conciliatória e que sua utilização suspende a prescrição, percebemos que as razões pelas quais se pretende retirar a eficácia do art. 625-D da CLT estão muito mais ligadas à reserva do mercado à profissão da advocacia privada e à manutenção do monopólio da atividade estatal - o Poder Judiciário sendo mecanismo único de solução de conflitos - do que, realmente, de proteção da sociedade quanto ao direito de acesso à jurisdição. Some-se a estes argumentos o fato de que a função da Justiça do trabalho é, predominantemente, conciliar interesses em conflito, e que a maioria maciça das reclamações trabalhistas ali aforadas são resolvidas mediante autocomposição.

Os dados do site do CNJ informam que, em 2015, um milhão de processos - representando 25,3% do total - foram solucionados de forma autocompositiva, fazendo intuir que igual ou maior número poderia ter sido solucionado antes de as partes ajuizarem suas demandas, de forma extrajudicial, sem ou com muito menos encargos financeiros para o erário público, pois tanto a criação, quanto a utilização, das CCP's não acarreta nenhum gasto público. Com efeito, e ainda segundo dados do CNJ, “os índices de conciliação também foram analisados e comparados em relação à fase em que o conflito se encontra. As conciliações apresentam melhores resultados na fase de conhecimento do 1º grau na Justiça do Trabalho (40% das sentenças solucionadas por homologação de acordo). Ainda nesse mesmo ramo de Justiça, na fase de execução esse índice cai para 5%.” Ou seja, 40% dos processos que são resolvidos, atualmente, por autocomposição judicial, poderiam ser solucionados via autocomposição extrajudicial, nas CCP's, a custo estatal zero.

#### 1.2.3.2.3 Hetecomposição

A heterocomposição, diversamente da autotutela e da autocomposição, ocorre quando há necessidade da intervenção de um terceiro para a solução do conflito, sendo o terceiro quem decide qual é a solução e a impõe às partes, independentemente da vontade dos sujeitos contenciosos. Pode ser extrajudicial, quando o terceiro que dá a solução, de forma impositiva, está localizado fora da estrutura do Poder Judiciário, e, neste caso, estamos diante da **arbitragem**, ou **judicial**, quando o terceiro que decide e impõe a solução às partes é um dos órgãos estatais da jurisdição.

### 1.2.3.3.2 Arbitragem

Há situações em que o legislador permite que se opte pela resolução de eventuais conflitos fora do Poder Judiciário, através da **arbitragem**.

A arbitragem é um vetusto modo de tratamento de conflitos sociais, presente na ordem jurídica atual dentre os mecanismos de heterocomposição, em que a solução é dada por um terceiro, escolhido pelas partes, nos moldes legais, como se verá, adiante.

#### **1.2.3.3.2.1 Arbitragem no direito brasileiro**

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1.939 dispunha sobre a arbitragem no Livro IX, artigos 1.031 a 1.046, com destaque para o disposto no art. 1.041, que dispunha que “a execução da sentença arbitral dependerá de homologação”, pelo Poder Judiciário.

Com a promulgação do Código de Processo Civil, em 1973, a arbitragem passou a ser regida pelo disposto nos artigos 1.072 a 1.102, e assim permaneceu na ordem jurídica interna, até a publicação da lei específica, em 1.996, quando foram revogados. Na vigência da legislação codificada anterior, a utilização da arbitragem revelava-se desinteressante, porque a decisão arbitral estava condicionada à homologação, pelo Poder Judiciário. Tinha-se, então, uma decisão condicional, que a ninguém interessava.

Atualmente, a arbitragem encontra-se regida pela Lei n. 9.307, de 1996, com as alterações que lhe foram implementadas pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que conferiu ao instituto um formato diverso do que tinha, anteriormente, totalmente desvinculada do Poder Judiciário, salvo quanto à execução da sentença.

Na atualidade, a arbitragem é um modo de dicção de direito por particulares, sendo a única forma de exercício da jurisdição fora do aparato estatal. Logo, a natureza jurídica da arbitragem é mista<sup>31</sup>, pois compreende duas fases: uma contratual e outra, jurisdicional. Na primeira, as partes contratam um terceiro para dizer a quem pertence o direito; na segunda, o árbitro dirá o direito aplicável à espécie.

#### 1.2.3.3.2.2 Características da arbitragem

Resumidamente, a Lei nº 9.307/1996 formatou a **Arbitragem**<sup>32</sup> com as seguintes características: (a) pode ser utilizada por **pessoas jurídicas, admitida a sua utilização pela administração pública direta e indireta, e por pessoas naturais capazes**; (b) seu objeto só pode ser **direitos patrimoniais disponíveis**; (c) exige-se a **pré-existência de pacto**

---

<sup>31</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 61

<sup>32</sup> Ver Lei 9.307/96 e Lei 13.129/2015

**compromissório, cláusula compromissória ou compromisso arbitral;** (d) as **decisões arbitrais são irrecorríveis;** (e) as partes podem fazer **opção pela aplicação do direito, dos costumes ou dos princípios gerais de direito, vedados os dois últimos modos à administração pública;** (f) **as próprias partes escolhem o árbitro,** cujos requisitos são, unicamente, que seja pessoa capaz e da confiança das partes. Todavia, se a decisão arbitral não for cumprida voluntariamente, só pode ser executada pelo Poder Judiciário.

Como se vê, nas situações admitidas e se os interessados assim pactuarem, em ocorrendo conflitos, será solicionado através da arbitragem, ou seja, a atividade de tratamento e solução dos conflitos será desempenhada por particulares – os chamados árbitros - e não por órgãos do Poder Judiciário.

*Aplicação prática:* João loca imóvel residencial urbano a Pedro, e, no contrato, inserem uma cláusula fazendo opção pela arbitragem. Como se trata de direito patrimonial disponível e as partes contratantes são capazes, nada obsta a estipulação do pacto compromissório. Assim pactuados, eventual conflito decorrente deste negócio deve ser solucionado pela via arbitral, e não frente ao Poder Judiciário.

*Como a arbitragem é negócio jurídico bilateral, uma das partes, unilateralmente, não pode desfazer o ajuste. Então, se as partes fizerem opção pela arbitragem, salvo distrato ou nulidade da cláusula, nenhuma delas deve submeter seu conflito ao Poder Judiciário; se o fizer, a sanção processual é a extinção do processo, sem resolução do mérito (art. 485, VII, CPC).*

Pelo que acima foi exposto, considerando que a arbitragem consiste na dicção do direito, concluímos que sua natureza jurídica é de atividade jurisdicional<sup>33</sup>, podendo ser judicial ou extrajudicial, conforme o modelo estatal adotado, sendo que, no Brasil, é extrajudicial.

#### 1.2.3.3.3 Jurisdição

A **jurisdição** é único modo de solução de conflitos com a intervenção de terceiros, no âmbito estatal, podendo ser ordinária, quando a atividade é desempenhada pelo Poder Judiciário, atuando no desempenho de suas funções típicas, e extraordinária, quando é desenvolvida por outros poderes ou pelo próprio Poder Judiciário, desempenhando funções atípicas. Através da jurisdição, o Estado, quando suscitado, na forma legal e por quem é o titular do direito material lesado, diz, através do Poder Judiciário, a quem pertence o direito em conflito e impõe o cumprimento da decisão.

*Aplicação prática:* Arédio empresta numerário a Pedro, que se obriga a restituir o valor em trinta (30) dias, mas não o faz. Arédio esgota todas as possibilidades de solução amigável, sem obter êxito. Impedido, por lei, de fazer justiça com as próprias mãos e sem poder recorrer à arbitragem, devido à ausência de pacto compromissório, a única maneira de reaver o seu crédito é dirigir-se ao Poder Judiciário, que, acionado na forma legal, irá atuar de forma coercitiva, impondo a Pedro a obrigação de restituir o numerário recebido de Arédio, com os acréscimos legais.

*Dá-se, então, o exercício da atividade estatal denominada jurisdição, ou seja, a aplicação do direito positivado ao caso concreto, a pedido do interessado.*

<sup>33</sup> <http://jus.com.br/revista/texto/7491/da-natureza-juridica-da-arbitragem>

#### 1.1.4 CONCEITO, OBJETO, MÉTODOS DE ESTUDO E FUNÇÃO DA TGP

Se o conflito é inseparável da vida em sociedade e há situações em que o ser humano não é capaz de solucioná-lo, por um dos modos antes estudados – autodefesa, autocomposição ou heteromposição extrajudicial – a solução para o impasse passa a ser tarefa do Estado, que, valendo-se de regras próprias, formula o processo, ao termo do qual diz a quem pertence o direito e o executa, aplicando as sanções legais. Nesta tarefa, estará em ação um dos ramos do direito processual – constitucional, penal, civil ou trabalhista – quando a lesão de direito for, respectivamente, constitucional, penal, civil ou trabalhista. Cada um destes ramos do direito processual merece estudo específico, mas há regras que são comuns a todos eles. Daí porque se construiu a Teoria Geral do Processo, cujo conceito, objeto e função delimita-se, adiante.

##### 1.2.4.1 Conceito

Teoria é um conjunto de conceitos sistematizados, ou organizados, que nos permite conhecer determinada realidade, abstratamente, através da teoria. No estudo teórico, não se conhece a realidade, em si, mas os meios necessários para descobri-la e conhecê-la. Geral, porque abrange as diversas espécies do processo jurisdicional, deixando de fora os demais “processos”, em sentido amplo.

##### 1.2.4.2 Objeto

O objeto de estudo da TGP são os conceitos mais gerais do direito processual jurisdicional, que, atualmente, se subdivide em Penal, Civil e Trabalhista, além do Constitucional, podendo, entretanto, serem criadas outras subdivisões, como por exemplo, Direito Processual Eleitoral.

##### 1.2.4.3 Métodos

Há vários métodos para o estudo de teorias, dentre os quais se destaca o **empirismo**, que parte da experiência para se estudar a teoria; o **racionalismo**, com foco na razão, teorizando-se a partir do pensamento; e o método do alemão **Habermas**<sup>34</sup>, cujo foco é o paradigma<sup>35</sup> lingüístico

---

<sup>34</sup>HABERMAS, Jurgen. Filósofo alemão, que concebe a **razão comunicativa** - e a **ação comunicativa** ou seja, a comunicação livre, racional e crítica - como alternativa à razão instrumental e superação da **razão iluminista** segundo ele, "aprisionada" pela lógica instrumental, que encobre a dominação. Ao pretender a recuperação do conteúdo emancipatório do projeto moderno, no fundo, Habermas está preocupado com o restabelecimento dos vínculos entre socialismo e democracia; autor de várias obras, dentre as quais destacamos, por pertinente ao tema processual, **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Col. Biblioteca Tempo Universitário 101, São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, onde expõe, de forma clara, o papel dos direitos subjetivos: “Direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade.”

dogmático. Neste método, o estudo teórico parte de um debate livre, concentrando-se na dialética, para se construir teorias.

Sem dúvida que o eficaz estudo da Teoria Geral do Processo deve ser feito com base no método de *Habermas*, pois permite ao estudioso apreender o conhecimento teórico dos pais fenômenos processuais antes de fazer a experiência, a partir da observação de situações concretas do cotidiano.

#### 1.2.4.4 Função

A função do estudo da TGP é preparar o aluno para a análise pormenorizada dos diversos ramos do direito processual – civil, penal, trabalhista e constitucional.

#### 1.1.5 CONTEÚDO DA TGP

Se direito, num breve conceito, *é o conjunto de princípios gerais de direito, universalmente consagrados, mais as normas positivas editadas por um ente estatal que detém competência legislativa*, e processo é uma *sequência de atos praticados por vários sujeitos, em diversos momentos, que se desenvolvem de forma pré-ordenada, de modo que um é subsequente ao outro, com vistas à obtenção de um objetivo previamente estabelecido*, é necessário reconhecer que a expressão Direito Processual tem dupla dimensão, e assim deve ser examinada, em seu sentido amplo e em seu sentido estrito. Assim, temos que Direito Processual, em sentido amplo, é o conjunto de princípios e normas jurídicas que devem ser observadas na elaboração de leis, nas relações da Administração Pública, tais como licitações, nas relações negociais privadas e, também, na composição de conflitos jurídicos intersubjetivos. Já o direito processual em sentido estrito é o conjunto de leis e normas jurídicas que orientam a composição de conflitos, pelo Poder Judiciário, ou seja, a formação e o desenvolvimento do processo jurisdicional. Temos, assim, o Direito Processual:

- **Legislativo**, identificado no art. 59, CF, que tem por objeto são as normas jurídicas destinadas à elaboração de outras normas legais, cujas espécies são as emendas à constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções, que se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo das três esferas de poder - Federal, Estadual e Municipal - que faz parte do conteúdo da disciplina Direito Constitucional;

---

<sup>35</sup> **Paradigma**: Padrão, modelo. Em Direito do Trabalho: Os empregados que têm a mesma função, na mesma localidade, com o mesmo empregador, devem receber salários iguais, segundo as regras de equiparação salarial; isto não ocorrendo, ou seja, havendo empregado na mesma função com salário maior, terá este a denominação de paradigma para a ação de equiparação salarial (art. 7º, XXX da CF e art. 461 da CLT, Enunciado 135/ TST).

- **Administrativo**, cujo objeto são as normas legais que devem ser observadas na processualização e julgamento dos processos administrativos, no âmbito do Poder Executivo – o denominado contencioso administrativo – e, também dos demais poderes, que compõe o conteúdo da disciplina Direito Administrativo;
- **Negocial**, cujo objeto são as normas legais que devem ser seguidas na elaboração dos processos relativos aos negócios privados, tais como constituição de sociedades – conteúdo do Direito Empresarial; e,
- **Jurisdicional**, cujo objeto são as normas legais que devem ser observadas na construção do processo jurisdicional, que se desenvolve perante os órgãos do Poder Judiciário, com o objetivo de dirimir os conflitos submetidos, pelos interessados, à tutela do Estado – conteúdo do Direito Processual.

Neste contexto, o objeto do Direito Processual, em sentido estrito, é o processo jurisdicional; logo, somente este faz parte do conteúdo da TGP.

#### 1.1.6 TRILOGIA ESTRUTURAL DO DIREITO PROCESSUAL

A ciência do Direito Processual está estruturada em três institutos jurídicos que formam a sua estrutura, de tal modo que não há que se falar em Direito Processual sem a presença de qualquer um desses elementos, que são:

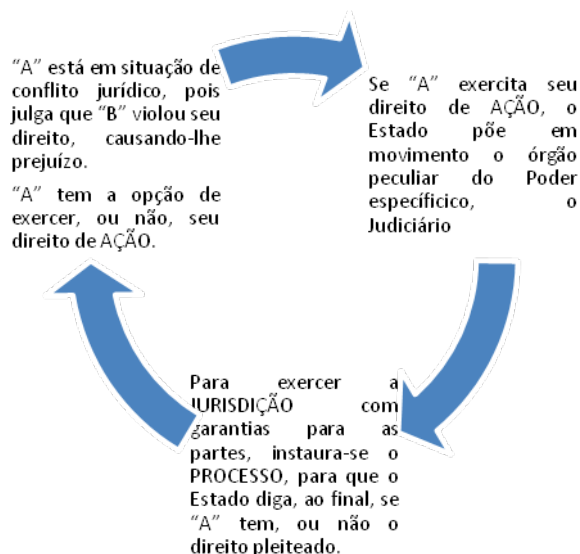
- **Jurisdição**, que é a função estatal que faz atuar o direito positivo, previamente normatizado pelo Poder Legislativo, na composição dos conflitos intersubjetivos de interesses, através dos órgãos previstos na Constituição, mediante provocação formal do titular do direito de ação, no mister de assegurar a paz social.
- **Ação**, que é o direito subjetivo público, de índole constitucional<sup>36</sup> e de natureza autônoma do direito material que lhe serve de suporte, de pleitear ao Estado a prestação jurisdicional. Decorre do direito ao processo que a Constituição assegura, nos termos do art. 5º., inc. XXXV, impondo, em contrapartida, ao Estado a obrigação de exercer a jurisdição.
- **Processo**, que é o instrumento técnico e público utilizado para veicular o direito de ação através do qual o interessado pede ao Estado que atue, concretamente, dizendo o direito aplicável ao caso, e o faz valer entre as partes.

Como se vê, tão intrincada é a relação entre estes três institutos que, sem jurisdição, não há onde se exercitar o direito de ação; sem a previsão constitucional do direito de ação, a jurisdição não tem razão de existir, pois cairia no ostracismo; sem o processo, não há garantias

---

<sup>36</sup> Liebman leciona que o direito de ação tanto pode ser concreto quanto abstrato, e que tal definição depende do formato que lhe for conferido pela Constituição de cada nação.

para o exercício do direito de ação que se pleiteia ao Poder Judiciário, que atua exercendo a jurisdição. Por isto que jurisdição, ação e processo são os três pilares inseparáveis da ciência jurídica processual, cujo estudo ora se inicia.



## DIREITO PROCESSUAL

Ao invés de citar muitos conceitos<sup>37</sup>, afirmamos que **Direito Processual**, como ciência, é o ramo do direito público que prescreve, analisa e sistematiza as normas (leis, princípios e postulados) processuais aptas e necessárias a garantir o exercício do direito de ação, de defesa e do exercício da função jurisdicional, quando o direito material for violado ou ameaçado de lesão e houver provocação formal do titular do direito de ação.

Partindo do aspecto conceitual do direito material já analisado, pode-se estabelecer a **distinção** entre estes dois ramos do direito. Em primeiro plano, observa-se que o direito processual cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da competência para se realizar os atos processuais e do modo – forma, tempo e lugar – de fazê-lo, enquanto que o direito material regula o interesse primário sobre o qual aquele incide.

Várias foram as **denominações** atribuídas ao **direito processual**, desde a sua concepção, até a atualidade. Durante o período romano e canônico, por volta do ano 1.271, denominava-se

<sup>37</sup> O direito processual, inserido no ramo do direito público (ao lado do direito constitucional, administrativo, penal etc), refere-se ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam a jurisdição, a ação e o processo, criando a dogmática necessária para permitir a eliminação dos conflitos de interesses de qualquer natureza (adaptado de Montenegro Filho. *Misael. Curso de Direito Processual Civil*, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2008, v. I, p. 5); O direito processual é o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo, em face de uma pretensão. (adaptado de Greco Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, v. I, p. 66); O direito processual pode ser definido como o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição (adaptado de CHIOVENDA).

*Speculum iudiciale*. Posteriormente e por influência do *iudicium* romano, recebeu o nome de Direito Judiciário, alterando-se para Direito Processual, sob a influência dos alemães.

### 1.3.1 Subdivisões

O direito é uno, assim como uno é o direito processual, mas, para efeitos didáticos, pode-se subdividi-lo, conforme a natureza da lide, em Direito Processual Penal e Civil; recentemente, sob a influência do constitucionalismo moderno, concebe-se uma nova subdivisão, qual seja o Direito Processual Constitucional, e é por este que começamos a explicar cada um deles.

A questão que, atualmente, vem merecendo a atenção dos juristas é saber se a influência que a Constituição exerce sobre o processo, de um lado, e que o direito processual exerce sobre a Constituição, de outro, justifica, ou não, a criação de um novo ramo do direito processual, e, ainda, se esse novo ramo seria melhor denominado Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual. Entendemos que, embora sem autonomia científica apta a justificar a existência de um específico ramo do direito processual, o certo é que a alocação, na Constituição, de considerável número de normas de caráter processual - muitas delas já existentes na ordem jurídica - justifica um novo recorte no direito processual, ao menos com a finalidade de se estudar, de forma específica, tais normas. Opinamos que esse novo ramo deve ser chamado Direito Processual Constitucional, quanto às regras processuais inseridas na Constituição, e que constituem objeto temático da Teoria Geral do Processo.

**O Direito Processual Constitucional**<sup>38</sup> compreende as normas de caráter processual que estão inseridas na própria Constituição, que vão desde as normas de tutela dos princípios fundamentais às de estrutura da organização judiciária, contemplando, especificamente (a) os órgãos jurisdicionais, sua composição e competência, bem como as garantias e vedações de seus membros<sup>39</sup>; (b) as funções essenciais à justiça<sup>40</sup>; e, (c) os princípios em que se alicerçam as normas jurídicas.

Constitui, também, objeto deste ramo do direito processual a tutela constitucional do processo como instrumento de garantia, que é o eixo temático da Teoria Geral do Processo, a saber; (a) o direito de ação<sup>41</sup>; (b) o direito de defesa<sup>42</sup>; e, (c) outros postulados, tais como a garantia de publicidade e da declaração objetiva do direito, que se materializa na exigência de decisões públicas e fundamentadas<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Ver: Santana, Meyre E.C. “*Objeto do Direito Processual Constitucional*”, disponível no blog da autora

<sup>39</sup> Art. 92 a 126, CF

<sup>40</sup> Art. 127 a 135, CF

<sup>41</sup> Art. 5º, Inc. XXXV, CF

<sup>42</sup> Art. 5º, inc. LV, CF

<sup>43</sup> Art. 93, inc. IX, CF



Segundo Liebman, foi a constitucionalização do processo que fez este evoluir de instrumento de justiça<sup>44</sup> que era, para garantia de liberdade, que passou a ser.

Encontra-se, ainda, na seara deste específico ramo do direito processual, as normas processuais da jurisdição constitucional, compreendendo: (a) o controle judiciário da constitucionalidade das leis e atos administrativos<sup>45</sup>; (b) a jurisdição constitucional das liberdades individuais, por meio dos chamados remédios constitucionais, expressamente encartados na Carta Magna, quais sejam o *Habeas Corpus*<sup>46</sup>, o *Habeas Data*<sup>47</sup>, o Mandado de Segurança<sup>48</sup>, tanto individual quanto coletivo, o Mandado de Injunção<sup>49</sup> e a Ação Popular<sup>50</sup>.

No específico âmbito dos conflitos intersubjetivos decorrentes de violação legal, temos que, quando o conteúdo das normas jurídicas é a tutela da pretensão punitiva predominantemente do Estado, atua o **Direito Processual Penal**, que é aplicável às situações fáticas de violação do direito material penal. Este ramo do direito subdivide-se em (a) Direito Processual Penal Comum e (b) Direito Processual Penal Militar, conforme ocorra violação às normas de direito penal comum<sup>51</sup> ou direito penal militar<sup>52</sup>, respectivamente. O pal objeto de análise do Direito Processual Penal Comum é o Código de Processo Penal<sup>53</sup>, e do Direito Processual Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar<sup>54</sup>. Importa, ainda, considerar que, embora tenhamos, no Brasil, outras modalidades de crime, além do crime comum e do crime militar, não há outros ramos específicos de Direito Processual. O crime de responsabilidade é julgado na forma da lei específica<sup>55</sup>; o crime eleitoral é julgado de acordo com as regras do Código Eleitoral, aplicando-se, subsidiariamente, o direito processual penal comum<sup>56</sup>, e o crime político, é julgado de acordo com a lei específica, conhecida como lei da segurança nacional<sup>57</sup>, com as adaptações necessárias

---

<sup>44</sup> A palavra “justiça” é utilizada pelo autor como sinônimo de aplicação do direito pelo Poder Judiciário – do que discordamos.

<sup>45</sup> Art. 103, CF

<sup>46</sup> Art. 5º, inc. LXVIII

<sup>47</sup> Art. 5º, inc. LXXII

<sup>48</sup> Art. 5º, inc. LXIX e LXX

<sup>49</sup> Art. 5º, inc. LXXI

<sup>50</sup> Art. 5º, inc. LXXIII

<sup>51</sup> Código Penal, Dec. Lei n. 2.848, de 07/12/40 e legislação penal extravagante

<sup>52</sup> Código Penal Militar, Dec. Lei n. 1.001, de 21/10/69

<sup>53</sup> Dec. Lei n. 3.689, de 03/10/1941.

<sup>54</sup> Dec. Lei n. 1002, de 21/10/69

<sup>55</sup> Lei n. 1.079, de 10/04/1950

<sup>56</sup> Código Eleitoral, art. 364: No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

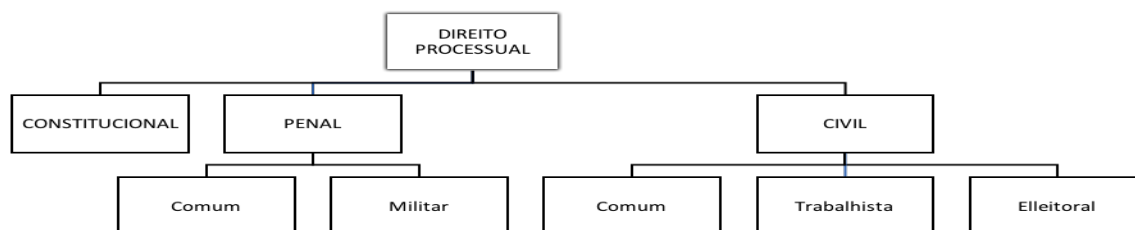
<sup>57</sup> Lei 7.170, de 14/12/1983

ao disposto na Constituição de 1988, que remete o processamento à Justiça Federal – e não mais à Justiça Penal Militar, tal como era, anteriormente<sup>58</sup>.

Finalmente - e pelo critério de exclusão – temos as normas jurídicas que visam tutelar as pretensões que não envolvem questões penais, compondo o **Direito Processual Civil**, que abrange o Direito Processual Civil, propriamente dito, e pelo critério de subsidiariedade, ou seja, em decorrência da aplicação subsidiária das normas deste aos demais processos, engloba (a) o Direito Processual Civil Comum, (b) o Direito Processual do Trabalho, e (c) o Direito Processual Eleitoral, conforme a violação legal seja às normas de direito civil comum, do trabalho e eleitoral, respectivamente. O principal objeto de análise do Direito Processual Civil Comum é o Código de Processo Civil<sup>59</sup>; do Direito Processual Civil Trabalhista, é a Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>60</sup>, e do Direito Processual Civil Eleitoral, o Código Eleitoral<sup>61</sup>.

A celeuma doutrinária da autonomia ou subsidiariedade do Direito Processual do Trabalho, para nós, fica dirimida com a aplicação do art. 769, da CLT, dispondo que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Em resumo, temos:



Atente-se, porém, que a subdivisão do direito processual não coincide com a subdivisão da jurisdição, posto que, enquanto naquele a classificação é feita com base na lide que dá suporte ao processo, nesta, o foco são os órgãos julgadores. Reveja este aspecto quando estiver estudando, adiante, a classificação da jurisdição com base na matéria.

<sup>58</sup> Art. 109, IV, CF, que revogou a lei anterior no que dispunha, no art. 30: Compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes previstos nesta Lei, com observância das normas estabelecidas no Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com disposição desta Lei, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na Constituição.

<sup>59</sup> Lei n. 5.869, de 11/01/73.

<sup>60</sup> Dec.Lei n. 5.452, de 01/05/43

<sup>61</sup> Lei n. 4.73, de 15/07/65

## LEI PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

Inicialmente, não se pode perder de vista que a expressão “lei” é utilizada, aqui, em seu sentido amplo, com o significado de norma jurídica, e não em seu sentido estrito, de “lei ordinária”, “lei delegada” ou “lei complementar” - uma das espécies normativas enfeixadas no art. 59, da CF.

No Brasil, a produção de normas jurídicas processuais é de competência exclusiva do Congresso Nacional, que exerce o Poder Legislativo no âmbito da União, conforme preceito contido no art. 22, I, da Constituição Federal.

Elaborada com observância do processo legislativo competente, previsto no art. 59 a 69, da CF, quando a lei processual é publicada, entra em vigor, em todo o território nacional, e, a partir de sua vigência, aplica-se a todos os processos que se encontrem em andamento. Algumas observações são relevantes quanto à aplicação da lei processual no tempo e no espaço.

### 1.4.1 No tempo:

A **regra geral** é que a lei processual – como toda norma jurídica – tem efeito imediato e geral, entrando em vigor a quarenta e cinco (45) dias de sua publicação no órgão oficial, salvo disposição em contrário, consignada no próprio texto legal.

Todavia, como o processo é diferido no tempo, algumas **teorias** justificam a aplicação imediata da norma aos processos que se encontram em andamento. Passemos a analisar três delas:

A teoria **da unidade processual** considera o processo como uma unidade e, por isso, sujeito ao mesmo regramento legal, do princípio ao fim. Entretanto, como o processo é diferido no tempo, resulta evidente que esta teoria é totalmente inaplicável, pois não se concebe que um processo iniciado sob a vigência da lei velha tenha que prosseguir no trilho da norma já revogada, quando outra já se encontra em vigor, disciplinando, de forma diversa - certamente que mais conveniente - como devem ser praticados os atos processuais.

A teoria **das fases processuais** subdivide, abstratamente, o processo em fases distintas – fase postulatória, probatória, decisória e recursal – e concebe a aplicação da mesma lei para cada fase. Trata-se, também, de teoria inaplicável, porque, na prática, as fases processuais identificadas na teoria não são estanques, tal como, abstratamente, se propõe. Logo, tal teoria é inaplicável, ainda que a lei assim o determine. É o caso do art. 90<sup>62</sup>, Lei 9.099/95, que exclui a aplicação da lei processual nova aos processos pendentes, mas, por imposição do princípio

---

<sup>62</sup> **Art. 90.** As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.

constitucional da irretroatividade da lei penal maléfica (art. 5<sup>o63</sup>, XL da CF) e processual penal (art. 2<sup>o64</sup> do CPP), aplicou-se, sim – e com muito acerto - a lei processual nova a todos os processos que, quando a lei processual entrou em vigor, se encontravam em andamento.

A teoria **do isolamento dos atos processuais** considera o processo como uma sequência ordenada de atos processuais, de forma que, entrando em vigor uma lei nova, ela se aplica, prontamente, ao ato processual seguinte, respeitando-se a validade dos atos processuais já praticados sob a égide da lei processual anterior. Esta é a teoria aplicável, como regra geral, tal como, aliás, se encontra estabelecido na legislação processual pátria (art. 2<sup>o</sup> do CPP e 1.046 do CPC).

Releva consignar uma exceção a esta regra, ditada pelo caráter de interesse público da lei que estabeleceu a impenhorabilidade de bem de família (Lei n. 8.009/90). Neste caso, ainda que a penhora tenha sido praticado sob a vigência da lei anterior, é possível obter-se a declaração de nulidade do referido ato processual, posto que viola a lei material vigente. Neste caso, o que se observa é que a alteração da norma de direito material determina a exceção, até porque a moradia é um direito social<sup>65</sup>, assegurado pela CF, e, neste caso, é razoável que se decida a favor do que bem juricamente tutelado de maior valor (postulado da razoabilidade e da proporcionalidade).

#### 1.4.2 No espaço:

A regra de aplicação da lei processual no espaço é a lei do lugar, ou *Lex Fori* (art. 16 do CPC e art. 1<sup>o</sup>. do CPP<sup>66</sup>), ou seja, a norma jurídica em vigor tem aplicação em todo o território nacional, bem assim nas extensões territoriais por ficção jurídica - as aeronaves e as embarcações. Nos corpos diplomáticos, vige o tratado internacional do qual o Brasil é signatário, que confere imunidade aos embaixadores, cônsules e respectivas famílias, cujos membros residam na Embaixada ou no Consulado, e funcionários do corpo diplomático.

Excepciona esta regra geral o disposto nos arts. 7 a 11 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42), com as alterações determinadas pela Lei n. 12.376/10.

---

<sup>63</sup> **Art. 5<sup>o</sup>.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>64</sup> **Art. 2<sup>o</sup>.** A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

<sup>65</sup> Art. 6<sup>o</sup>, CF.

<sup>66</sup> **Art. 1<sup>o</sup>.** O processo penal rege-se-á, em todo o Território Brasileiro, por este Código, ressalvados:

I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II – (rev.)

III – os processos da competência da Justiça Militar;

IV – (rev.)

V – os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nos IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO E DO DIREITO PROCESSUAL

A evolução do processo não coincide com a evolução do direito processual. Processo, compreendido como a seqüência ordenada de atos destinados à solução de conflitos, é fato contemporâneo do conflito, ou seja, sempre existiu; já o Direito Processual, como ciência, é concepção moderna e arrojada de teóricos alemães. Examinemos, a seguir, em linhas gerais, a evolução de um e de outro, a partir de estudos específicos sobre o assunto.

### 1.1.7 DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO, SEGUNDO CHIOVENDA

<b>Período</b> <b>Característica</b>	<b>Romano</b>	<b>Germânico</b>	<b>Comum medieval</b>
Escopo ou fim do Processo	Vontade da lei <i>Res in iudicium deducta</i> - (Coisa deduzida em juízo)	Meio de <u>pacificação social</u> (juízos de Deus).	Modo de <u>resolução de questões</u> ; atividade privada; só se resolvia as questões pais (pagar ou não pagar e não competência).
Função do juiz	Função pública: Pretor ( <i>iurisdictio</i> )	Coordenar a atuação dos litigantes, em assembleias ( <i>ding</i> ), proclamando o resultado.	Tomar conhecimento das questões (verdade legal), não podendo avaliar racionalmente a prova.
Atos do juiz	<i>Interlocutiones e sententiaes</i> .	<u>Sentença central</u> sobre a prova e a <u>sentença definitiva</u> , que reproduzia a primeira.	<u>Sentenças interlocutórias</u> (apeláveis) e definitivas.
Função da prova	Proporcionar ao juiz <u>conhecimento dos fatos</u> alegados.	Dirigida ao adversário (duelos, ordálias ou juízos de Deus).	<u>Sistema da prova legal</u> com disciplina minuciosa dos meios admissíveis; a admissibilidade do testemunho dependia do sexo, fama, fortuna, número.
Coisa julgada	<u>Exigência de certeza e segurança</u> do gozo dos bens.	Inexistia.	<u>Presunção absoluta de verdade</u> (“preto/branco; quadrado/redondo”).
Forma do processo	<u>Oral</u> com observância dos princípios da imediação, da identidade física do juiz, da concentração, da oralidade e da publicidade.	<u>Oral</u> , mas devido ao analfabetismo dos germânicos.	<u>Escrito</u> , regulado pelos princípios, imediação, identidade física do juiz, concentração e publicidade; vários juízes podiam funcionar, um em cada fase; as partes não compareciam; depositavam seus escritos; depoimentos em “ata”.

### 1.1.8 EVOLUÇÃO DA DOUTRINA PROCESSUAL

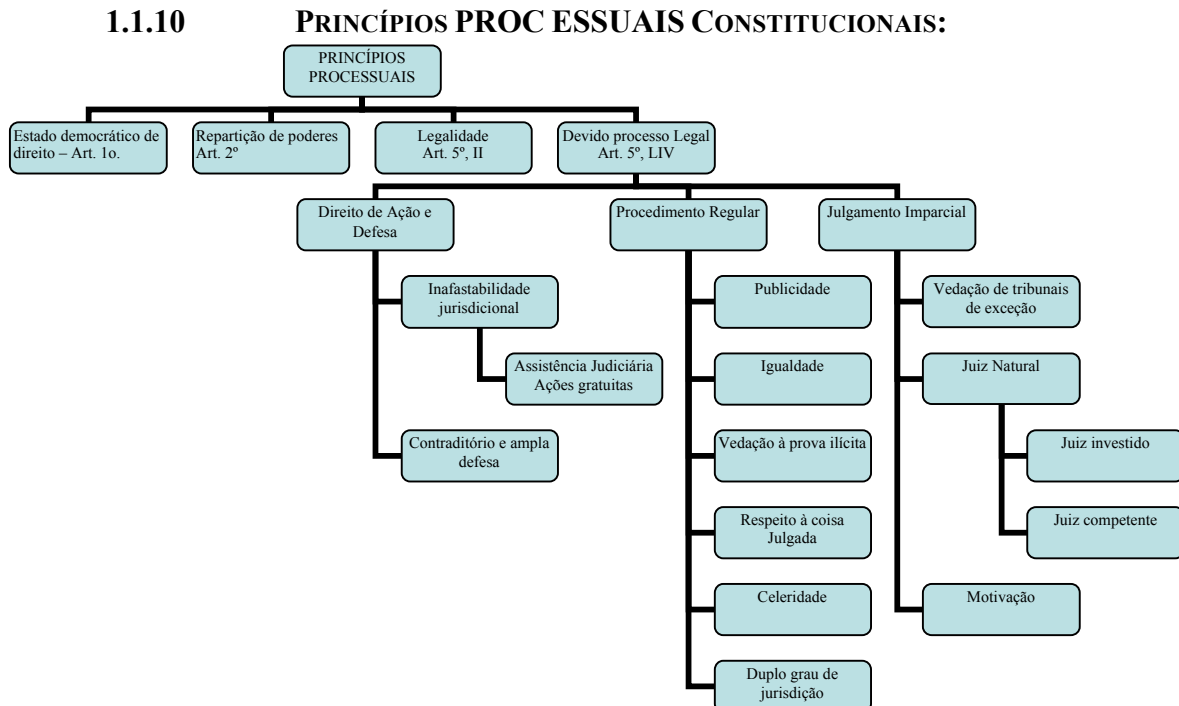
<b>Período primitivo</b>	<b>Escola Judicialista</b>	<b>Praxismo</b>	<b>Procedimentalismo</b>	<b>Processualismo Científico/Moderno</b>
Até séc. XI Idéias s/ justiça e seu funcionamento	Séc. XII e XIII - Escola de Bolonha (1088). <i>Speculum Iudiciale</i> (Duranti) - Séc. XIII e XIV - recepção Europa.	Séc. XVI ao começo do séc. XIX - Espanha (imprensa); oposição à teoria.	França Causa política: revolução francesa; Causa jurídica: legislação processual civil napoleônica (civil, 1806 e penal 1808).	Alemanha (1868) - Bülov; Wach (Ação).

### 1.1.9 DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

- Legislação lusa (Decreto de 20/10/1823 – ordenações Filipinas [Felipe I, 1603]);
- Código Criminal do Império de 16/12/1830, com 313 artigos (Modelo Inglês/Francês);

- Disposição Provisória acerca da administração da justiça civil (27 artigos);
- Regulamento 737, com 743 artigos, de 25/11/1850, acerca do juízo comercial, com base no Código Comercial (Lei n. 556, de 25/06/1850);
- Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941 (6 livros);
- Código de Processo Civil (CPC) – Lei n. 13.105 de 2015, que revogou a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973;
- Consolidação da Legislação Trabalhista (CLT) – Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943 (11 títulos); a EC 24/99 eliminou as juntas; a EC 45/05 eliminou a competência normativa, ampliando a competência em razão da matéria;
- Código Eleitoral (CE) – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1.965;
- Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1.988; e,
- Outras normas de natureza processuais inseridas na legislação extravagante.

## QUADRO SINÓTICO I - PRINCÍPIOS PROCESSUAIS



1. **Princípio do Estado democrático de direito** (art. 1º.<sup>67</sup>).
2. **Princípio da Repartição dos Poderes** (art. 2º<sup>68</sup> da CF).
3. **Princípio da Legalidade** (art. 5º, II<sup>69</sup> da CF).
4. **Princípio do Devido Processo Legal** (art. 5º, LIV<sup>70</sup> da CF):
  - a) **Direito de Ação e de Defesa:**
    - Acesso à justiça, ou inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV<sup>71</sup>, LXXIV<sup>72</sup> e LXXVII<sup>73</sup> da CF); e,
    - Contraditório e Ampla defesa (art. 5º, LV<sup>74</sup> da CF).
  - b) **Procedimento Regular:**
    - Publicidade (art. 5º, LX<sup>75</sup> e 93, IX, da CF);
    - Igualdade (art. 5º, *caput* e inc. I<sup>76</sup> da CF);
    - Proibição do uso de prova ilícita (art. 5º, LVI<sup>77</sup> da CF);

<sup>67</sup> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

<sup>68</sup> **Art. 2º.** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>69</sup> **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>70</sup> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>71</sup> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>72</sup> LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>73</sup> LXXVII – são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania;

<sup>74</sup> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>75</sup> LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>76</sup> I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

- Respeito à coisa julgada<sup>78</sup> (art. 5º, XXXVI<sup>79</sup> da CF);
- Celeridade processual (art. 5º., LXXVIII, CF); e,
- Duplo grau de jurisdição (princípio implícito).

c) **Julgamento Imparcial:**

- Proibição de juízos ou tribunais de exceção, nos quais não se inclui o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVII<sup>80</sup> e XXXVIII<sup>81</sup> da CF);
- Juiz natural:
  - Juiz investido;
  - Juiz competente (art. 5º, LIII<sup>82</sup> da CF); e,
  - Juiz imparcial (art. 139, I. CPC).
- Motivação (art. 93, IX<sup>83</sup> da CF).

### 1.1.11 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

#### 1. No Processo Civil

a. **Ação** (também chamado princípio Dispositivo ou Acusatório):

- Adotado, como regra, no direito brasileiro (art. 16 do CPC), em oposição ao princípio inquisitivo. Exceção: art. 878<sup>84</sup> da CLT; arts. Art. 2º., parte final e art. 370 do CPC, que compoem o núcleo do princípio do impulso oficial.

b. **Boa Fé ou Lealdade Processual** (arts. 79 a 81, 142, 774 e e 903 parágrafo 6º., do CPC).

c. **Oralidade:**

- **Imediação**: só quem convive com o processo pode decidir;
- **Concentração dos atos processuais**: vários atos num só momento;

d. **Irrecorribilidade das decisões interlocutórias** (vigora no processo trabalhista, mas, no processo civil, ainda é um ideal de justiça).

#### 2. No Processo Penal

a. **Constitucionais específicos:**

- **Reserva legal** (5º, XXXIX<sup>85</sup> da CF);

<sup>77</sup> LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>78</sup> **Coisa Julgada**: Relação jurídica já apreciada e decidida judicialmente (art. 467, CPC e art. 5º, XXXVI, CF).

<sup>79</sup> XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>80</sup> XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

<sup>81</sup> XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

<sup>82</sup> LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

<sup>83</sup> **Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>84</sup> **Art. 878.** A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio, pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Parágrafo único. Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho.

<sup>85</sup> XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;



- **Retroatividade da lei mais benéfica** (art. 5º, XL da CF);
- **Tratamento processual diferenciado**: crimes inafiançáveis (racismo, entorpecentes) e conflito com liberdade provisória sem fiança (art. 5º, XLII<sup>86</sup>, XLIII<sup>87</sup> e LXVI<sup>88</sup>, CF);
- **Pessoalidade da pena** (5º, XLV<sup>89</sup> da CF);
- **Individualização da pena** (art. 5º, XLVI<sup>90</sup> da CF);
- **Vedação de algumas penas** (art. 5º, XLVII<sup>91</sup>, XLVIII<sup>92</sup>, XLIX<sup>93</sup> da CF);
- **Presunção de inocência** (art. 5º, LVII<sup>94</sup> da CF);
- **Identificação** (art. 5º, LXIV<sup>95</sup> da CF);
- **Ação penal privada subsidiária da pública** (art. 5º, LIX<sup>96</sup> da CF);
- **Limites à prisão**:
  - **Somente judicial**
  - **Exceção**: flagrante delito: art. 5º, LXI<sup>97</sup>; Civil: LXVII<sup>98</sup> da CF

#### b. Processuais:

##### ▪ Promoção processual:

- Oficialidade (em regra, a ação penal é pública, dado o caráter público da reação contra o delito; excepcionalmente, é privada);
- Legalidade (o procedimento é dependente da forma prevista em lei);
- Acusação (o órgão acusatório (o MP) define os limites da lide).

##### ▪ Prosseguimento processual:

- Investigação (ampla, em busca da verdade real);
- Contraditoriedade (contraditório);
- Audiência: o direito de o acusado ser ouvido pelo juiz exige a sua presença pessoal ao ato, sob pena de nulidade (art. 6º, V<sup>99</sup>, c/c art. 185<sup>100</sup> e art. 564, III, “e”<sup>101</sup> do CPP, e a presença indireta, através do advogado);

<sup>86</sup>XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

<sup>87</sup>XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

<sup>88</sup>LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

<sup>89</sup>XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

<sup>90</sup>XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>91</sup>XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

<sup>92</sup>XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

<sup>93</sup>XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

<sup>94</sup>LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>95</sup>LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

<sup>96</sup>LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

<sup>97</sup>LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>98</sup>LXXVII – são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

<sup>99</sup>Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- Suficiência (evita-se obstáculos ao exercício da pretensão punitiva do estado: art. 92<sup>102</sup> e 93 do CPP);
- Concentração, que se traduz na realização do maior número possível de atos processuais num só momento.

- **Prova:**

- Investigação ou busca da verdade material, que permite investigação ampla, de ofício ou a requerimento;
- Livre apreciação da prova (igual aos demais processos);
- *In dubio pro reo*<sup>103</sup> (art. 386<sup>104</sup> do CPP; deriva-se do princípio constitucional de presunção da inocência).

- **Forma:**

- Publicidade;
- Oralidade;
- Imediação; e,
- Identidade física do juiz (estranhamente, a regra entrou para o processo penal e deixou de existir no processo civil).

### 3. **No Processo do Trabalho:** A atuação assistencialista da justiça do trabalho decorrente da índole protecionista do direito material trabalhista, e não de previsão legal.

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

<sup>100</sup> A lei 10.792/09 deu nova redação ao art. 185.

<sup>101</sup> **Art. 564.** A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

<sup>102</sup> **Art. 92.** Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

<sup>103</sup> *In dubio pro reo*: Na dúvida, decide-se a favor do acusado.

<sup>104</sup> **Art. 386.** O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – não existir prova de ter o réu concorrido para infração penal;

V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (artigos 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal);

VI – não existir prova suficiente para condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas;

III – aplicará medida de segurança, se cabível.

## PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

### 1.7.1 Compreensão e conceito

O nosso sistema jurídico compreende diversas espécies normativas, aqui chamadas de normas jurídicas, que tanto podem ser as regras – mais conhecidas entre nós como “leis” – quanto os princípios. Não raro, deparamo-nos com decisões judiciais em que a resolução da questão jurídica que foi apresentada ao Poder Judiciário foi feita não com base nas leis, mas com amparo nos princípios. Por isso, é necessário compreender e diferenciar estas duas espécies normativas.

De modo bem resumido, podemos diferenciar as regras dos princípios da seguinte maneira:

#### a. REGRAS

- i. Estabelecem condutas
- ii. Descrevem uma situação jurídica, vinculando fatos específicos que, se preenchidos os pressupostos por ela descritos, exigem, proíbem, permitem algo em termos definitivos
  1. Ex. matar alguém (art. 121, CP);
  2. Não podem casar os ascendentes com os descendentes (art. 1.521, CC);
  3. Só se adquire direitos reais sobre bens imóveis pelo registro (art. 1.227, CC).
- iii. São dirigidas a quem deve obedecê-las
- iv. Compreendem as leis, em seu sentido amplo

#### b. PRINCÍPIOS

- i. Não estabelecem condutas; logo, não são regras
- ii. Expressam um valor, uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, sem se referir a um fato particularizado, exigindo, tão somente, a realização de algo, e da melhor maneira possível.
- iii. São dirigidas ao legislador e ao aplicador da regra
  4. Ex.: *pio da inafastabilidade jurisdicional* (não se pode criar leis que afastem o direito de acesso à jurisdição)
  5. Ex.: *pio da igualdade* (perante o processo), *do contraditório e da ampla defesa* (não se pode dirigir um processo sem se deferir ao réu oportunidade de se defender e de exercitar o contraditório).

As normas jurídicas são, portanto, de fácil percepção, pois para conhecê-las, basta ler os textos legais editados pelo ente estatal que é detentor do poder de legislar. Já a percepção dos princípios e, sobretudo, de sua função, no sistema jurídico, demanda análise mais detalhada, para o que oferecemos algumas pistas, como se segue.

### c. PRINCÍPIO

- ii. i. É uma norma, que pode estar explícita ou implícita na ordem jurídica
  1. São princípio implícitos na CF: segurança jurídica, duplo grau de jurisdição (decorre das regras de organização judiciária, ou seja, da existência de órgãos julgadores com competência recursal), imparcialidade do juiz (componente do juiz natural)
- ii. Semelhanças e distinção entre regras e princípios:
  1. Os princípios situam-se no mesmo nível que as regras;
  2. Os princípios e as regras implicam-se reciprocamente; aqueles, de modo complementar; estas, de modo decisivo (“tudo ou nada”).
  3. As regras descrevem comportamentos; os princípios instituem meios para a promoção de fins almejados pela regra
    - a. Ex. Igualdade: como *regra* (art. 129, I, CPC), descreve um comportamento do julgador; como *princípio* (art. 5º., I, CF), institui um estado igualitário como fim a ser promovido, tanto na elaboração das leis quanto na sua aplicação
  4. Os princípios e as regras são normas objeto de aplicação
  5. Os princípios e as regras têm como destinatário o Poder Público e os jurisdicionados

Podemos dizer que os princípios são o alicerce do sistema jurídico de uma nação. Eles podem estar previstos na ordem jurídica interna, ou decorrer da ordem jurídica internacional, ou seja, constarem de tratados internacionais celebrados pelo país. Tantos uns quanto outros, são estabelecidos para orientar o legislador, na produção das normas jurídicas, bem como o julgador, no momento de aplicá-las. Representam garantias para o povo contra a atuação arbitrária e indevida do Estado - tanto do Estado-legislador, quanto do Estado-julgador. Como é o Estado que produz as normas jurídicas que irão fixar as regras de conduta que deverão ser observadas por todos aqueles que praticarem as ações previstas, abstratamente, na norma, podendo fazê-lo livremente, é necessário haver uma limitação a este poder do Estado, sob pena de se ter uma atuação estatal absolutista. Outrossim, como é o Estado que exerce a atividade julgadora, é necessário, também, a fixação dos princípios que devem ser observados pelos julgadores, além, é claro, da fiel observância da lei.

Os princípios exercem, pois, esta função, de limitar a atuação estatal. Com o surgimento do constitucionalismo, passou-se a inserir, nas Constituições, os parâmetros da atuação estatal, estabelecendo, cada Constituição, os princípios que o Estado deve observar. Daí porque o legislador constituinte brasileiro de 1.988 elencou, nos incisos do art. 5º, vários princípios constitucionais, que exercem dupla função: num primeiro plano, direcionam o legislador infraconstitucional na produção das normas jurídicas e estabelecem os limites de sua atuação; no segundo plano, direcionam e limitam a atuação dos órgãos julgadores, tanto administrativos

como os componentes dos diversos órgãos do Poder Judiciário, no seu mister de aplicar, aos casos concretos, a norma jurídica previamente elaborada pelo Poder Legislativo.

Historicamente, observa-se que houve época em que não se tinha garantia alguma de se ter um julgamento justo. O primeiro documento garantidor de um processamento adequado foi a Carta de 1215, que foi imposta pelo baronato ao rei João Sem Terra, da Inglaterra, sob pena de perder o trono e a cabeça; em 1354, a cláusula *due process of law* ou *due process clause* constou do Código de Westminster, na Inglaterra; daí, foi exportada para os EEUA, onde existe o *substantive due process of law* - garantia à vida, à liberdade e à propriedade, e o *procedural due process*: garantia de se conhecer a demanda, ter um advogado, produzir prova e ter um julgamento justo.

Dentro deste quadro, estudaremos, primeiramente, os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, ou seja, aqueles que estão previstos na Constituição brasileira e que devem ser observados na processualização das demandas; depois, examinaremos os princípios processuais, isto é, aqueles que estão previstos na legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal), aplicáveis aos respectivos processos, cíveis e penais.

## 1.7.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DE DIREITO PROCESSUAL, COMUNS A TODOS OS SISTEMAS:

### 1.7.2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para o direito processual, o mais importante dos princípios é o do estado democrático de direito, sobre o qual a Constituição dispõe:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).*

Por ele, o legislador constituinte pátrio fez opção pelo Estado de direito – e não arbitrário – dispondo que o direito será construído de forma democrática, isto é, pelo povo, diretamente ou através de seus representantes, contrapondo-se à concepção de Estado de direito, mas onde a criação do direito é obra de entes estatais que não são eleitos pelo povo<sup>105</sup>.

Estado democrático de direito é aquele em que o povo tem o poder de criar o direito, que tem como fonte primária a norma jurídica, ou seja, a lei, em sentido amplo.

---

<sup>105</sup> Declaração Francesa, Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. (...).

### **1.7.2.2 REPARTIÇÃO DE PODERES**

O segundo mais importante dos princípios é o da separação dos poderes. Sem ele, não teríamos a certeza de que haveria repartição das funções estatais, de forma a se atribuir a um dos poderes estatais a tarefa de elaboração das normas jurídicas que serão aplicadas por outro poder. A consequência da não consignação deste princípio, na Constituição, ou de sua inobservância, é a concentração dos poderes, e correríamos o risco de voltarmos ao tempo do absolutismo e depararmos com situações em que um só poder elabora a lei e a aplica.

A separação dos poderes e a atribuição de funções específicas a cada um deles é instrumento garantidor de liberdades, porque, enquanto o Poder Legislativo cria leis abstratas, o Poder Judiciário as aplica, quando solicitado, aos casos concretos, e o Executivo exerce as funções administrativas. Estado sem separação de poderes não é democrático, tanto que, desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, tornou-se imperioso que todo Estado Democrático tenha uma Constituição e, nela, separe os poderes<sup>106</sup>.

No Brasil, a Constituição prevê a separação de poderes, ao dispor:

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Modernamente, os constitucionalistas preferem discutir a questão da repartição das funções estatais, separando-as em típicas e atípicas, ao invés da separação dos poderes – que se tornou óbvia.

### **1.7.2.3 DA LEGALIDADE**

O terceiro princípio constitucional processual mais importante é o da legalidade, que está explicitado na Carta constitucional brasileira. Estado estruturado sob este princípio, onde as leis são elaboradas pelo povo, diretamente ou através de seus representantes, é o que se denomina estado democrático de direito.

O princípio da legalidade garante a liberdade legal, ou seja, por ele,

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

O pio da legalidade desdobra-se dois: o da legalidade geral e da legalidade estrita.

---

<sup>106</sup> Idem, Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Do princípio da legalidade geral decorre outro – o da irretroatividade da lei – segundo o qual a lei de natureza material não retroagirá, salvo quanto à de natureza penal, que retroagirá, se para beneficiar o acusado, em processo penal e nos processos administrativos disciplinares.

#### 1.7.2.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL

É um princípio constitucional que foi explicitado, pela primeira vez, na Constituição de 1988, embora já vinha sendo explicitado nas declarações internacionais, desde a Declaração Francesa<sup>107</sup>.

Na declaração da ONU<sup>108</sup>, lê-se, no art. XI, 1: *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*.

No Pacto de *San José de Costa Rica*, no art. 8.1, enumerou-se as garantias judiciais: *“1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”*

Foi, portanto, em razão da obrigação assumida pelo Brasil, no Tratado Internacional denominado Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH<sup>109</sup>, que o pio do devido processo legal foi explicitado, na Constituição atual.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) assegura o direito a um julgamento conforme a lei, feito pelo julgador competente, com a utilização dos meios e recursos adequados, nos momentos oportunos, e a uma decisão motivada.

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

---

<sup>107</sup> Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas (...).

<sup>108</sup> Adotada e proclamada pela Resolução 217- A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

<sup>109</sup> Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992

Neste princípio estão condensados todos os demais, pois o respeito ao devido processo legal pressupõe a DEVIDA observância de todas as regras LEGALMENTE previstas, durante o a realização de todos os atos que compõem o PROCESSO.

Entretanto, em sede de Teoria Geral do Processo, limitar-nos-emos a examinar, tão somente, alguns dos princípios - apenas aqueles cuja observância é mais facilmente perceptível no exame teórico do processo.

#### 1.7.2.4.1 **DIREITO DE AÇÃO E DEFESA**

##### 1.7.2.4.1.a **ACESSO À JUSTIÇA:**

Em decorrência do princípio da igualdade, ação e defesa merecem tratamento jurídico isonômico. Assim, o legislador explicitou o direito de ação (art. 5º, inc. XXXV) e fez o mesmo com o direito de defesa (art. 5º, inc. LIV), contendo, cada qual destes princípios, conteúdos jurídicos diversos, mas complementares.

O direito de ação, amplo e irrestrito tal como está disponibilizado, na Constituição brasileira, determina a possibilidade de acesso de todos aos órgãos do Poder Judiciário, sem distinção, desde que obedecidas as condições previstas na legislação processual para o exercício do direito.

A CF assegura a universalidade da jurisdição, através do amplo e irrestrito (salvo a observância das condições da ação) acesso ao poder judiciário, quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito. Assegura, também, o direito de acesso em casos específicos, enumerados no próprio texto constitucional, em que não há lesão de direito, através das chamadas ações objetivas, tais como as do controle concentrado de constitucionalidade.

Dois princípios revelam a garantia constitucional de ampla acessibilidade: um, explicitado no art. 5º, inc. XXXV, proibindo que a edição de normas jurídicas infraconstitucionais impedindo que determinadas lesões, ou receios de lesão, sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário; outro, no inciso LXXIV, do mesmo artigo, disponibilizando meios estatais para àqueles que, por sua condição de hipossuficiência, não possam arcar com os encargos da demanda, possam fazê-lo, às expensas do Estado, que os dispensa do recolhimento de custas, despesas processuais e emolumentos judiciais, e, se necessário, lhes concede, também, e cumulativamente, o serviço advocatício, quer seja através das Defensorias Públicas, quer seja através de convênios.

Destaca-se, a seguir, os dois princípios que compõem o núcleo da direito constitucional de acesso à jurisdição.

##### 1.7.2.4.1.a.1 **Inafastabilidade jurisdicional**



Trata-se de pio consticucional explícito, direcionado ao legislador, e não ao jurisdicionado. Diz o texto normativo:

*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Por este princípio, a Consituição diz, explicitamente, que o legislador não pode criar restrições ao exercício do direito constitucional de ação, ou seja, não pode vedar o acesso de quem tenha seu direito lesado, ou esteja na ameaça de vir a tê-lo, à jurisdição, submetendo sua pretensão, ou seu direito, ao Poder Judiciário.

Todavia, é possível que o legislador infraconsitucional estabeleça algumas condições para o exercício do direito constitucional de ação. Daí porque se diz que o exercício do direito constitucional de ação não pode ser confundido com o do direito processual de ação, vez que este se submete ao regramento legal infraconstitucional específico para cada espécie de ação, mas a inobservância das condições da ação, num determinado processo, não impede o exercício do direito constitucional de ação, impedindo, apenas, a obtenção de uma decisão de mérito.

#### **1.7.2.4.1.a.2      Assistência judiciária gratuita (ou gratuidade da justiça, no novo CPC (art. 98-102))**

Trata-se de princípio consitucional explícito, extraído da vetusta Lei n. 1.060, de 1950, e erigido a dogma constitucional, depois de quase quatro décadas de efetiva aplicação. Diz o texto infraconstitucional (Lei n. 1.060, de 1950, com nova redação da Lei. n. 7.510/86, e alterações da Lei 10.317/01):

*Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.*

*Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.*

*Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.*

*Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:*

*I - das taxas judiciárias e dos selos;*

*II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;*

*III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;*

*IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;*

*V - dos honorários de advogado e peritos.*

*VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.*

*VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.*

Com igual conteúdo jurídico, o texto normativo constitucional afirma:

*LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

Este princípio traduz-se, no processo civil, no direito à isenção de despesas processuais, ou o seu pagamento parcelado (custas e demais emolumentos), bem como designação de advogado e/ou nomeação de defensor público; no processo penal, na nomeação de defensor público ou advogado dativo ao acusado (art. 263), e, também, ao ofendido (art. 32), nos crimes de ação privada.

#### **1.7.2.4.1.a.3 Gratuidade para o exercício de garantias constitucionais**

Além da assistência judiciária gratuita, o legislador constituinte dispõe, expressamente, que o exercício do direito através de determinados remédios jurídicos constitucionais é dispensado do pagamento de custas e emolumentos judiciais, dado o seu caráter libertário; trata-se de um mecanismo de ampliação do acesso ao Poder Judiciário. Na dicção consitucional:

*LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.*

#### **1.7.2.4.1.b CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA**

Trata-se de pio consitucional explícito, a ser aplicado dentre dos limites do devido processo legal, que abrange toda e qualquer espécie de processo, jurisdicional ou não, e compreende dois núcleos diferentes e complementares, quais sejam o direito ao contraditório, aplicável tanto no direito de ação, quanto no de defesa, e o direito à ampla defesa, que é específico para a defesa.

Assim é que a Constituição Federal garante, expressamente:

*LV - aos litigantes<sup>110</sup>, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Como se vê, a Constituição Federal determina, expressamente, que este princípio é de aplicação geral, ou seja, tanto ao processo judicial quanto administrativo.

---

<sup>110</sup> Litigantes, aqui, tem sentido de contendedores, pois tecnicamente só há litígio quando o conflito é processualizado perante o poder judiciário; nos demais casos, há, apenas, conflito.

Quando o legislador assegura o direito ao CONTRADITÓRIO, em todo e qualquer processo – em sentido amplo - significa que garante o direito de reação mais o direito à informação; quando assegura a AMPLA DEFESA garante que a parte tem o direito de exercer a defesa que tiver e, também, que o julgador deve tomar em consideração os argumentos defensórios, pois “*audiatur et altera pars*”. Este princípio tem repercussão no princípio da motivação das decisões, pois é através da motivação que o jurisdicionado sabe se o julgador deferiu-lhe o contraditório e a ampla defesa de modo efetivo, ou seja, se apreciou suas razões, ou se o fez apenas formalmente, isto é, deu-lhe oportunidade processual para a apresentação de sua contradição e/ou de sua defesa, mas suas razões não foram apreciadas, ou foram apreciadas, mas não foram tomadas em consideração, no ato de decidir – o que representa, igualmente, violação da garantia.

Este princípio é assegurado a todos os litigantes, tanto os que buscam a atuação do Estado na esfera jurisdicional, ou seja, quando há a dicção do direito pelo Poder Judiciário, quanto na esfera administrativa, isto é, quando os conflitos se processam perante a administração pública de quaisquer dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No primeiro caso, temos, por exemplo, a situação de uma pessoa que está processando alguém ou sendo processada perante o Poder Judiciário; no segundo, enumeramos casos tais como (1) de demissão de servidor público, (2) de processo administrativo perante os órgãos que fiscalizam o exercício de profissões (OAB, CRM) e, (3) das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's.

O princípio do CONTRADITÓRIO compreende o direito à ciência e à participação, abrangendo a cientificação de todos os atos processuais e a contradição das razões da parte adversa, de tal forma que o processo não seja uma “caixinha de surpresas”, mas uma sequência preordenada de atos que se desenvolvem de forma dialética, em que a atuação de uma parte deve ser cientificada à parte adversa. Em simples palavras, nada pode acontecer em segredo, tendo as partes o direito de saber o que contra ela se trama, para que possa exercer, em tempo oportuno e na forma legal, a defesa que tiver.

O direito à ciência compreende, no **processo civil**, (a) o direito à citação válida, através da qual o réu toma ciência da demanda instaurada contra ele (art. 238<sup>111</sup>) e tem a oportunidade de responder; (b) o direito à intimação, na forma legal, através da qual as partes são comunicadas da realização de todos os atos processuais (art. 269<sup>112</sup>); e, (c) o direito à notificação, que ocorre no processo trabalhista e no Mandado de Segurança, com efeitos semelhantes ao da citação.

---

<sup>111</sup> Art. 238, CPC. Citação é o ato pelo qual são convocados qual o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual

<sup>112</sup> Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.

Compreende, ainda, (a) o direito à nomeação, pelo juízo, de curador ao réu revel, se citado por edital e/ou por hora certa e, ainda, se estiver preso, à disposição do Estado; (b) o direito à defesa, pelo MP ou por curador, quando a parte for incapaz (art. 72, I e II<sup>113</sup>); e, (c) o direito de contar com a participação assistencial do MP (art. 179, II<sup>114</sup>), quando a parte - autora ou ré - é incapaz.

No processo civil, a defesa do réu revel assume as seguintes posições:

- se citado pessoalmente e não apresenta defesa no prazo legal, o juízo decreta a revelia<sup>115</sup> quanto à matéria de fato, e o processo prossegue, normalmente;
- se citado por edital, e não apresenta defesa, o juízo nomeia um curador (art. 72, II), que apresenta a defesa que julgar oportuna, e o processo prossegue, normalmente.

No **direito processual penal**, aplica-se o princípio do contraditório e da ampla defesa em sentido amplo, e, por isto, o direito à ciência compreende o direito de o acusado (a) conhecer a acusação, através da citação pessoal<sup>116</sup>; (b) produzir defesa técnica, através de advogado por ele constituído ou que lhe seja nomeado pelo Estado, se não tiver um; (c) produzir a autodefesa, através do silêncio, durante o interrogatório, e da presença pessoal aos atos da instrução; (d) acompanhar, pessoalmente, a produção de provas e fazer a contraprova; (e) recorrer, quando a decisão lhe for desfavorável; e, (f) promover ação de revisão criminal, quando cabível (art. 621<sup>117</sup> e 622<sup>118</sup>).

No processo penal, não há revelia e a defesa do réu que não responde aos termos da ação assume as seguintes posições:

- se menor, tem direito a um curador (art. 262<sup>119</sup>);

---

<sup>113</sup> Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado

<sup>114</sup> Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I – interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse da terra rural ou urbana

<sup>115</sup> Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e reputar-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

<sup>116</sup> CPP, art. 351. A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.

<sup>117</sup> Art. 621. A revisão dos processos fidos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

<sup>118</sup> Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

<sup>119</sup> Art. 262. Ao acusado menor dar-se-á curador.

- se citado pessoalmente e não apresenta defesa no prazo legal, o juízo nomeia um defensor dativo (art. 263<sup>120</sup>)
- se citado por edital, e não apresenta defesa, suspende-se a tramitação do processo e, também, a prescrição (art. 366, CPP<sup>121</sup>, com a redação da Lei n. 9.271/96)

Ou seja, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261, CPP).

Importante consignar, ainda, que o inquérito policial é mera peça informativa<sup>122</sup> que se desenvolve sem o contraditório; por isso, os elementos probatórios nele contidos não podem ser aproveitados no processo, para efeitos de condenação, a não ser que a prova seja colhida, novamente, perante o órgão competente do Poder Judiciário, sob o crivo do contraditório.

Portanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa é condição de validade dos atos processuais, que devem ser realizados de acordo com a norma processual pertinente, isto é, com observância do devido processo legal.

Em regra, tão logo o processo é instaurado, realiza-se o ato processual de cientificação da parte adversa, que, assim, passa a ter o direito à defesa. Entretanto, há situações excepcionais, em que a lei prevê regras processuais específicas, permitindo a prática de atos processuais sem a prévia ciência do réu, sob o fundamento de *urgência* na obtenção da prestação jurisdicional e do perigo da demora (*periculum in mora*), ou ainda, em caso de *evidência*; nestes casos, antecipa-se, excepcionalmente, a tutela jurisdicional pretendida, total ou parcialmente, sem prévia oitiva da parte contrária (*tutela inaudita altera parte*); todavia, sempre, há que se permitir a defesa do réu, antes da sentença ou no momento oportuno, determinado pela lei, sob pena de violação do pio do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, de nulidade absoluta dos atos processuais. No novo Código de Processo Civil, o Título II (art. 300 a 311) cuida da Tutela de Urgência, que se divide em tutela antecipada e tutela de evidência, estabelecendo regras específicas para a prestação jurisdicional não exauriente, sem prévia ciência da parte adversa.

#### **1.7.2.4.2 DIREITO A UM PROCEDIMENTO REGULAR**

##### **1.7.2.4.2.a Igualdade**

A Constituição garante o tratamento igualitário a todos os que se encontram na mesma situação, quanto ao exercício de direitos e obrigações, dispondo:

<sup>120</sup> Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

<sup>121</sup> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

<sup>122</sup> Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

Este princípio está direcionado ao Poder Legislativo, significando que, ao elaborar as normas jurídicas, deve fazê-lo garantindo a todos a igualdade preconizada na Constituição, sendo-lhe permitido, entretanto, estabelecer igualdades artificiais, criando privilégios para algumas pessoas que se encontram em determinadas situações, desde que o faça para garantir o reequilíbrio substancial, ou seja, para elevar uns, que se encontram em situação desfavorável, à mesma condição de outros, que se encontram em situações mais favoráveis.

O princípio da igualdade repercute no direito processual na medida em que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o dever de assegurar a todos, durante a processualização das demandas, a igualdade prevista na legislação pertinente.

A matriz do pio da igualdade está na CF, mas ele é assegurado, efetivamente, pela legislação infraconstitucional processual, especificamente, no Código de Processo Civil, quando determina, no art. 139, I, CPC, que o julgador o dever de assegurar às partes a igualdade processual.

As igualdades artificiais, no âmbito do direito processual, são construídas pelo legislador infraconstitucional a partir de determinados parâmetros que evidenciam a desigualdade entre os sujeitos processuais, dentre os quais destacamos: (a) a posição de superioridade do Estado sobre o acusado, no processo penal; (a) a predominância do interesse público sobre o privado, no processo civil; (c) a incapacidade das partes (menoridade ou outra incapacidade); (d) a idade das partes e a demora na tramitação dos processos, no processo civil; e, (e) a hipossuficiência, não só de recursos financeiros – o que é suprido com a assistência judiciária – mas, também, da possibilidade de produzir provas quanto a determinados fatos e em específicas situações, tal como na possibilidade de se inverter o ônus da prova, na defesa do consumidor quanto às relações de consumo.

É o que acontece, excepcionalmente, no **processo civil**, quando o legislador impõe ao juiz o dever de nomear curador ao incapaz (art. 72, I), assim como ao réu preso e ao réu revel, citado por edital ou hora certa (art. 72, II, CPC), e o faz, em ambos os casos, para igualar a posição destes sujeitos processuais que se encontram em posição manifestamente desfavorável à de seus opositores, no processo. Ou, ainda, quando a lei defere a assistência ou a representação de incapazes, pelo MP (178, II, CPC). Nestes casos, um dos sujeitos processuais está assistido,

ou representado, pelo órgão estatal, enquanto o outro não dispõe desta prerrogativa. Esta aparente desigualdade é imposta pelo legislador para igualar a posição do incapaz à de seu opositor, que é capaz. De igual modo e com igual justificativa, é o que ocorre quando a lei (art. 180, CPC) defere ao Ministério Público prazo em dobro se manifestar nos autos, com início a partir da intimação pessoal (art.183, parágrafo 1º.). Na processualística anterior, deferia-se prazos especiais à Fazenda Pública, sob o fundamento de que eventuais fracassos do Estado repercutem no patrimônio do povo, que suporta, efetivamente, todos os encargos estatais, através do sistema tributário. Entretanto, na era da informática, estes são privilégios que não mais se justificam e só fazem retardar, ainda mais, a já tão demorada prestação jurisdicional, razão pela qual foram revogados.

**DE IGUAL MODO, QUANDO A LEI IMPÕE O REEXAME OBRIGATÓRIO, PELO RESPECTIVO TRIBUNAL, ÀS DECISÕES PROFERIDAS PELOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA CONTRA AS FAZENDAS PÚBLICAS (ART. 496, CPC), EXCETO SE A CONDENAÇÃO FOR INFERIOR A MIL (1.000), QUINHENTOS (500) OU CEM (100) SALÁRIOS MÍNIMOS, RESPECTIVAMENTE, PARA A UNIÃO E AS RESPECTIVAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, OS ESTADOS E/OU O DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS, OU, AINDA, SE A SENTENÇA ESTIVER FUNDAMENTADAS EM SÚMULAS DO STF OU DE TRIBUNAL COMPETENTE (VIDE PARÁGRAFOS 1º. E 2º., DO ART. 496, CPC), ESTABELECE, TAMBÉM, DESIGUALDADE AOS SUJEITOS PROCESSUAIS. A JUSTIFICATIVA É A MESMA, OU SEJA, A PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO, ESTABELECENDO MAIOR CERTEZA JURÍDICA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUANDO O VENCIDO É O ESTADO, POIS OS ÔNUS, QUE SÃO SUPORTADOS PELO POVO, DEVEM SER MINIMIZADOS, MESMO QUE EM PREJUÍZO DA PARTE ADVERSA.**

No mesmo sentido, o legislador prevê a fixação de honorários reduzidos, quando a Fazenda Pública for parte – autora ou ré (art. 85, parágrafo 3º., CPC).

Com outras finalidades e igual fundamento, permite-se, excepcionalmente, que o juízo inverta o ônus da prova, nos processos cujo objeto é uma relação jurídica entre consumidor e fornecedor, devido à dificuldade daquele provar fatos complexos e cuja prova é mais acessível ao fornecedor, e, desde que devidamente justificado, em outras situações.

Noutras situações, tal como na concessão das tutelas provisórias, tanto nas tutelas de urgência quanto nas de evidência (art. 300 a 311, CPC), quando o legislador autoriza medidas judiciais sem prévia audiência da parte adversa, estabelece, também, desigualdade entre as partes. Nestes casos, há o deslocamento da oportunidade processual de defesa da parte ré para um momento posterior, o que se dá para garantir a efetividade da prestação jurisdicional em situações específicas, em que há perigo na demora em se proferir a decisão, se for observado o procedimento comum, ou quando há evidência do direito postulado. A justificativa é que a morosidade da prestação jurisdicional deve ser atribuída a uma das partes, e, nestes casos, é melhor que onere mais o réu do que o autor que, pelo menos em tese, é o detentor do melhor direito.

Algumas desigualdades processuais não encontram justificativa jurídica, mas, apenas, política, tal como ocorre quando o legislador cria, através de legislação específica, condições especiais para a processualização de determinadas demandas, bem como procedimentos específicos, tais como na busca e apreensão de bens móveis financiados com reserva de domínio (Decreto-lei n. 911/69<sup>123</sup>) ou nas execuções hipotecárias de empréstimos do Sistema Financeiro de Habitação (Lei n. 5.741/71). Tais prerrogativas visam, na verdade, proteger do inadimplemento determinadas categorias econômicas – no caso, montadoras de veículos, incorporadoras e construtoras de imóveis.

Há situações em que a desigualdade dos sujeitos processuais é estabelecida como sanção pela prática de conduta atentatória à dignidade da justiça, tal como sucede quando a lei prevê o impedimento de o réu falar nos autos, em caso de atentado (art. 77, parágrafo 7º., CPC).

No processo penal, onde o Estado atua, através de vários órgãos, investigando, acusando e julgando – e, em caso de réus hipossuficientes, também defendendo o acusado, através das Defensorias Públicas - há, evidentemente, maior necessidade de se igualar, artificialmente, os sujeitos processuais, devido à manifesta superioridade da parte que acusa – em regra, o Ministério Público, que é um órgão acusador estatal - frente ao acusado, em regra, pessoa natural. São exemplos de situações em que o legislador cria condições favoráveis à igualdade dos sujeitos processuais, no processo penal, tais como (a) o art. 262, do CPP impõe ao juiz o dever

---

<sup>123</sup> Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.



de nomear curador ao menor; (b) o art. 263, do CPP, afirma que o juiz nomeará defensor dativo ao réu que, comparecendo ao interrogatório, informar que não possui advogado para defendê-lo; (c) o art. 386, VII<sup>124</sup>, do CPP, determina que o juiz<sup>ii</sup> absolverá o réu por insuficiência de provas, dada a sua condição de inferioridade perante a parte adversa, que é o Estado. Este princípio está previsto, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, o *Pacto de San José de Costa Rica*. Outra situação interessante é possibilidade de Revisão Criminal, que, igualmente, só é permitida ao acusado, em caso de condenação, conforme previsto no art. 623 a 26, CPP. Tais disposições são reproduções do que consta na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ainda considerando a debilidade da posição do réu frente ao Estado, havia a previsão legal do protesto por novo júri (art. 607 e 608 do CPP); entretanto, tais disposições foram revogadas.

Veja-se que, para igualar a posição dos sujeitos processuais, o legislador estabelece um procedimento diferenciado, quanto ao desenvolvimento do processo, quando o réu não se defende, nas duas distintas espécies:

<b>Posições do réu</b>	<b>Espécie de processo</b>	<b>Desenvolvimento do processo</b>
Citado pessoalmente; não contesta	Civil	Decreta-se a revelia, quanto às questões fáticas; o processo prossegue, normamente
	Penal	O juízo nomeia curador para a defesa do réu (não há revelia)
Réu citado por edital ou por hora certa; não apresenta defesa	Civil	O juízo nomeia curador para a defesa
	Penal	Suspende-se a tramitação do processo

Conclui-se, pois, que na ordem jurídica em geral, há situações em que o próprio legislador estabelece regras que criam desigualdades entre os sujeitos processuais. Nestes casos, cabe ao intérprete investigar se está estabelecendo privilégios – o que é vedado – ou se está, apenas, reequilibrando a posição de inferioridade em que um deles se encontra. Naquela hipótese, a norma é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade; nesta, não o é, porque confirma o princípio.

#### **1.7.2.4.2.b Respeito à coisa julgada**

<sup>124</sup> Art.386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação

As relações jurídicas devem gozar de relativa estabilidade, e, por esta razão, a decisão proferida pelos órgãos do Poder Judiciário goza do caráter de definitividade, após o seu trânsito em julgado.

Diz-se que há coisa julgada quando a decisão judicial transitou em julgado, o que ocorre quando não mais se sujeita a recursos, quer seja pelo exercício, pelo vencido, de todos os recursos que a lei lhe disponibiliza, quer seja pelo escoamento do prazo recursal em branco, isto é, quando a parte deixa de recorrer, no prazo legal.

A Constituição assim preceitua, acerca da garantia:

*XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Este princípio já estava previsto na legislação processual civil de 1973 e foi expressamente consignado no art. 502 CPC; ainda assim, a Constituição o reafirmou, expressamente, passando, então, a ser um princípio constitucional processual explícito.

A doutrina distingue a coisa julgada formal da material, mas, na verdade, esta é uma característica daquela, ou seja, para que haja a coisa julgada material é necessário que tenha havido, também, a coisa julgada formal.

A coisa julgada formal transforma em imutável a decisão judicial em que não houve resolução do mérito, e a coisa julgada material alcança a decisão judicial em que o mérito foi decidido.

Assim, quando a decisão judicial extingue o processo sem resolução de mérito, e transita em julgado, encerrada está a prestação jurisdicional, mesmo que a questão central (o mérito) não tenha sido decidida, o que significa dizer que, naquele processo, não é possível analisar a questão sobre a qual incide a pretensão. Logo, o mérito não poderá ser analisado naqueles autos, mas poderá sê-lo em outro processo, através de outra ação.

Por outro lado, quando a decisão judicial extingue o processo com resolução de mérito, e transita em julgado, encerrada está a prestação jurisdicional, e, tendo a questão central (o mérito) sido decidida, não mais poderá ser analisada pelo Poder Judiciário, em outra ação.

Quanto à coisa julgada material, há exceções, previstas na legislação infraconstitucional, a respeito da imutabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado.

No processo civil, o legislador admite que a sentença seja objeto de ação rescisória, no prazo de até dois anos (art. 975, CPC) após o seu trânsito em julgado, nas limitadas situações enumeradas no art. 966, desde que observadas as exigências legais (art. 968, CPC), tais como o depósito prévio do valor equivalente a cinco por cento do valor da causa (inc. II).

Já no processo penal, a decisão judicial transitada em julgado submete-se a regramento diferente, dependendo de o acusado haver sido absolvido ou condenado. No primeiro caso, tão logo transita em julgado, torna-se imutável; no segundo, submete-se à Revisão Criminal, por prazo indeterminado, nas hipóteses legais (art. 621, CPP<sup>125</sup>).

Há, ainda, raras situações em que a garantia da coisa julgada é relativizada, tais como quando a decisão contraria evidências que, ao tempo em que foi proferida, não existiam, em casos como em paternidade declarada judicialmente e, posteriormente, refutada no exame de DNA.

#### **1.7.2.4.2.c Inadmissibilidade da prova ilícita**

A licitude na obtenção da prova é garantia de sua validade; por isto, provas colhidas sem o devido respaldo legal não têm valor probante. Este tema revele-se tormentoso, havendo tendências à aceitação da prova ilícita quando o bem tutelado é de valor maior. Nestes casos, a questão deve ser decidida com base em postulados (razoabilidade, proporcionalidade etc), e não no pio ora estudado, garantido pela Constituição nos seguintes termos:

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*

A prova que serve à justiça é a prova colhida pelos meios legais, sem a violação do direito material – a prova lícita; a que não ostenta estas características é a chamada prova ilícita.

No Código de Processo Civil, a prova é tratada no Capítulo VI – artigos 369 a 484. Diz o art. 369 que as partes têm direito de empregar *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”* O Código especifica, como meios de prova, a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, bem como a prova documental – com uma Seção específica para os documentos eletrônicos -, a prova testemunhal, pericial e a inspeção judicial.

O Código de Processo Penal dedicou o Título VII, artigos 155 a 250 à prova. As espécies de prova, no processo penal, são: (a) o exame de corpo de delito e as perícias em geral, quando a infração deixar vestígio; (b) o interrogatório do acusado; (c) a oitiva do ofendido; (d) a confissão, (e) a prova testemunhal, (f) o reconhecimento de pessoas e coisas, quando necessário; (g) a acareação, quando houver divergência sobre fatos ou circunstâncias relevantes; (h) a prova documental, (i) os indícios, assim considerados a circunstância conhecida e provada que tem

---

<sup>125</sup> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

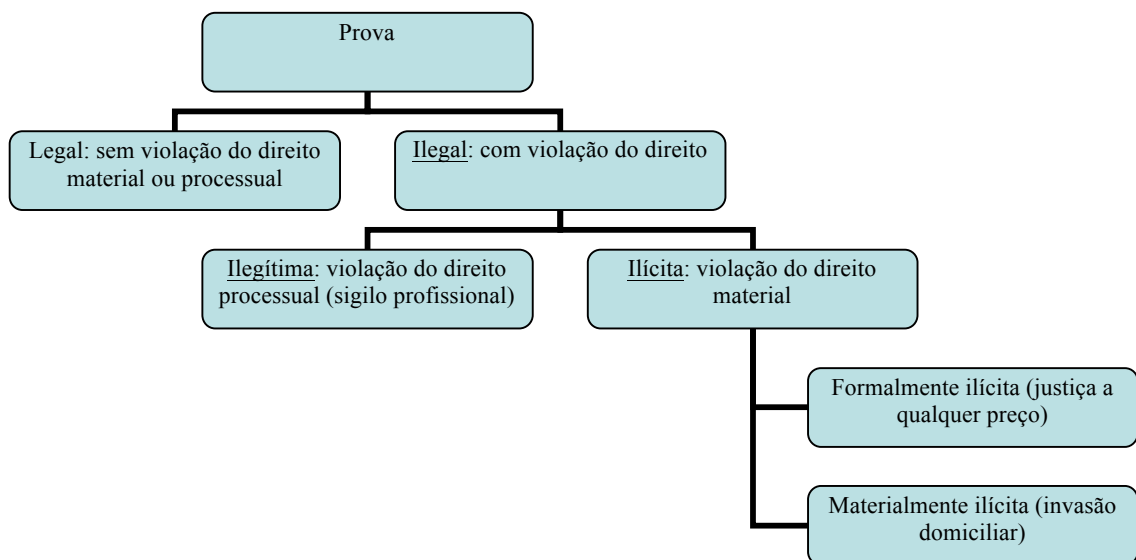
I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

relação com o fato de forma a autorizar, por indução, concluir pela existência de outra circunstâncias; (j) a busca e apreensão.

Todas as provas devem ser colhidas com respeito ao direito, tanto material quanto processual, sob pena de serem consideradas ilegais. Dentre estas, diz-se que são ilegítimas as colhidas ilegalmente, com violação do direito processual (Ex.: testemunhas da defesa ouvidas antes das testemunhas da acusação; quebra o sigilo bancário sem fundamentação), e ilícitas as que são colhidas com violação do direito material (Ex.: violação do domicílio para obter a prova; tortura para obter a confissão; violação de correspondência para comprovar um fato). Em esquema, tem-se a seguinte classificação da prova:



Como o tema é, sabidamente, controvertido, atualmente, o posicionamento do STF, acerca da prova ilícita, é o seguinte:

a) Pela **teoria da proporcionalidade**, admite-se o uso excepcional da prova ilícita, mas, somente, em situações excepcionais e de extrema gravidade, e, mesmo assim, “*pro reo*”; nestes casos, a prova ilícita pode ser admitida no processo, acolhendo-se o postulado da razoabilidade, advindo dos EUA, ou da proporcionalidade, proveniente do direito germânico, ou, ainda, da proibição do excesso.

b) Há **convalidação da prova ilícita em favor da legítima defesa**, admitida em casos de extorsões, sequestros, estelionatos, chantagens, como mecanismo de legítima defesa da vítima frente à violação de direitos humanos. Ex.: gravação ou filmagem, com conhecimento de um dos interlocutores (ou por terceiro, com autorização deste), mas SEM ciência dos demais: prova admitida, em nome da legítima defesa de quem a produziu.

c) Há polêmica quanto à aceitação, ou não, da **prova ilícita por derivação**, ou seja, o STF oscila quando o tema é o acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of*

*the poisonous tree doctrine*) - firme nos EUA desde 1920-1939, a partir de quando se anulou um processo instaurado a partir de conversa telefônica do acusado sem ordem judicial. Neste e em casos semelhantes, a prova colhida de forma lícita, a partir de outra prova ilícita, é inadmitida. Ex. apreensão de veículo roubado (lícita) mediante confissão obtida por tortura (ilícita).

d) Todavia, pelo princípio da **autonomia da prova**, se há, nos autos, prova ilícita, mas a sentença assenta-se em prova lícita, autônoma, não há nulidade, pois a prova ilícita não contamina a lícita.

#### 1.7.2.4.2.d Publicidade

A publicidade é um valor a ser preservado, segundo a Constituição brasileira, que o afirma no art. 5º, inc. LX, dirigindo-se ao Poder Legislativo; o reafirma no art. 37, ao estabelecer os princípios basilares da administração pública, e, também, no inciso IX do art. 93, ao traçar os parâmetros de validade dos atos judiciais decisórios.

O pio da publicidade garante, em regra, a presença popular na realização dos atos judiciais, salvo nas hipóteses em que o direito à intimidade ou o interesse social for maior que o direito à presença do público durante a realização dos mesmos. A justificativa política é que o povo deve ser o juiz do juízo. Eventuais exceções devem estar consignadas, expressamente, na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a Consituição dirige-se ao legislador, determinando que:

*LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.*

Registra-se que a restrição que pode ser estabelecida, por lei, é, tão somente, quanto à participação de populares na realização de alguns atos processuais, tais como a audiência de instrução e/ou julgamento, e não à existência ou à tramitação do processo. Populares não terão acesso à audiência de instrução de uma questão de família, por exemplo, mas os dados do processo - com reservas dos nomes das partes - e o andamento dos atos processuais devem ser dados à publicidade, através dos meios regulares de comunicação e publicidade.

Existem dois sistemas de publicidade: o da publicidade popular e publicidade para as partes (ou restrita). No primeiro, todos podem presenciar todos os atos e examinar todos os autos; no segundo, adotado no Brasil, a publicidade do conteúdo dos autos é restrita às partes e seus procuradores, ou apenas a estes.

Na legislação infraconstitucional, temos uma situação interessante: o CPC reproduz, sem ressalvas, o texto constitucional, no seu art. 11 e confere ao tema tratativa mais específica, tendo como regra a presença do público nos atos judiciais, com restrição ao exame dos autos às partes e seus procuradores, salvo justificativa apresentada ao juízo com o pedido de exame dos autos. É

o que consta no art. 189<sup>126</sup>, do CPC, ou seja, os atos processuais são públicos; direito de consultar os autos e pedir certidões é das partes e procuradores, sendo que terceiros podem pedir certidões, justificando o interesse (§ único do art. 189).

O legislador infraconstitucional excepciona a regra da publicidade nas demandas jurídicas em que há interesse social na não divulgação das informações colhidas pelo juízo, tais como nas questões de natureza familiar e quando o interesse público assim o exige (art. 189, I e II).

Resta indagar se esta restrição está, ou não, revogada pela CF, que impõe a publicidade, de forma reiterada.

No processo penal, a tratativa é diferente – e bem vetusta - e o art. art. 792<sup>127</sup> determina que as audiências, sessões e atos processuais serão públicos, excepcionando situações de perturbação durante a sessão de júri<sup>128</sup>; escândalo inconveniente grave ou perturbação, quando o julgamento poderá ser realizado a portas fechadas ou na casa do juiz (§§ 1º e 2º <sup>129</sup> do art. 792, CPP).

#### **1.7.2.4.2.e Duplo grau de jurisdição**

Este princípio é implícito, ou seja, não está expresso na CF, mas decorre das regras de competência dos órgãos do Poder Judiciário, previstas na Carta Magna. Com efeito, se há órgãos cuja competência é, justamente, reexaminar as decisões proferidas por outros, óbvio que todos os que tiverem interesse na revisão podem exercitar tal direito, desde que o façam na forma legal. Demais disso, encontra-se explicitado no *Pacto de San José de Costa Rica*<sup>130</sup>, o que o transforma em exigência do devido processo legal.

Contempla este princípio a possibilidade de o vencido, ainda que parcialmente, obter a revisão da decisão, pela instância superior, ou pelo órgão específico, via recurso, e tem a clara finalidade de se obter o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Seu fundamento jurídico é

<sup>126</sup> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia, tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versam sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de criança e adolescentes.

<sup>127</sup> Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

<sup>128</sup> Art. 483, § 2º O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

<sup>129</sup> § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

<sup>130</sup> Art. 8º: Garantias judiciais: (...)10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior

que, sendo o órgão julgador é composto de seres humanos, a decisão pode ser errada, pois a falibilidade é inerente ao ser humano.

A Constituição brasileira contém regras específicas de competência dos tribunais, tais como as do STF, no art. 102, II e III; do STJ, no art. 105, II e III; dos TRF's, no art. 108, II; da Justiça do Trabalho, no art. 111, § 3º, c/c os preceitos específicos da CLT; da Justiça Eleitoral, no art. 121, c/c o que dispõe o Código Eleitoral; da Justiça Penal Militar, no art. 124, § único; deixando, finalmente, para a lei estadual a tarefa de definir a competência da Justiça Comum em cada Estado, tal como definido no art. 125.

Como já se disse, o recurso é uma faculdade que se defere ao vencido. Excepcionalmente, porém, o legislador infraconstitucional estabelece que a decisão judicial proferida no processo civil deve ser submetida a uma revisão obrigatória, como condição de validade do ato jurídico, nas situações expressamente consignadas no art. 496, quais sejam (a) as sentenças proferidas contra as Fazendas Públicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as respectivas autarquias e fundações de direito público; e, (b) as que julgam procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Nestes casos, diz-se que a revisão da decisão não é apenas um direito ao recurso, mas uma condição de validade do ato judicial, o que impõe ao juiz que proferiu a sentença determinar a remessa dos autos ao respectivo tribunal e, não o fazendo, o presidente do tribunal deverá requisitar os autos, para que a sentença seja reexaminada (art. 496, parágrafo 1º.)

Como o duplo grau de jurisdição é um princípio implícito, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito do vencido ao recurso, bem como estabelecer regras específicas, fora da regra geral, que seria a obtenção de, pelo menos, uma revisão por um órgão colegiado e sobreposicionado ao que proferiu a decisão. Acontece que tanto a colegialidade quanto o julgamento dos recursos por órgão de outra instância são, apenas, regras gerais recursais que comportam exceções, criadas pelo legislador.

De fato, há, atualmente, várias exceções, que, com o passar do tempo e o interesse do legislador, poderão somar-se a outras.

Quanto ao julgamento de recursos por órgãos da mesma instância, tem-se que, de acordo com a Lei n. 6.830/80, nas execuções fiscais, só cabem embargos infringentes, em ações de pequeno valor econômico. E nos termos da Lei n. 9.099/95, nas demandas que tramitam sob o procedimento ali definido, típico dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, só cabe recurso inominado para um órgão colegiado da mesma instância – e não da segunda instância.

Outro aspecto interessante é que o art. 932, do CPC, permite ao relator julgar o recurso, isoladamente, o que faz desaparecer a característica da colegialidade, peculiar no julgamento dos recursos, que, assim, ficam cada vez mais descaracterizados, na ordem jurídica brasileira.

#### **1.7.2.4.2.f Princípio da celeridade processual**

Este pio foi introduzido na Constituição brasileira pela EC-45, com a finalidade de assegurar, ao jurisdicionado, a duração razoável do processo. A questão é que duração razoável é um conceito subjetivo, que depende da aferição de, no mínimo, três variáveis, a saber: (a) a complexidade da causa; (b) o comportamento dos sujeitos processuais e a utilização, ou não, de todos os mecanismos legais disponíveis na ordem jurídica; e, (c) a estrutura do órgão judicante.

O princípio sob análise foi acrescentado à ordem jurídica infraconstitucional no novo CPC, no inciso II do art. 139, estabelecendo que incumbe ao juiz velar pela duração razoável do processo.

Ainda assim, não é fácil ao jurisdicionado invocar, com êxito, a violação do referido princípio se e quando determinado processo demorar mais tempo que o razoável, pois certamente, justificativas serão apresentadas, pelo órgão processante. Afinal, caberá ao Poder Judiciário decidir a questão da própria morosidade.

#### **1.7.2.4.3 DIREITO A UM JULGAMENTO IMPARCIAL**

O direito a um julgamento minimamente justo está consubstanciado em três princípios: o do juiz natural, o do juízo competente e o do juiz imparcial.

A imparcialidade do juiz é um princípio universalmente reconhecido desde 1948, quando foi consagrada na Declaração das Nações Unidas<sup>131</sup>; consta expressamente do *Pacto San Jose de Costa Rica*<sup>132</sup>, mas não está consignado na CF; trata-se, portanto, de pio implícito na Constituição e explícito na legislação infraconstitucional. Compreende, efetivamente, as vedações legais, havendo, na ordem jurídica infraconstitucional, as previsões legais de situações objetivas em que o juiz não pode atuar no processo, ou seja, de impedimento (art. 144, CPC e 252<sup>133</sup>, CPP), bem como hipóteses subjetivas de suspeição, isto é, quando o juiz pode ser impugnado pelas partes (art. 145, CPC; Art. 254<sup>134</sup>, CPP).

<sup>131</sup> Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

<sup>132</sup> Artigo 8º - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

<sup>133</sup> Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;



A parcialidade afeta o juiz – pessoa – e não o juízo – órgão julgador. O juiz imparcial é o ideal, e o juiz parcial pode ser impugnado pelas partes, através dos mecanismos legais disponibilizados pelo legislador com a finalidade de dar efetividade ao pio da imparcialidade.

Durante a tramitação do processo, a parte tem o direito de impugnar o juiz suspeito ou impedido, na forma legal, sendo que no direito processual civil, tal é feito na contestação ou através de uma simples petição, se a parte tomar conhecimento dos fatos em que se funda a impugnação do magistrado em outro momento processual. No processo trabalhista, admite-se a alegação de impedimento<sup>135</sup>, na contestação, e a de suspeição, através de exceção<sup>136</sup>. No processo penal, prevalece a necessidade de se ajuizar um incidente processual, denominado exceção, para o questionamento do impedimento não declarado e/ou da suspeição (art. 95, CPP).

Excepcionalmente, a parte prejudicada poderá questionar os vícios de impedimento e/ou suspeição através do remédio heroico do *habeas corpus*.

Fora destas situações, excepcionalmente, mesmo depois de findo o processo, pode a parte promover ação rescisória se descobrir, posteriormente, que o juiz que proferiu a decisão era impedido ou absolutamente incompetente (art. 966, II, CPC)

#### **1.7.2.4.3.a Juiz Natural**

Juiz natural é o escolhido através de critério objetivo, fixado pela norma jurídica, antes da ocorrência do fato a ser julgado.

No Brasil, é a Constituição que define, de modo abstrato, a competência prévia de cada órgão julgador, e o faz nos art. 92 a 124, destinados ao Poder Judiciário.

O que se veda, na prática, com este princípio é que o Estado escolha o julgador da parte, do mesmo modo que à parte é proibido escolher o seu julgador. Para tanto, estão consignados, na

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito

<sup>134</sup>Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo

<sup>135</sup>Art. 801 - O juiz, presidente ou vogal, é obrigado a dar-se por suspeito, e pode ser recusado, por algum dos seguintes motivos, em relação à pessoa dos litigantes:

a) inimizade pessoal;

b) amizade íntima;

c) parentesco por consanguinidade ou afinidade até o terceiro grau civil;

d) interesse particular na causa

<sup>136</sup>Art. 799 - Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.

Constituição, critérios objetivos de competência, que determinam qual será o julgador de determinadas causas, em que determinadas pessoas figuram como parte ou interessadas, em determinadas fases processuais, isto, em razão da matéria, da qualidade da parte e da função desempenhada pelo órgão julgador.

Significa, em última análise, que a criação do órgão julgador deve anteceder o fato que se pretende julgar, ou seja, não é possível criar o órgão julgador posteriormente à ocorrência do fato que se pretende julgar.

São subprincípios do princípio do juiz natural:

#### **1.7.2.4.3.b Juízo competente**

Segundo a Constituição, só é possível haver julgamento válido se o julgador for competente para aquela situação específica, isto é, se for o julgador disponibilizado pelo Estado para julgar aquela questão, em que são partes aquelas pessoas, naquela localidade. Diz o texto constitucional:

*LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

A incompetência é do juízo – órgão julgador – e não do juiz – pessoa que ocupa o cargo e desempenha a atividade estatal jurisdicional. A CF ressalva a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, inclusive, se cometidos por militares contra civis.

A competência a que se refere a Constituição é a competência dita absoluta. Com efeito, há duas espécies de incompetência – a absoluta e a relativa – mas só a primeira gera nulidade dos atos decisórios, pois a competência relativa é prorrogável, se não for arguida pela parte, no prazo e na forma legais. Portanto, a regra constitucional não se refere à incompetência relativa, mas, tão somente, à absoluta.

#### **1.7.2.4.3.b Juiz investido**

A investidura é a capacidade subjetiva do juiz. No Brasil, a própria Constituição estabelece as regras para a investidura nos cargos específicos do Poder Judiciário. Com efeito, exige a prévia aprovação em concurso público, o ato da investidura e a posse, como condições para o exercício da magistratura, na primeira instância, e regras específicas para o acesso aos tribunais.

Considerando que os membros da magistratura brasileira gozam da garantia constitucional da vitaliciedade, a investidura é um importante demarcador dos limites ao exercício da atividade jurisdicional, pois mesmo sem investidura, o juiz continua sendo juiz, mas não pode exercer atos de jurisdição.

#### **1.7.2.4.3.c Juiz imparcial**

Juiz imparcial é o julgador ideal, opondo-se ao juiz parcial. De forma abstrata e em linhas genéricas, o juiz imparcial é aquele que se mantém equidistante das partes e que decide a questão com base no conteúdo dos autos, e não em suas convicções pessoais. Por razões políticas, a exigência do juiz imparcial está prevista no art. 139, I, CPC, e não foi erigida a dogma constitucional.

Na prática, porém, juiz imparcial é aquele que não é impedido, nem suspeito, segundo as regras previstas na legislação processual, anteriormente analisadas.

#### **1.7.2.4.3.d Vedação de tribunais de exceção**

Por razões muito mais históricas do que por questão de ordem prática, a Constituição brasileira veda, expressamente, a criação e/ou a manutenção de tribunais de exceção, dispondo que:

*XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção*

Portanto, veda-se a existência e criação de tribunais de exceção, criados posteriormente à ocorrência dos fatos a serem julgados. Todavia, tribunais de exceção não devem ser confundidos com as justiças especiais.

A própria Constituição cria órgãos julgadores diferenciados, que toma decisões com base na consciência, e não no direito. São os Tribunais do Júri, destinados ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, e, devido à previsão constitucional, não se pode dizer que sejam tribunais de exceção. Diz a Carta:

*XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*  
*a) a plenitude de defesa;*  
*b) o sigilo das votações;*  
*c) a soberania dos veredictos;*  
*d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*

No Brasil, a utilidade deste princípio é quase que nenhuma, porquanto os órgãos do Poder Judiciário são criados pela própria Constituição - e não por leis - de tal como que, se se pretender alterar a estrutura organizacional do Poder Judiciário, tal deverá ser feito por Emenda à Constituição, e, como se sabe, não há inconstitucionalidades em face da constituição.

#### **1.7.2.4.4 Decisões Fundamentadas**

Nenhuma utilidade terão os princípios e subprincípios anteriormente analisados se as decisões proferidas pelos órgãos julgadores competentes não forem devidamente fundamentadas, de modo a permitir ao jurisdicionado a perfeita compreensão do que foi decidido para, inclusive, poder exercitar, com sucesso, o direito à via recursal. Por isso, a Constituição estabelece, como

condição de validade do ato judicial de decidir, que seja público e fundamentado, nos seguintes termos:

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

*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*

Excepciona a regra da necessidade de fundamentação as decisões do Tribunal do júri, pois, como já se disse, são decisões tomadas pela consciência de julgadores leigos, conforme previsão constitucional.

Pelo princípio sob análise, exige-se de todo e qualquer julgador que exponha, de forma clara, quais são os fundamentos jurídicos de sua decisão, possibilitando ao vencido o exercício do direito recursal.

Uma derradeira anotação é que a Constituição refere-se à necessidade de fundamentação das decisões, e o CPC conferiu clareza ao pio, estabelecendo, no parágrafo 1º do art. 489, as situações em que qualquer decisão judicial – sentença ou acórdão - não se considera fundamentada. Tal dispositivo legal deve ser analisado em separado<sup>137</sup>, dada a sua importância para a atuação do poder judiciário e sua obrigação constitucional de produzir decisões válidas.

Trata-se da necessidade de o julgador expor, no ato decisório, os motivos que lhe formaram o convencimento - que deve ser extraído da prova dos autos, e não de elementos alheios ao seu conteúdo probatório - mencionando, expressamente, na fundamentação, os elementos da formação – todos, requisitos essenciais da sentença.

Logo, fundamentação e motivação não são princípios diversos, mas exigências normativas complementares, que têm a finalidade de exigir que o julgador exponha, claramente, as razões que lhe formaram o convencimento, que deve ser fundamentado no direito, sob pena de nulidade do ato, como corolário do que determina o art. 1º da Constituição<sup>138</sup>, ao fixar a opção pelo estado democrático de direito.

### **1.7.3 PIOS PROCESSUAIS DE DIREITO PROCESSUAL:**

#### **1.7.3.1 Da ação (ou acusatório)**

Este princípio, adotado no Brasil, opõe-se ao inquisitivo, não adotado. São características de um e de outro sistema, respectivamente:

<sup>137</sup> Ver artigo no blog da autora: “Decisão fundamentada no nCPC”, 09/08.16.

<sup>138</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

- do sistema inquisitivo: (a) o juiz investiga e julga: há superioridade em face do acusado; (b) a acusação se dá “ex officio”, podendo ser secreta; e, (c) o processo se desenvolve de forma secreta, escrita e não contraditória.

- do sistema acusatório: (a) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos e, quanto à acusação e à defesa, paritários; (b) a acusação é pública e se dá em face do órgão julgador; e, (c) o processo é público, com a presença do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

O princípio da ação não mais está previsto, expressamente, no atual Código de Processo Civil, tal como se encontrava, no art. 2º., do anterior diploma processual, que dispunha: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.*” No lugar, veio um texto correspondente ao que constava no art. 262, do código anterior.

Portanto, é um princípio processual implícito, que tem como correspondente o princípio da inércia da jurisdição - fundamentado na evidente e histórica inconveniência do processo inquisitivo, ou seja, do processo iniciado pelo próprio juiz, que, se assim procedesse, estaria subjetivamente vinculado à condenação.

Traduz-se na compreensão de que o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial e, por isso, parte da doutrina diz que há regras que relativizam este princípio, que estão assim dispostas, nos art. 2º. e 370, CPC:

*Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.*

*Art.370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*

O princípio da ação vai além da compreensão de que o juiz não pode iniciar o processo de ofício, dependendo do protocolo da petição inicial, naturalmente, apresentada pela parte (art. 319 CPC); significa, também, que não pode decidir com base em elementos que não estão nos autos, assim como não pode proferir decisão além do que foi pedido (art. 490 e 492).

O direito de ação compreende tanto a iniciativa de o autor provocar o exercício da função jurisdicional quanto o do réu, de apresentar, com a resposta, a reconvenção.

O direito de provocar a ação pressupõe a legitimação para a causa, ou seja, que o autor seja o titular do direito – diz-se que tal legitimação é ordinária – ou que a lei, expressamente, autorize que um terceiro - normalmente um ente - possa pleitear o direito de outrem – diz-se, então, que a legitimação é extraordinária, e o autor atua como substituto processual do titular do direito, que é o substituído. Pressupõe, também, a existência de interesse processual, ou seja, a

necessidade de se recorrer à justiça e, ainda, a adequação do pedido ao ordenamento jurídico (ex. não se pode requerer a prisão por dívida, se a ordem jurídica não o permite).

No processo de natureza penal, não há nenhuma previsão legal que autorize o juízo a iniciar um processo de ofício, ou seja, vigora o princípio acusatório; no processo de natureza não penal, há raras exceções ao princípio da ação, ou seja, há situações em que o legislador autoriza que o juiz instaure o processo de ofício. Uma delas é a execução trabalhista, e isto, devido à existência de contribuições previdenciárias em toda condenação<sup>139</sup>. O fator determinante da exceção é evitar a evasão fiscal. Noutra situação, e por motivos diversos, a lei autoriza que o juiz decrete, de ofício, a falência do devedor<sup>140</sup>, privilegiando o interesse da coletividade de credores ao do devedor.

A aplicação do princípio sob estudo é absoluta nos processos de natureza penal. Com efeito, são três os sistemas de processo penal existentes: (a) o inquisitivo, sem as garantias processuais; (b) o acusatório, com igualdade das partes, que é o adotado no Brasil); e (c) o misto, modelo do sistema francês, onde a investigação preparatória e a instrução são secretas e não contraditórias, feitas por um juiz; e a terceira fase – julgamento – em que é permitido o contraditório.

O processo penal é, por excelência, um processo acusatório, por disposição expressa da Constituição, que defere ao Ministério Público a legitimidade para propor, privativamente, a ação penal<sup>141</sup>. O máximo que se permite é que o juiz dê definição diversa ao fato delituoso (art. 383<sup>142</sup>, CPP), quando deverá ser observado o que dispõe o art. 384<sup>143</sup>, CPP.

### **1.7.3.2 Da disponibilidade e da indisponibilidade**

Poder de disponibilidade é a liberdade que a pessoa tem de exercer, ou não, o seu direito processual de acionar, e, acionando, o direito de desistir, ou não, da ação proposta.

No processo civil, a regra é a disponibilidade, o que significa dizer que o titular do direito material de natureza civil lesado é livre para propor, ou não, a ação adequada, e, propondo-a, é igualmente, livre para nela prosseguir, até obter a reparação da lesão, podendo, entretanto, dela

---

<sup>139</sup> CLT, Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

<sup>140</sup> Lei n. 11.101, art. 56, § 4º-Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

<sup>141</sup> CF, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei

<sup>142</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

<sup>143</sup> Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente

desistir, quando bem lhe aprouver, nos termos da legislação processual, ou mesmo renunciar ao direito.

Esta disponibilidade, porém, sofre algumas limitações, que tornam o direito de natureza civil, excepcionalmente, indisponível, por duas razões: (a) devido à natureza do direito material lesado; e, (b) em razão da qualidade do titular do direito lesado. Assim, o direito de ação é indisponível quando o direito material é indisponível, como por exemplo, o direito aos alimentos, porquanto estes são indispensáveis à garantia do direito à vida, que é indisponível. Também é indisponível o direito de natureza civil quando, mesmo sendo o direito material disponível, o seu titular é incapaz.

No processo penal, a situação inverte-se, sendo a indisponibilidade a regra, pois histórica e conceitualmente, o crime é uma lesão à ordem pública (coletividade), pelo que é dever do Estado punir o criminoso, independentemente da vontade do ofendido. Daí a coexistência de duas categorias de ações penais, a pública e a privada; aquela, proposta pelo Ministério Público, e esta, pelo próprio ofendido.

<b>Espécie de processo</b>	<b>Regra</b>	<b>Exceção</b>
Penal	Indisponibilidade: a iniciativa da ação penal é pública	Disponibilidade: a iniciativa da ação penal é privada
Civil	Disponibilidade	Indisponibilidade

As exceções são as consignadas na lei processual penal, e consistem (a) na possibilidade de arquivamento do inquérito (art. 28, CPP), sujeita à fundamentação, submissão ao juiz e remessa do pedido ao Procurador Geral; e, (b) na existência da ação penal privada, por iniciativa do ofendido, quando se admite a renúncia, o perdão e a perempção (art. 49, 51 e 60).

No processo penal, em regra, a ação penal é pública, o que significa que a sua instauração depende da atuação do Ministério Público, que o faz através de denúncia (art. 24 CP). Portanto, se o legislador, ao tipificar como criminosa uma determinada conduta humana, não ressaltar, expressamente, no próprio texto legal, que o titular da ação é o ofendido<sup>144</sup>, quer dizer que se aplica ao caso a regra, ou seja, a ação penal decorrente da violação legal é pública; se, todavia, a ação decorrente da violação for privada, a menção deverá ser expressa, no texto legal, porque é uma exceção à regra.

<sup>144</sup> O CP diz: “no caso deste ....(capítulo, artigo, inciso etc) só se procede mediante queixa”, e não que o titular é o ofendido.

Importante relevar que todos os crimes contra o patrimônio ou interesse da União, Estados, Distrito Federal e Municípios são de ação penal pública (§ 2º, art. 24, CP).

Mesmo sendo pública a ação penal, pode ser que a lei estabeleça condições para a atuação do MP, casos em que a ação penal é dita pública condicionada, podendo a atuação do Ministério Público depender de requisição do Ministro da Justiça, nos casos de crime contra a honra do Presidente da República ou, simplesmente, de representação do ofendido ou de seu representante. O art. 135, CP, exemplifica um caso de ação penal pública condicionada. Outra interessante situação contempla os crimes contra a liberdade sexual<sup>145</sup> e dos crimes sexuais contra vulneráveis<sup>146</sup>, que passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação<sup>147</sup>, com a vigência da Lei 12.015, de 7/8/2009. Anote-se que, após a oferta da denúncia, pelo MP, a representação do ofendido torna-se irretratável (art. 25, CPP), e o MP não pode desistir da ação penal (art. 42). Se morto o ofendido, ou declarado ausente, o direito de representação passa ao seu conjugue, ascendente ou descendente.

Uma observação importante é que, diferentemente da ação civil, que nasce com a apresentação da petição inicial ao Poder Judiciário, o início da ação penal é precedido de uma fase extrajudicial, denominada Inquérito Policial, que se desenvolve, como o próprio nome indica, perante a Autoridade Policial. O inquérito tem a finalidade de apurar o fato criminoso e a sua autoria, de modo a fornecer elementos para que o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, ofereça a denúncia ao órgão competente do Poder Judiciário. Se recebida a denúncia, estará iniciado o procedimento judicial. Entretanto, pode ocorrer que o entendimento da autoridade policial acerca da existência do crime ou da autoria não coincida com o do MP, caso em que, ao invés de oferecer a denúncia, optará pelo simples arquivamento do inquérito. Nessa situação, o juiz poderá remeter os autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28, CPP, o que, todavia, não retira o caráter público da ação, ou seja, não autoriza que o lesado ofereça ação penal privada.

Quando, porém, o legislador definir que, em determinadas situações, a ação penal será privada, caberá ao próprio ofendido, ou seu representante, formular a pretensão punitiva diretamente ao Poder Judiciário, através da queixa - e não da denúncia, como ocorre na ação penal pública - sem qualquer participação do MP (art. 30, CP). O art. 235, CP, exemplifica uma situação em que a ação penal é privada.

Na ação penal privada admite-se a renúncia ao direito de queixa (art. 50, CP), o perdão (art. 51, CP) e a preempção (art. 60, CP).

---

<sup>145</sup> Cap. I, art. 213-217, CP

<sup>146</sup> Cap. II, art. 218, CP

<sup>147</sup> Art. 225, CP



Como já se disse, quando a iniciativa da ação penal é pública, cabe ao MP atuar, oferecendo a denúncia ao Poder Judiciário, para que o autor do fato seja processado e, se condenado, punido, na forma legal. Todavia, se o MP não atuar, no prazo legal, a sua omissão transformará a natureza jurídica da ação, que, de pública, passará a ser privada. Nesse caso, diz-se que se trata de ação penal privada subsidiária da pública, pois o legislador faculta a livre atuação do ofendido, ou, no lugar deste, de seu sucessor ou representante legal, quando há inércia do MP, nos casos de ação penal pública (art. 29, CP).

Anote-se, todavia, que o arquivamento do inquérito (art. 28, CPP) não autoriza o oferecimento de queixa, pelo ofendido; apenas, requer fundamentação, submissão ao juiz e remessa dos autos, por este, ao Procurador Geral; o que transforma a natureza da ação, de pública em privada, é a inércia do MP, por deixar de oferecer a denúncia, no prazo legal, e não o pedido de arquivamento do inquérito.

Uma derradeira anotação, sobre a legitimidade ativa da ação penal, é que, se o ofendido for incapaz e não tiver representante legal, ou se este tiver interesses colidentes com os daquele, a queixa será apresentada por curador especial, nomeado pelo juiz.

Todavia, as regras acerca da indisponibilidade da ação penal pública cedem espaço ao tratamento especial dado pelo legislador, a partir da Lei n. 9.099/95, que instituiu os chamados Juizados Especiais (art. 61, da Lei n. 9.099/95 e art. 98, I, CF) com a finalidade de processar e julgar, por um procedimento especial, as infrações de menor potencial lesivo, assim consideradas aquelas cuja pena máxima é de até dois (2) anos, casos em que se admite a transação penal sem a necessidade de reconhecimento da autoria do fato e, se cumpridas as condições, haverá extinção da punibilidade.

### **1.7.3.3 Dispositivo, ou princípio da livre investigação das provas: verdade formal e verdade real**

Este princípio diz respeito à liberdade que o juiz tem – ou não - de produzir provas, de ofício, ou seja, sem requerimento da parte, conforme se busque alcançar, no processo, a verdade real ou a verdade formal. Não se deve confundi-lo com o pio da disponibilidade, que diz respeito ao direito de a parte dispor, ou não, do direito de ação.

Vigora, no Brasil, o pio da livre investigação das provas, observando-se a vedação constitucional da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF).

O pio dispositivo tem aplicação diferente no âmbito do processo civil e penal, pois naquele busca-se a verdade formal e neste, a verdade real.

Pelo princípio dispositivo, assegura-se, no processo civil, que a iniciativa probatória é da parte, ou seja, durante a instrução, o juiz depende da iniciativa das partes, quanto às provas e às

alegações, visando a obtenção da verdade formal. Todavia, o legislador contempla exceções ao pio dispositivo, quando defere, ao juiz, a iniciativa probatória (art. 130, 342).

No processo penal, busca-se a verdade real (art.386, VII), o que permite ao juiz maior amplitude na iniciativa probatória.

De igual modo, no processo trabalhista, pois a CLT defere ao juiz ampla liberdade (art. 765).

#### **1.7.3.4 Impulso oficial**

Este princípio é, na verdade, um subprincípio do princípio dispositivo, aplicável, tão somente, ao processo civil, com base no art. 2º., CPC, significando que, depois de instaurada a relação jurídica processual, o juiz movimentava o processo, de ofício, sem necessitar do requerimento das partes.

#### **1.7.3.5 Persuasão racional do juiz**

Este princípio permite ao juiz a livre apreciação das provas dos autos para a formação de sua convicção, como julgador, a qual deve estar devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF; art. 11, 371, e 489, II, do CPC; e art. 381, III, CPP).

Existem os seguintes sistemas: (a) da prova legal, onde se defere a cada prova um valor específico; (b) segundo a consciência, tal como ocorre no tribunal do júri; e, (c) o do livre convencimento do juiz, que é o adotado no Brasil (art. 371 e 479, CPC e art. 157 e 182, CPP).

#### **1.7.3.6 Economia processual e instrumentalidade das formas**

Por este princípio, busca-se alcançar o máximo aproveitamento dos atos processuais, fixando a lei processual os instrumentos técnicos para a viabilização deste objetivo, quais sejam: (a) a reunião de processos (art. 57); (b) o aproveitamento dos atos processuais (art. 283); (c) regras rígidas para que se decreta a nulidade de atos processuais (279-282, CPC). Com efeito, a regra é a validade dos atos processuais, ou seja, (a) não se anula atos que alcançaram a finalidade e não prejudicaram a defesa; (b) a nulidade só será decretada se for requerida na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos; (c) não pode ser requerida por quem lhe deu causa.

Noutro ângulo, o legislador processual cria procedimentos especiais, de rito sumaríssimo, limitando sua aplicação às causas de menor complexidade e pequeno valor, conhecidas, vulgarmente, como pequenas causas.

## JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

*"Quem decide um caso sem ouvir a outra parte não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça." (Sêneca)*

Por disposição expressa da Constituição de 1988, o Estado brasileiro é composto de três poderes, os quais, segundo o art. 2º, CF, são independentes e harmônicos entre si. Cada um dos três poderes recebeu, do legislador constituinte, atribuições para o exercício de funções típicas e atípicas. As funções típicas são aquelas para as quais, historicamente, cada qual foi criado; já as funções atípicas são aquelas que, normalmente, são atribuídas a outros poderes, mas, excepcionalmente, para estabelecer o mecanismo dos freios e contrapesos entre os poderes, são entregues a poder diverso e, por isto mesmo, estas outras funções são identificadas, expressa e devidamente, no texto da Lei Maior. Numa visão panorâmica, assim se distribuem as funções estatais entre os poderes da República Federativa Brasileira:

<b>Funções Poder</b>	<b>Funções Típicas</b>	<b>Funções Atípicas</b>
Legislativo	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Legislar: função de criação e atualização de normas jurídicas abstratas</li> <li>2. Controlar</li> <li>3. Fiscalizar</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Administrar, apenas no âmbito do próprio poder</li> <li>2. Julgar as altas autoridades identificadas no art. 52, I e II</li> </ol>
Executivo	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Administrar: função de desempenho das atividades da Administração Pública</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Legislar, através das espécies normativas pertinentes, que são as Medidas Provisórias, as Leis Delegadas e os Decretos               <ol style="list-style-type: none"> <li>1.1. Participar do processo legislativo, através da iniciativa e do veto</li> </ol> </li> <li>2. Julgar o contencioso administrativo</li> </ol>
Judiciário	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Exercer a jurisdição: não só a função de julgar, mas, sim, de exercer a atividade jurisdicional plena</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Legislar, através da edição de seus Regimentos Internos e da apresentação de projetos de leis, no âmbito do próprio poder</li> <li>2. Administrar, apenas no âmbito do próprio poder</li> </ol>

## JURISDIÇÃO

Etimologicamente, jurisdição (*ius + dicere*) significa dicção do direito; no contexto, é a atividade de dizer o direito. Modernamente, o estudo da jurisdição compreende três aspectos: poder, função e atividade. Diz-se que a jurisdição é **poder** porque é a atividade típica, razão de existir, do Poder Judiciário; é, também, uma **função** estatal, dentre tantas outras, tipicamente de estado, exercida pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, todos eles independentes, embora hierarquicamente organizados; é, ainda, uma **atividade**, quando visualizamos os magistrados e seus auxiliares desempenhando a tarefa de processualizar os conflitos intersubjetivos submetidos ao Poder Judiciário, na forma legal e por quem de direito.

### 1.1.12 INTRODUÇÃO

Analisando a jurisdição, historicamente, detectamos sua presença nas idéias dos filósofos clássicos, desde Aristóteles a Locke, quanto à previsão teórica da separação dos poderes, embora a preconcebida distribuição ainda não fosse tripartite, porque se concebia um poder moderador, desempenhado pelo monarca, o que era típico do sistema de governo da época. Na sequência, também histórica, depara-se com a sistematização teórica feita pelo Barão de Montesquieu, por ocasião da Revolução Francesa, concebendo a clássica tripartição dos poderes, tal como a conhecemos, atualmente, já isenta da presença do monarca. Quando a questão da separação dos poderes já se mostrava óbvia, coube a Leon Deguit formular, teoricamente, alguns esclarecimentos acerca da propriedade de se estudar o mecanismo através do qual se dá a repartição das funções estatais, dentro dos três poderes.

A análise das atividades estatais é da maior importância para a justificação da existência da separação dos poderes. Ora, sendo o estado um ente uno, se os três poderes passam a desempenhar, todos eles, as mesmas atividades, sem distinção, qual é a razão de se mantê-los separados, sobrecarregando a já tão pesada estrutura estatal? E, ainda, como deferir a um ou outro poder o desempenho de uma atividade que é comum aos demais? Diante disso, é necessário classificar as atividades estatais, identificando as características de cada uma delas. São atividades estatais típicas:

- 1) **Atividade legislativa:** atividade estatal primária, consistente na produção e atualização das normas jurídicas que orientam a vida em sociedade e, também, as normas para a formulação do processo, quando ocorre violação legal;
- 2) **Atividade executiva:** atividade estatal secundária, decorrente da primária, consistente na execução de atividades administrativas necessárias à prestação dos serviços públicos à sociedade; e,

- 3) Atividade judiciária:** atividade estatal, também, secundária, decorrente da primária, consistente na controle das demais atividades, tanto legislativa quanto executiva, e na resolução de conflitos intersubjetivos; decorre da lei, mas difere da executiva, palmente, porque (a) não atua de ofício; (b) objetiva a solução de litígios, ou seja, de uma situação controvertida; (c) é definitiva; (d) substitui a atividade das partes (ou de uma delas); (e) é instrumental, não tendo um fim em si mesma; e, (f) declara e/ou executa direitos.

A distinção entre a atividade legislativa e judiciária é evidente, posto que esta decorre daquela, mas as diferenças são sutis, entre a jurisdição e a administração. A atividade judiciária desenvolve-se de forma muito semelhante à atividade administrativa, quando esta atua no contencioso administrativo, decidindo questões controvertidas no âmbito da Administração Pública, julgando questões jurídicas tais como a impugnação de Autos de Infração (defesas fiscais, multas de trânsito etc), sendo que a única diferença é que esta não é definitiva, podendo a decisão administrativa ceder lugar à decisão judiciária.

Não se pode olvidar que o a importância do Poder Judiciário e o alcance de suas decisões varia de país para país. Em determinados países, como em França, a atividade jurisdicional é tida como um simples serviço público, e os juízes, meros funcionários públicos, aplicadores da lei, fundamentadamente. Para os franceses, como os magistrados não buscam o voto para acessar o cargo, não são considerados, por isso, detentores de poder, pois, para eles, todo o poder emana do povo – e do voto. O sistema judiciário francês alicerça-se em princípios e no direito escrito, editado pelas leis, tais como os códigos, os tratados, as convenções, as diretivas europeias e internacionais; faz parte do sistema romano-germânico, que privilegia a lei, e não reconhece a jurisprudência como fonte do direito.

### **1.1.13 CONCEITO**

Como já afirmamos, a jurisdição pode ser examinada sob três aspectos: como poder, como atividade e como função estatal. Diz-se que a jurisdição é poder estatal porque é a finalidade do Poder Judiciário, ou seja, a sua razão de ser, pois este poder estatal existe para exercer a atividade jurisdicional; por isto, diz-se, com exatidão, que a jurisdição é uma atividade estatal. Diz-se, ainda, que a jurisdição é uma função estatal, na medida em que é a função típica do Poder Judiciário.

Para nós, nisto reside uma confusão conceitual, pois a jurisdição é uma atividade estatal desenvolvida, predominantemente, pelo Poder Judiciário, através dos magistrados, quando desempenham a função jurisdicional.

Em nosso estudo, seguimos a orientação doutrinária, firme no sentido de que a jurisdição é o poder-dever do Estado, expresso na atividade por ele desenvolvida, através do Poder Judiciário, consistente na dicção do direito, quando houver provocação, feita pelo interessado, na forma legal.

#### **1.1.14 CARACTERÍSTICAS**

A jurisdição, enquanto atividade estatal, em muito se assemelha à atividade administrativa, com a peculiaridade que, aquela, é encarregada de administrar a justiça - assim compreendida como a dicção do direito – enquanto esta administra todos os interesses públicos - inclusive, a dicção do direito, em determinadas situações, compondo o que chamamos de contencioso administrativo.

Entretanto, examinando as duas atividades estatais, é possível identificar distinções entre uma e outra, o que dá autonomia científica à atividade judiciária, porque se encontra, nesta, elementos que não estão presentes nas demais atividades estatais – nem mesmo na atividade administrativa. Daí porque é necessário examinar as **características da jurisdição**, para não confundí-la com as demais atividades do Estado. E, em assim o fazendo, podemos dizer que a jurisdição é uma atividade estatal:

##### **Desinteressada e provocada:**

Por princípio, a jurisdição é inerte, dependendo sempre e invariavelmente de provocação formal da parte interessada, que deve demonstrar interesse jurídico e ser titular do direito. A inérgica é imprescindível para que prevaleça a imparcialidade do órgão judiciário. Se se admitisse que o julgador instaurasse processos, por iniciativa própria, é evidente que ele estaria vinculado à pretensão, ou seja, só instauraria processos nas situações em que visualizasse, antecipadamente, uma condenação. Se fosse assim, o processo não seria instrumento de liberdade, mas de condenação – o que é inconcebível, pois condenação sem garantia do direito de defesa sempre existiu; o avanço que o mundo civilizado ora assiste é não se permitir que haja condenação sem direito de defesa, e, como o exercício de defesa deve ser feito de modo objetivo, por critérios legais, não há mais condenação que não seja precedida de processo - que não pode ser instaurado pelo próprio órgão julgador.

##### **Que atua em situação de litígio:**

Exceto nas raras situações enumeradas na Constituição<sup>148</sup> e na legislação processual civil<sup>149</sup>, não há razão para se invocar a atividade jurisdicional se os sujeitos não têm conflito

---

<sup>148</sup> Ações objetivas do controle concentrado de constitucionalidade, em que não há conflito: ação declaratória de inconstitucionalidade (positiva e negativa) e de constitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental

decorrente de violação legal a ser dirimido por um terceiro, até porque os órgãos da jurisdição não podem atuar como consultores das partes – o que interferiria na necessária imparcialidade do julgador. Então, a jurisdição é atividade que atua em situações de conflito, quando este não foi dirimido entre as partes envolvidas.

### **Definitiva<sup>150</sup>:**

Diferentemente das demais atividades estatais, que se submetem ao crivo do Poder Judiciário, através do controle posterior, a atividade judiciária é definitiva, atribuindo-se à sentença irrecorrível a qualidade de imutável. Vale observar que esta é uma característica do direito brasileiro, havendo países em que a atividade estatal legislativa e executiva não estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, como ocorre na França.

### **Substitutiva:**

A jurisdição, quando atua, substitui a atividade das partes – ou de uma delas -, isto é, faz o que as partes deveriam ter feito, cumprindo a lei e solucionando o conflito. A atividade jurisdicional, expressa na sentença, substitui a vontade das partes pela vontade do Estado, que deve prevalecer. A sentença guarda equivalência com a lei, pois é ato coercitivo do Estado, só diferindo daquela porque produz efeito entre as partes<sup>151</sup> e no caso concreto, enquanto que a lei produz efeitos “erga omnes” e é abstrata.

### **Instrumental:**

A atividade jurisdicional é um instrumento processual de atuação do direito material lesionado ou ameaçado de lesão; é, portanto, uma atividade-meio – e não uma atividade fim - dita instrumental. Em regra, utiliza-se a jurisdição com a finalidade de se restaurar direito material lesionado ou ameaçado de lesão. Todavia, há algumas situações, devidamente enumeradas pelo legislador, em que o processo é um fim em si mesmo, independentemente de ter havido, ou não, lesão de direito material, tal como sucede com a ação declaratória (art. 19, CPC).

---

<sup>149</sup> Ação declaratória (art. 19, CPC) e jurisdição voluntária (art. 719 a 770, CPC): notificação e interpelação; alienação judicial; divórcio e separação consensuais e extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens do matrimônio; testamentos e codicilos; herança jacente; bem de ausentes; coisas vagas; interdição, tutela e curatela; organização e fiscalização das fundações; ratificação dos protestos marítimos e processos testemunháveis formados a bordo.

<sup>150</sup> Acobertada pela coisa julgada, exceto:

- Ação Rescisória, nas situações específicas do art. 966 e ss, CPC, no prazo de até dois anos; e,
- Revisão Criminal, quanto às decisões condenatórias, indefinidamente.

<sup>151</sup> Exceto nas ações destinadas ao controle abstrato da constitucionalidade das normas jurídicas, positivo ou negativo (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade), em que a sentença produz efeitos “erga omnes”

### **Declarativa ou executiva<sup>152</sup> de direitos:**

Através da atividade jurisdicional, há declaração do direito, quando se profere a decisão, bem como há atividade executiva, quando se cumpre o comando sentencial, ou se executa o direito consubstanciado em título executivo formal (art. 784, CPC). Outrora, atribuía-se à jurisdição, tão somente, a atividade declarativa de direito, sendo que a atividade executiva não chegava a ser considerada jurisdição, dada a simplicidade com que se desenvolve. Hodiernamente, porém, é pacífico o entendimento de que ambas as atividades compõem a jurisdição, e até mesmo que, ao menos no Brasil, a atividade executiva é muito mais densa do que a atividade declarativa de direitos.

#### **1.1.15 PRINCÍPIOS**

A jurisdição orienta-se em princípios, que lhe dão sustentação. Não há unanimidade entre os autores, acerca dos princípios informadores da jurisdição, e, por isto, selecionamos os que se seguem, por entendermos que são os que maior sustentação dão ao instituto. Realçamos que alguns autores inserem, dentre os princípios da jurisdição, a inércia; todavia, quer parecer que a inércia é, antes que um princípio, uma característica da jurisdição, eis que traz, em si, traços que diferenciam a atividade jurisdicional das outras atividades estatais. Por esta razão, estudamos a inércia como característica da jurisdição, e não como princípio.

#### **2.1.4.1 Juiz natural**

O primeiro e mais importante princípio da jurisdição é o do **juiz natural**, tanto que está arrolado dentre as garantias constitucionais processuais. Por este princípio, o órgão julgador deve ser escolhido por critérios objetivos de distribuição da competência orgânica, previstos no âmbito constitucional e infraconstitucional, de tal modo que, ao jurisdicionado, não é permitido escolher o julgador de sua demanda, do mesmo modo que, ao julgador, não é admitido escolher as demandas que irá julgar, nem, tampouco, recusar atuar nas demandas que lhe são distribuídas<sup>153</sup>.

Corolário deste princípio é que não se admite a criação de Juízos ou Tribunais de Exceção<sup>154</sup>, ou seja, veda-se a criação de órgãos julgadores posteriormente aos fatos que serão objeto de julgamento, assim como se inadmite a escolha subjetiva de julgadores para determinadas demandas ou pessoas – ressalvados, é claro, os critérios objetivos de fixação de

<sup>152</sup> Títulos mencionados nos artigos 515 e 784, do CPC.

<sup>153</sup> Exceto situações legais de impedimento e suspeição

<sup>154</sup> **Juízo de Exceção:** Juízo criado contingencial e excepcionalmente, com grave risco para as liberdades individuais. A Constituição Federal veda, expressamente, esta temerária instituição, ao declarar no art. 5º, XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.



competência, definidos no ordenamento jurídico positivo. Entretanto, não são juízos de exceção as justiças especializadas, nem o Tribunal do Júri, pois têm previsão constitucional.

#### 2.1.4.2 Indeclinabilidade

Outro importante princípio da jurisdição é o da **indeclinabilidade**, corolário do direito constitucional de ação, garantido pelo art. 5º, XXXV da CF. Consiste, efetivamente, no dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional, quando solicitada, na forma legal, já que, pela teoria contratual, o Estado reivindicou, para si, o direito de prestar a jurisdição, confiando a tarefa ao Poder Judiciário. Destarte, o Estado deve dizer o direito, quando solicitado, mesmo não existindo lei aplicável ao caso concreto, situações em que se aplica a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme consagrado, expressamente, no art. 141, do CPC.

Uma importante questão a ser analisada, à luz deste princípio, é se o Estado se desincumbe de seu dever de prestar a jurisdição com a prolação da sentença de primeiro grau, ou se tal mister deve se estender ao exame dos recursos disponíveis. Pensamos que, se existem órgãos com competência recursal, a eles se estende, também, o dever de prestar a jurisdição.

Outra questão, igualmente relevante, é saber se a entrega da prestação jurisdicional tardia representa, ou não, violação deste princípio. Entendemos que sim, e que foi justamente com base nesta compreensão que se acrescentou, às garantias judiciais, o princípio da celeridade processual<sup>155</sup>, na esperança de que os órgãos do Poder Judiciário entreguem, tempestivamente, a prestação jurisdicional aos jurisdicionados, pois “justiça tardia é uma grande injustiça”.

#### 2.1.4.3 Indelegabilidade

A **indelegabilidade** é outro princípio indispensável ao exercício da jurisdição, pois, na medida em que o magistrado (juiz, desembargador e ministro) exerce função pública, em nome da coletividade, representando o Estado, não pode delegá-la a outro órgão do mesmo poder, nem, tampouco, a outro poder estatal. Admitir a delegação importaria negar observância ao princípio do juiz natural. Assim sendo, o processo deve ser julgado pelo juízo ao qual foi distribuído, independentemente de quem ocupe o cargo de juiz, vez que não mais existe, no novo CPC, o princípio da identidade física do juiz<sup>156</sup>.

Modernamente, com a expansão da atividade jurisdicional, sobretudo, nos grandes centros urbanos, cada magistrado cerca-se de assessores, que, atuando nos gabinetes, preparam

---

<sup>155</sup>A EC-45 acrescentou, ao inciso 5º., o inciso LXXVII

<sup>156</sup>Por este princípio, que vigorava no código de processo civil anterior, o juiz que conclui a instrução julga a lide, salvo se estiver convocado para julgar em outro órgão (no Tribunal, por exemplo), licenciado, afastado por qualquer motivo, ou, ainda, se for promovido ou aposentado. Este princípio era inaplicável ao processo penal, devido à ausência de norma expressa no CPP, mas, depois de várias décadas, passou a ser aplicado ao processo penal, após a reforma processual e, paradoxalmente, deixou de existir, na reforma do CPC, com a revogação do art. 132.

os processos para julgamento e elaboram decisões, as quais são, simplesmente, assinadas pelo magistrado. Destarte, surge o interesse em saber se tal assessoramento é, ou não, ato típico de delegação da atividade jurisdicional, pois a resposta afirmativa tornaria sem aplicação o princípio da indelegabilidade, fazendo cair por terra um dos pilares da jurisdição e ameaçando a própria atividade jurisdicional. Ora, se a função típica da magistratura, que é exercer a jurisdição, pode ser delegada a um assessor do juízo, recrutado por critérios subjetivos, por que tanto empenho na seleção dos magistrados? Neste contexto, surge, ainda, outra indagação, quanto às razões de se conceder garantias aos magistrados, que não são extensivas aos assessores, aos quais se estende a atividade julgadora.

#### 2.1.4.4 Aderência ao território

O princípio da **aderência da jurisdição ao território** tem pertinência com o critério legal de distribuição da atividade jurisdicional no território nacional. Como o território brasileiro tem dimensão continental, não há como se imaginar que um mesmo juiz possa decidir questões em todos os quadrantes da pátria. A jurisdição pressupõe a existência de um território, onde é exercida; assim, cada órgão julgador exercerá a função judiciária nos limites de seu território de atuação, fixado na norma legal, não podendo exercê-la fora dele<sup>157</sup>. Conforme disposição constitucional, os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal Superior Eleitoral - TSE, Tribunal Superior do Trabalho - TST e Superior Tribunal Militar - STM) têm sede na Capital Federal e exercem a jurisdição em todo o território nacional; os Tribunais Regionais (Tribunais Regionais Federais – TRF's e do Trabalho – TRT's) exercem-na na respectiva região; os Tribunais estaduais (Tribunais de Justiça e Tribunais Eleitorais), nos seus respectivos Estados; os juízes federais, nas respectivas Seções Judiciárias; e, os juízes de direito, nas respectivas comarcas.

#### 1.1.16 ESPÉCIES

Enquanto manifestação da soberania estatal, a jurisdição é una e indivisível; entretanto, para fins didáticos, podemos classificá-la por determinados critérios, a seguir analisados.

Se a jurisdição é a atividade de dizer o direito, o primeiro e mais importante critério para classificá-la é tomar por base **o direito material lesado**, ou ameaçado de lesão, que dá suporte o processo, fazendo incidir a atividade estatal. Sob este prisma, a jurisdição classifica-se em **jurisdição penal, civil e especial**.

A **jurisdição é penal** quando o direito lesado é de natureza penal, ou seja, a norma jurídica violada está inserida no Código Penal ou na legislação penal extravagante.

---

<sup>157</sup> Realizam-se por Carta Precatória os atos judiciais necessários fora da jurisdição

*Aplicação prática:* João matou Maria. A conduta de João está prevista no Código Penal Brasileiro, art. 121. Quando o Estado instaura processo para aplicar a sanção penal cabível ao caso faz atuar a jurisdição penal.

*Diz-se que a jurisdição é penal quando a lesão de direito que dá origem ao processo está configurada na legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante).*

A **jurisdição é civil** quando a lide é civil, ou seja, quando há uma lesão de direito civil.

*Aplicação prática:* Pedro, violando a lei de trânsito, deu causa a um acidente automobilístico e, com isto, causou danos materiais a Paulo. A lei impõe a Pedro a obrigação de reparar os prejuízos causados a outrem, em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia. Constatada a conduta e o dano, a lei impõe a Pedro o dever de indenizar, conforme previsto no Código Civil Brasileiro, art. 186. Quando o Estado instaura processo para aplicar a sanção cabível – no caso, impor a Pedro a obrigação de reparar o prejuízo causado a Paulo – faz atuar a jurisdição civil.

*Diz-se que a jurisdição é civil quando a lesão de direito está configurada na legislação civil (Código Civil e legislação civil extravagante).*

Na **jurisdição especial**, a lide é de outras naturezas, que não a penal ou a civil, ou seja, a lesão de direito não é de natureza penal, nem civil, mas do trabalho, eleitoral ou penal militar.

Na **jurisdição especial trabalhista**, há uma lesão de direito do trabalho.

*Aplicação prática:* Francisco é empregado da Sociedade ABC Ltda., mas a empregadora não registrou o contrato de trabalho na CTPS de Francisco. A empregadora violou a CLT, e, com isto, causou danos a Francisco. A conduta da Sociedade ABC Ltda. está prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 456. Quando o Estado instaura processo para aplicar a sanção cabível – no caso, impor à Sociedade a obrigação de registrar o contrato de trabalho na CTPS do empregado - faz atuar a jurisdição especial trabalhista.

*Diz-se que a jurisdição é especial trabalhista quando a lesão de direito está configurada na legislação trabalhista (CLT e legislação trabalhista extravagante).*

Na **jurisdição especial eleitoral**, a atividade jurisdicional incidirá sobre uma situação de lesão de direito eleitoral.

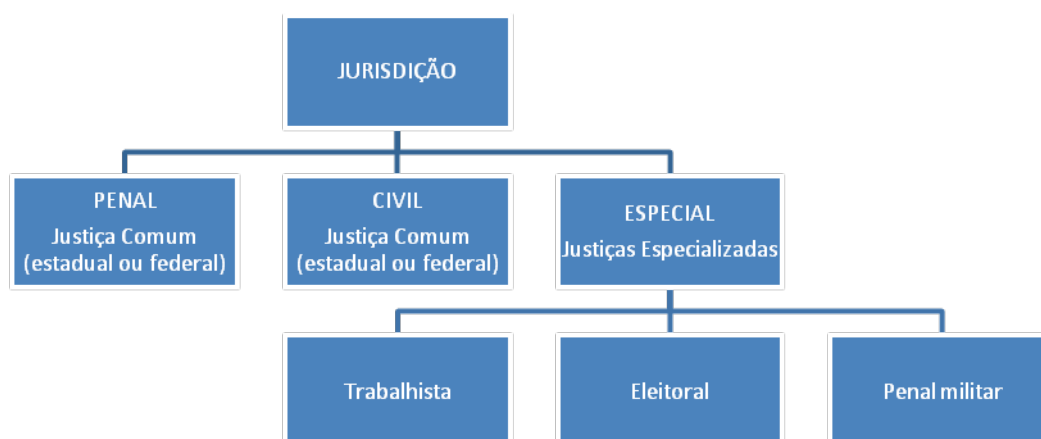
*Aplicação prática:* Patrício impugna a candidatura de Clarice a um cargo eletivo, por um dos motivos previstos na legislação eleitoral. Quando o Estado instaura processo para aplicar a sanção cabível – no caso, avaliar a legalidade ou ilegitimidade da candidatura de Clarice - faz atuar a jurisdição especial eleitoral.

*Diz-se que a jurisdição é especial eleitoral quando a lesão de direito está configurada na legislação eleitoral (Código Eleitoral e legislação eleitoral extravagante).*

Finalmente, a **jurisdição especial penal militar** atua quando há uma lesão de direito penal militar.

*Aplicação prática:* Pesa sob Perpétuo acusação de haver praticado conduta prevista no Código Penal Militar. Quando o Estado instaura processo para aplicar a sanção cabível, faz atuar a jurisdição especial penal militar.

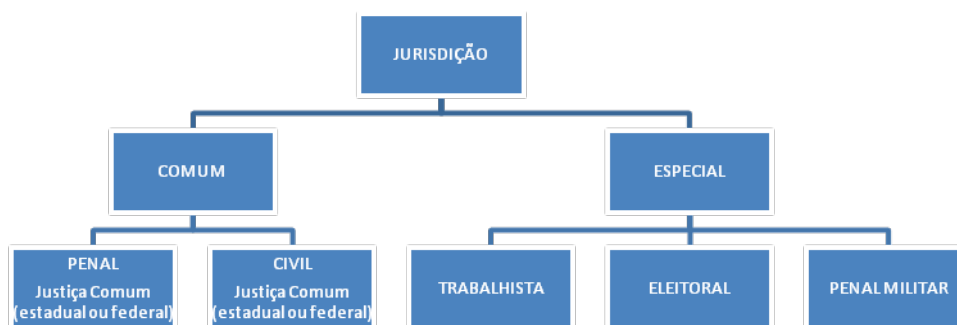
*Diz-se que a jurisdição é especial penal militar quando a lesão de direito está configurada na legislação penal militar (Código Penal Militar e legislação penal militar extravagante).*



Esta classificação é imperfeita, porque leva em consideração o ordenamento jurídico que contempla o direito lesado, e não os órgãos jurisdicionais. Como se sabe, a dicção do direito penal e civil é feita pelos mesmos órgãos da justiça comum, tanto estadual quanto federal. A classificação da jurisdição com base no ordenamento jurídico confunde-se com a classificação do Direito Processual.

Para melhor compreensão, deve, ainda, ser observado que os Códigos, apesar de abrangentes, não abarcam todas as previsões legais de determinada natureza, em seus respectivos âmbitos. Assim, há lesões de direito penal catalogadas fora do Código Penal (na lei de tóxicos, por ex.), bem como lesões de direito civil fora do Código Civil (lei do inquilinato, por ex.). Por derradeiro, após a EC-45, a jurisdição especial trabalhista passou a atuar em várias outras situações, que não envolvem lesão de direito trabalhista (ex. execução de multas administrativas).

Portanto, entendemos que a classificação da jurisdição, conforme o direito material, deve ser a seguinte:



Outro critério é identificar a jurisdição com base na **posição hierárquica dos órgãos de distribuição da justiça** e, assim o fazendo, temos a jurisdição inferior ou monocrática, porque é singular, exceto a militar, composta de órgãos que se localizam na base da pirâmide organizacional do Poder Judiciário, chamados de órgãos de primeira instância ou primeiro grau, cuja a finalidade de examinar, em primeira mão, as contendas jurídicas.

*Aplicação prática:* Paula quer investigar sua paternidade, em juízo. Propõe ação cível perante o juízo de primeira instância, onde será processada e julgada, proferindo o juízo uma sentença, onde o Estado afirmará ou negará o direito pleiteado.

*Diz-se que a jurisdição é inferior quando a atividade é desenvolvida pelos órgãos de primeira instância ou primeiro grau de jurisdição.*

Sobreposicionados, temos os órgãos da chamada jurisdição superior, que é colegiada; são órgãos que se localizam no segundo patamar da pirâmide organizacional do Poder Judiciário, chamados de órgãos de segunda instância ou segundo grau, cuja finalidade precípua é revisar as decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição inferior, quando a parte vencida oferecer recurso adequado, na forma e no prazo estipulado pela norma jurídica pertinente.

*Aplicação prática:* No exemplo acima, suponha que a ação for julgada improcedente, Paula poderá pedir a revisão da decisão, interpondo, no prazo e na forma legal, o recurso adequado, que será julgado pelo respectivo Tribunal, que é órgão de segunda instância.

*Diz-se que a jurisdição é superior quando a atividade é desenvolvida pelos órgãos de segunda instância ou segundo grau de jurisdição.*

Por fim, classifica-se a jurisdição com base na existência ou inexistência de conflito. Tal classificação só se aplica à jurisdição civil, por previsão expressa do Código de Processo Civil.

Em regra, a atividade jurisdicional pressupõe a existência de um conflito insoluto que o titular do direito lesado leva ao Poder Judiciário, para ser solucionado, através de aplicação do direito àquela situação concreta. Nestes casos, diz-se que a jurisdição é contenciosa, porque há contenda entre os sujeitos. Portanto, a jurisdição é contenciosa quando o Poder Judiciário atua para dirimir conflitos que lhe são apresentados na forma legal, por quem de direito, através do processo.

Todavia, na esfera civil, há várias situações em que, apesar da inexistência de conflito, a própria lei exige a interferência do Estado, com a finalidade única e exclusiva de homologar a vontade dos sujeitos. Nestes casos, diz-se que a jurisdição é voluntária.

Eis as principais características de uma e de outra espécie:

<b>Características</b>	<b>Jurisdição Contenciosa</b>	<b>Jurisdição Voluntária</b>
Controvérsia	Existe	Inexiste
Coisa Julgada	Ocorrência de coisa julgada material	Ocorrência de coisa julgada formal
Processo (sentido estrito)	Existência de processo: autor, réu, juiz	Existência de mero procedimento
Partes	Existência de partes	Existência de interessados
Necessidade	É facultativa	É obrigatória
Disposição legal no CPC	Demais dispositivos	Artigos 719 a 770

Finalmente, a jurisdição pode ser classificada em ordinária e extraordinária, sendo aquela a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário e esta, por outros poderes, como por exemplo, o Poder Legislativo, quanto ao julgamento de altas autoridades pelo Senado Federal (art. 52, I, CF), ou o Poder Executivo, Legislativo e o próprio Poder Judiciário, quanto ao contencioso administrativo.

## **ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO**

Primeiramente, é bom atentar para o fato de que, após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a exercer outras atividades, que não a jurisdição, dentro de seu poder de realizar o chamado auto-governo e manter a sua independência frente ao Poder Executivo. De acordo com o art. 99, CF, os Tribunais elaboram suas propostas orçamentárias, dentro dos limites constitucionais, e as encaminha ao Poder Executivo. Após aprovação, pelo Poder Legislativo, as dotações orçamentárias são entregues ao Poder Judiciário no dia 20 de cada mês (art. 168, CF). Milhares de funcionários são contratados; bilhões de reais são gastos pelo Poder Judiciário em atividades administrativas, e não, exclusivamente, na atividade jurisdicional, como se supõe. De faxineiros, guardas, ascensoristas de elevadores e similares a engenheiros, médicos, economistas, fotógrafos, repórteres, cléricos, etc., vários profissionais, indubitavelmente

administrativos, compõem a pesada estrutura do Poder Judiciário, consumindo muito do que, efetivamente, deveria ser aplicado na atividade jurisdicional.

Críticas à parte, neste momento, este estudo limita-se ao exame da atividade jurisdicional, qual seja a exercida pelos magistrados, que são os componentes da atividade denominada magistratura, bem delineada na Constituição de 1988, com suas garantias e limitações.

Ao Poder Judiciário a Constituição Federal reservou o Capítulo III, onde, nos art. 92 a 126, prevê a existência de vários órgãos, cada um responsável pela dicção de determinado direito, para determinadas pessoas, em determinadas localidades, segundo critérios lógicos de divisão de atribuições.

### **2.2.1 Acesso e Promoção**

Nos artigos 93 e 94, da CF, estão disciplinadas as formas de acesso aos cargos da magistratura.

Na primeira instância – ou grau de jurisdição – o acesso aos cargos da magistratura dar-se-á por concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, no cargo do Juiz Substituto, exigindo-se do candidato, que deve ser bacharel em direito, a comprovação de experiência, após o bacharelado, em atividades jurídicas, por 3 (três) anos.

Após o ingresso, a promoção na carreira, tanto de entrância para entrância, como de instância para instância, dar-se-á, alternadamente, pelo critério de antiguidade e merecimento, observadas as regras previstas no inciso II do art. 93:

- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;
- d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e,
- e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

A segunda instância do Poder Judiciário é composta de magistrados oriundos da primeira instância, que são promovidos, pelos critérios de antiguidade e merecimento, e de membros do Ministério Público e da OAB, ficando, então, assim representada:

- 4/5 dos membros da magistratura, provenientes da primeira instância; e,
- 1/5 provenientes de outras carreiras jurídicas, sendo metade do Ministério Público, com mais de dez anos de atividade, e metade de Advogados, devidamente inscritos na OAB, também, com mais de dez anos de atividade.

O acesso aos Tribunais Superiores é feito na forma prevista na Constituição Federal, de forma diferenciada para cada órgão.

### 2.2.2 Garantias e vedações

A Constituição prevê garantias para o Poder Judiciário e, também, para os membros da magistratura; àquele garante autonomia financeira e auto-gestão (art. 99); a estes, prevê (art. 95) a tríplice garantia da vitaliciedade – que se adquire após dois anos, na primeira instância, e no ato da posse, nos demais órgãos, e que só se perde por interesse público, por voto de maioria do Tribunal - inamovibilidade e irredutibilidade vencimental.

A Carta Magna enumera (§ único do art. 95), também, as vedações a que se sujeitam os magistrados – e não somente os juízes, tal como consta, literalmente, no texto normativo:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária;

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e,

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

O texto constitucional é claro, quanto às vedações, exceto quanto ao exercício da função de magistério, que sequer limita ao ensino superior, como o faz o Estatuto da Magistratura (Lei Complementar 37/79). Afinal, o que vem a ser “uma” função de magistério? O desempenho da docência em uma instituição? Ou em uma disciplina? Este é um problema que o Conselho Nacional de Justiça terá que enfrentar, pois a magistratura é atividade exclusiva. Veja-se o que diz o Estatuto, ao estabelecer as situações em que o magistrado vitalício poderá perder o cargo:

Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):

I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:



- a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;
- b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;
- c) exercício de atividade político-partidária.

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

§ 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

Analisando o Estatuto, parece-nos que a Carta Magna limita a cumulação da função de magistrado com **um único cargo de docente, em instituição de ensino superior, quer seja público ou particular** – exceto curso oficial de preparação para a judicatura ou aperfeiçoamento – e, mesmo assim, desde que haja correlação da disciplina lecionada com a atividade desenvolvida pelo magistrado e, ainda, compatibilidade de horários da atividade docente com a atividade judicante.

## COMPOSIÇÃO E COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal dedicou o Capítulo III – art. 92 a 126 - à organização do Poder Judiciário brasileiro e fixação da competência de seus órgãos em razão da matéria, das pessoas e da posição hierárquica do órgão julgador. A seguir, analisaremos os órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário.

### 1.1.17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

O **Supremo Tribunal Federal** é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e, também, responsável pela guarda da Constituição; é composto de onze (número fixo) ministros, brasileiros natos, com idade entre 35-70 anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado.

O STF possui competências originárias e recursais - estas, subdivididas em ordinárias e extraordinárias.

A CF atribui ao STF **competências originárias**, em que comparece como primeiro e único órgão julgador de determinadas demandas, identificadas no art. 102, I da CF, cabendo-lhe processar e julgar:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

*Observe-se que, nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República, a competência é do Senado (art. 52, II), o que leva à conclusão de que as mesmas condutas, quando praticadas em conexão, passam a ser crimes de responsabilidade.*

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

*Anote-se que os Habeas Corpus impetrados pelos Ministros de Estado e Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, ou sendo estes os pacientes, são processados pelo STF, enquanto que os Habeas Corpus impetrados por terceiros, contra atos de ditas autoridades, são processados pelo STJ (art. 105, I, "c").*

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

*Interessante é que, se a disputa for entre estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada no País, a competência é dos juizes federais (art. 109, II)*

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

*Importa registrar que os Conselhos são órgãos públicos, e, assim, não possuem personalidade jurídica; logo, não podem ser acionados, exceto quanto às ações constitucionais, tais como mandado de segurança, de injunção ou habeas data.*

Na **competência recursal ordinária**, atribui-se ao STF a função de órgão revisor de determinadas causas, identificadas no art. 102, II da CF, como se fosse um órgão de segunda instância:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, tais como os impetrados por Governadores de Estado;

b) o crime político.

*O STF é a instância revisora da decisão proferida pelo juiz federal (art. 109, IV), com supressão de segunda instância.*

A **competência recursal extraordinária** do STF decorre do fato de ser o guardião da CF e, por isso mesmo, revisor derradeiro das questões em que há afronta à Lei Maior, observados os requisitos previstos no art. 102, III da CF, quais sejam:

a) contrariar dispositivo da Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

### **1.1.18 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ**

O **Superior Tribunal de Justiça** é o órgão máximo da justiça comum brasileira, composto de, no mínimo, trinta e três (33) ministros, com idade entre 35 e 65 anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, sendo 2/3 provenientes da carreira da magistratura, dos quais onze (11) são escolhidos dentre Desembargadores dos TRF's, onze (11), dentre Desembargadores dos TJ's, e, 1/3 (onze) dentre Advogados e Membros do Ministério Público Federal/Estadual e do Distrito Federal. Dos onze (11) ministros que são provenientes de outras carreiras jurídicas, cinco (5) são oriundos da advocacia e seis (6) do Ministério Público, sendo três do Ministério Público Federal e três do Ministério Público dos Estados da federação.

Ao STJ, assim como ao STF, a CF atribui **competências originárias**, para as quais é o primeiro julgador, e recursais, em que comparece como órgão revisor ordinário e extraordinário.

A **competência originária** do STJ é ser o primeiro e único órgão julgador de determinadas causas, identificadas no art. 105, I da CF:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.

c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Quando **Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Nacionais são impetrantes ou pacientes**, o habeas corpus processa-se no STF (art. 102, "d" e "c"), e quando são coatores são processados no STJ.

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

*Como por exemplo, conflito de competência entre um juiz de Direito e um juiz do Trabalho, quando a questão já foi apreciada pelo TJ ou pelo TRT.*

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e as da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

*As exceções estão definidas no art. 102, "q".*

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias

A **competência recursal ordinária** atribui ao STJ a função de órgão revisor de determinadas causas, identificadas no art. 105, II da CF:

a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

*É o caso de HC impetrado pelo juiz do trabalho ou pelo prefeito, quando a decisão for denegatória.*

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

*Aqui temos outro caso de supressão de instância, sendo o STJ revisor das causas decididas pelos juizes federais (art. 109, II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País), eliminando-se a revisão pelo TRF.*

A **competência recursal extraordinária** do STJ é ser o guardião da lei federal, e, por isso, é o revisor derradeiro das questões decididas com afronta à lei federal, quando a decisão recorrida (art. 105, III da CF):

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

### 1.1.19 JUSTIÇA COMUM

A justiça comum brasileira – em que não se incluem as justiças chamadas especializadas, do Trabalho, Eleitoral e Penal Militar – divide-se em Justiça Comum Federal e Justiça Comum Estadual, cabendo àquela as questões enumeradas na CF e a esta o resíduo.

#### 2.3.3.1 Justiça Comum Federal

A Justiça Comum Federal compõe-se de nove (9)<sup>158</sup> Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.

Existem, no Brasil, nove (9) **Tribunais Regionais Federais**, cada qual com composição prevista constitucionalmente de, no mínimo de sete (7) Desembargadores Federais. Entretanto, atualmente, nenhum TRF possui essa composição mínima, sendo que os TRFs das 1ª, 2ª e 4ª Regiões possuem vinte e sete (27) membros cada; o da 3ª Região, quarenta e três (43), e o da 5ª Região, quinze (15). Os demais terão sua composição definida em lei<sup>159</sup>. Os **Desembargadores Federais** devem ter idade entre 30 e 65 anos, e 4/5 dos membros de cada Tribunal são escolhidos dentre Juízes Federais, preferentemente dentre os da respectiva Região, e 1/5 dentre Advogados e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de exercício nas respectivas atividades.

A **competência originária** dos TRFs é processar e julgar, originariamente, as questões identificadas no art. 108, I da CF, quais sejam:

- a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
- c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal e
- e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal.

Os TRFs têm como **pal competência a recursal**, ou seja, cabe-lhes a revisão das decisões proferidas pelos juízes federais, bem como pelos juízes estaduais, quando estes exercem a função de juiz federal, nas suas respectivas jurisdições (art. 108, II, CF).

<sup>158</sup> O número de TRF's foi alterado de cinco (5) para (9) pela EC-73/2013, de 6/6/2013, com seis meses de prazo para a instalação.

<sup>159</sup> Idem

Os **juízes federais** são os órgãos de primeira instância da Justiça Comum Federal; são recrutados por concurso público, ingressando no cargo de Juiz Federal Substituto.

Compete aos **juízes federais** (art. 109 da CF) a jurisdição comum, nas situações definidas pela Constituição, em razão da pessoa jurídica da União, bem como suas autarquias, empresas públicas e/ou fundações, serem parte ou interessada, ou, ainda, em razão da matéria, quanto às situações expressamente identificadas naCF, cabendo-lhe processar e julgar:

a) Em razão das pessoas (a palavra pessoas, aqui, está empregada no sentido jurídico, podendo ser pessoa física ou jurídica - de direito privado ou público, interno ou internacional):

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

*Nesse caso, eventual recurso será processado pelo STJ; haverá supressão de instância, eliminando-se a revisão pelo TRF (art. 105, II, "c").*

Por outro lado, se a disputa for entre estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, Estado, Distrito Federal ou Território, a competência é do STF (art. 102, "e").

IV - .... as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

b) Em razão da matéria:

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Não importa quem sejam as partes; o que define a competência é a causa de pedir – contrato da União com estado estrangeiro ou organismo internacional

IV - os crimes políticos.

*Nesse caso, eventual recurso será processado pelo STF; haverá supressão de instância, eliminando-se a revisão pelo TRF (art. 102, II, "b").*

V - A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

c) Em razão do lugar:

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

A competência dos **juízes federais** é estendida aos **juízes estaduais**, nas comarcas em que não há Seção Judiciária da Justiça Federal (art. 108, II, CF).

### 2.3.3.2 Justiça Comum Estadual

A Justiça Comum Estadual compõe-se de vinte e seis (26) Tribunais de Justiça e Juízes de Direito. Cada Estado possui um só **Tribunal de Justiça**, sendo vedada a manutenção e/ou criação e Tribunais de Alçada<sup>160</sup>.

Os **Juízes de Direito** são os órgãos de primeira instância da justiça comum estadual, cujo ingresso na carreira se dá no cargo de Juiz Substituto; o quantitativo é fixado e alterado por lei estadual, de iniciativa do Presidente do respectivo tribunal.

A **competência** dos órgãos da Justiça Comum Estadual é fixada nas respectivas Constituições Estaduais, observado o previsto na CF, cabendo ao Tribunal de Justiça a competência recursal.

A **Justiça Comum Estadual** tem **competência residual**, ou seja, compete-lhe processar e julgar todas as causas referentes a matéria comum, cuja competência não é atribuída a outras justiças. Excepcionalmente, decidirá, também, as causas de competência da Justiça Comum

---

<sup>160</sup> Anteriormente à CF/88, os Tribunais de Justiça podiam criar Tribunais de Alçada, destacando-lhe atribuições específicas



Federal, onde não houver seções ou subseções judiciárias, e da Justiça Especial do Trabalho, onde não houver Varas do Trabalho.

#### **1.1.20 JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:**

A **Justiça do Distrito Federal e Territórios** (estes, se e quando houver) é composta de um **Tribunal de Justiça**, localizado na Capital Federal, e **Juízes do Distrito Federal e dos Territórios**. É organizada e mantida pela União (art. 22, XVII, CF), mas a distribuição da competência entre os juízos cabe à Lei Orgânica do Distrito Federal, no âmbito da competência que lhe é deferida pelo art. 32 e § 1º, da CF.

Na atualidade, não há territórios, mas podem vir a ser criados, mediante desmembramento de Estados brasileiros, observados os requisitos constitucionais.

#### **1.1.21 JUSTIÇA DO TRABALHO**

A Justiça do Trabalho compõe-se de um Tribunal Superior do Trabalho, vinte e quatro (24) Tribunais Regionais do Trabalho e Varas do Trabalho, cujo número é fixado por lei federal, de iniciativa do TST.

O **Tribunal Superior do Trabalho** é o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, composto de vinte e sete (27) ministros, com idade entre 35 e 65 anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, sendo 1/5 dentre advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, e 4/5 dentre Desembargadores dos TRTs, indicados pelo próprio TST.

Os **Tribunais Regionais do Trabalho** são os órgãos de segunda instância da Justiça do Trabalho. Há vinte e quatro (24) TRTs no Brasil, sendo que o Estado do Tocantins não possui TRT – compõe o da 10ª Região, com sede em Brasília-DF; o Estado de São Paulo possui dois; o TRT da 8ª Região compreende os Estados do Pará e do Amapá; o da 11ª Região, Amazonas e Roraima, e o da 14ª Região, Rondônia e Acre. O número de Desembargadores Federais é o fixado nos art. 670 a 689, CLT, os quais são nomeados pelo Presidente da República, não se exigindo aprovação prévia do Senado.

As **Varas do Trabalho** são os órgãos de primeira instância da Justiça do Trabalho, onde atuam os Juízes do Trabalho (art. 654 da CLT).

A competência da **Justiça do Trabalho** é bastante complexa, misturando vários ingredientes e fixando-se, ora em razão da matéria trabalhista, ora em razão da qualidade do trabalho, ora em razão das pessoas. A Justiça do Trabalho tem, porém, a vantagem de não contemplar os odiosos foros especiais, ou seja, todos os dissídios individuais nascem na primeira instância. Em linhas gerais, temos que a Justiça do Trabalho é competente para a dicção do

direito do trabalho, nas controvérsias decorrentes de relação de trabalho e outras questões enumeradas no art. 114 da CF.

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Diz o texto constitucional que a competência é definida em razão das matérias, mas há várias situações em que tal não acontece, pois é a parte, ou a qualidade dela, que define a competência. Por construção jurisprudencial firme e pacífica, até o momento, excetuam-se, do rol acima, definido pelo texto constitucional, as ações fundadas em relação de trabalho regida pelo Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112/1991), cuja competência continua a ser da Justiça Federal, aplicando-se o art. 109, I, CF. A definição é feita, então, em razão da pessoa do servidor.

Há, ainda, controvérsia quanto às ações fundadas em direito civil, como por exemplo, as decorrentes de trabalho prestado através de contrato de representação comercial e outras atividades dos diversos prestadores autônomos de serviços, tais como advogados, médicos, contadores, pois uns dizem que devem ser julgadas pela justiça comum. A favor de tal orientação, está a súmula nº 363, do STJ, e 15/10/2008, publicada no DJe de 03/11/2008:

**Competência - Processo e Julgamento - Ação de Cobrança - Profissional Liberal Contra Cliente.** Compete à Justiça Estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.

Há, porém, quem entenda que, na mesma situação, a competência é da justiça do trabalho, desde que a atividade seja desenvolvida, diretamente, por pessoa natural.

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

Aqui, também, são exceções as ações decorrentes de greve dos servidores públicos, ou seja, não é a matéria que define a competência, mas a pessoa.

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita a sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”;

Se o conflito de competência for entre tribunais da justiça trabalhista e da justiça comum, o conflito será dirimido pelo STJ (art. 105, I, “d”, CF).

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

A competência só será da Justiça do Trabalho se o empregado for parte; se forem seus sucessores, a competência será da justiça comum. Aqui, também, aplica-se a exceção em que o texto legal diz que a competência é definida em razão da matéria, mas, em verdade, o é em razão da pessoa. Nesse sentido, a Súmula nº 366, STJ, definindo a competência em razão das pessoas:

*CC 84766. EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELA ESPOSA E PELOS FILHOS DO FALECIDO. DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO (ART. 114, VI, DA CF). RELAÇÃO JURÍDICO-LITIGIOSA DE NATUREZA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. In casu, a autora, na condição de esposa do empregado vitimado, busca e atua em nome próprio, perseguindo direito próprio, não decorrente da antiga relação de emprego e sim do acidente do trabalho. 2. Competência determinada pela natureza jurídica da lide, relacionada com o tema da responsabilidade civil. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado.*

Eis o teor da Súmula 366: "*Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho*".

Acontece que, logo depois, esta súmula foi cancelada, pela Corte Especial do STJ, quando do julgamento do CC 101.977-SP, na sessão de 16/09/2009.

Como se vê, no caso, o direito material lesado é de natureza civil, mas a competência é da justiça do trabalho.

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a” e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

Na espécie, a matéria é civil (obrigação e crédito tributário), o credor é uma autarquia federal, que tem foro constitucional na justiça comum federal, mas a competência é da justiça do trabalho.

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Assim, conclui-se que a intrincada questão da competência da justiça do trabalho, redefinida pela EC-45, requer maiores estudos, de cunho científico.

Por fim, cabe anotar que, nas localidades não compreendidas na competência das Varas do Trabalho, a competência é estendida ao Juízo de Direito da Comarca, nos termos do art. 112 da CF e art. 668 da CLT; neste caso, eventual recurso será julgado pelo respectivo TRT.

Não há perpetuação da jurisdição; se instalada Vara do Trabalho, enquanto o processo está tramitando, ele será redistribuído e encaminhado à justiça especializada, no estado em que se encontrar.

#### **1.1.22 JUSTIÇA ELEITORAL**

A Justiça Eleitoral compõe-se de um Tribunal Superior Eleitoral, vinte e sete (27) Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais.

O **Tribunal Superior Eleitoral** é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, sendo suas decisões irrecorríveis, salvo quando contrariarem a Constituição, bem como as denegatórias de "habeas-corpus" ou mandado de segurança (§ 3º do art. 121).

É composto de, no mínimo, sete ministros, sendo três (3) do Supremo Tribunal Federal; dois (2) do Superior Tribunal de Justiça, escolhidos por voto secreto, e dois (2) advogados indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República (art. 118).

A sua **competência recursal** é revisar as decisões proferidas pelos TREs, quando:

- I - forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei;
- II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

Há um **Tribunal Regional Eleitoral** em cada Estado, composto de sete juízes, sendo dois (2) desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça; dois (2) Juízes de Direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça, por voto secreto pelo respectivo Tribunal; dois (2) advogados escolhidos pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Presidente da República, e um (1) juiz Federal (ou Desembargador Federal, onde houver sede de TRF), este, escolhido pelo respectivo TRF. O mandato dos juízes de **Tribunais Regionais Eleitorais** é de dois anos, podendo haver uma recondução subsequente.

Os **juízes eleitorais** são juízes de direito com competência estendida, escolhidos pelo respectivo Tribunal para o exercício da função por dois anos, podendo ser reconduzidos.

A justiça eleitoral detém **competência jurisdicional e administrativa**. No desempenho da primeira, é competente para processar e julgar as questões jurídicas decorrentes do direito material eleitoral; da segunda, realiza os alistamentos eleitorais, prepara e realiza as eleições, bem como proclama os resultados e diploma os eleitos.

### **1.1.23 JUSTIÇA MILITAR**

A Justiça Militar compõe-se de um Superior Tribunal Militar, Tribunais Regionais Militares, nos casos admitidos na CF, Juízes Auditores e Conselho de Justiça Militar.

O **Superior Tribunal Militar** é o órgão máximo da Justiça Militar, composto de quinze (15) ministros, sendo três (3) da Marinha, quatro (4) do Exército, três (3) da Aeronáutica, e cinco (5) civis escolhidos pelo Presidente da República, sendo três (3) dentre advogados, um (1) dentre juízes auditores e um (1) dentre membros do Ministério Público Militar, todos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado.

A competência recursal do STM é julgar os recursos provenientes das Auditorias Federais, e a originária, a matéria definida em seu Regimento Interno.

A Justiça Militar brasileira, também chamada justiça “castrense”, divide-se em Federal e Estadual. A competência da primeira é o processamento e julgamento das condutas praticadas por militares integrantes das Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica – quando houver violação dos dispositivos do Código Penal Militar, e, da segunda, pelos integrantes das Forças Auxiliares, ou seja, das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos respectivos Estados.

A primeira instância da Justiça Penal Militar Federal é constituída pelos Conselhos de Justiça, formados por um juiz auditor militar, cujo cargo é provido por concurso de provas e títulos, e mais 4 (quatro) oficiais, cujos postos e patentes dependerão do posto ou graduação do

acusado. Os Conselhos de Justiça dividem-se em Conselhos Especiais destinados ao julgamento dos oficiais, e os Conselhos Permanentes destinados ao julgamento de praças, ou seja, soldado, cabo, sargento, subtenente, e aspirante-a-oficial. Os Conselhos de Justiça militar têm formação mista, sendo compostos por um juiz civil mais os juízes militares, que atuam na Justiça Militar por um período de três meses, ao término do qual são substituídos por novos oficiais. Esses Conselhos são presididos por um juiz militar que tenha a maior patente em relação aos demais integrantes do órgão julgador, e a sede da Justiça Especializada em primeiro grau é denominada Auditoria Militar.

A organização da Justiça Militar Estadual, na primeira instância, é semelhante à da Justiça Militar Federal guardadas algumas particularidades no tocante aos postos e graduações das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, já que nas Forças Auxiliares não existe a presença dos oficiais generais (General, Almirante e Brigadeiro).

Assim, a primeira instância da justiça militar Federal são as auditorias militares federais – atualmente, há doze (12), em todo o território nacional, cada qual com circunscrição judiciária definida – e a segunda, é o Superior Tribunal Militar. Já a segunda instância da Justiça Militar Estadual é constituída, em alguns Estados (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) pelos Tribunais de Justiça Militar (TJM). Nos Estados, em que não existe TJM, essa competência é exercida pelo Tribunal de Justiça e, às vezes, por uma Câmara ou turma especializada.

A CF admite a criação, por lei estadual, de iniciativa do Tribunal de Justiça, da Justiça Militar Estadual, constituída, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. Admite, também, que os Estados tenham, em primeiro grau, os juízes de direito com competência penal militar e os Conselhos de Justiça.

A **Competência** da Justiça Militar Estadual é processar e julgar (art. 124, § 4º):

- os militares dos Estados, nos crimes militares definidos no Código Penal Militar e legislação pertinente e
- 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.

A atuação da Justiça Penal Militar dar-se-á singularmente, através do Conselho de Justiça ou do Tribunal do Juri, conforme o caso. Esquematizando, temos que:

- (a) O Juiz de Direito, singularmente, processará e julgará:
  - Os crimes militares cometidos contra civis
  - As ações judiciais contra atos disciplinares militares

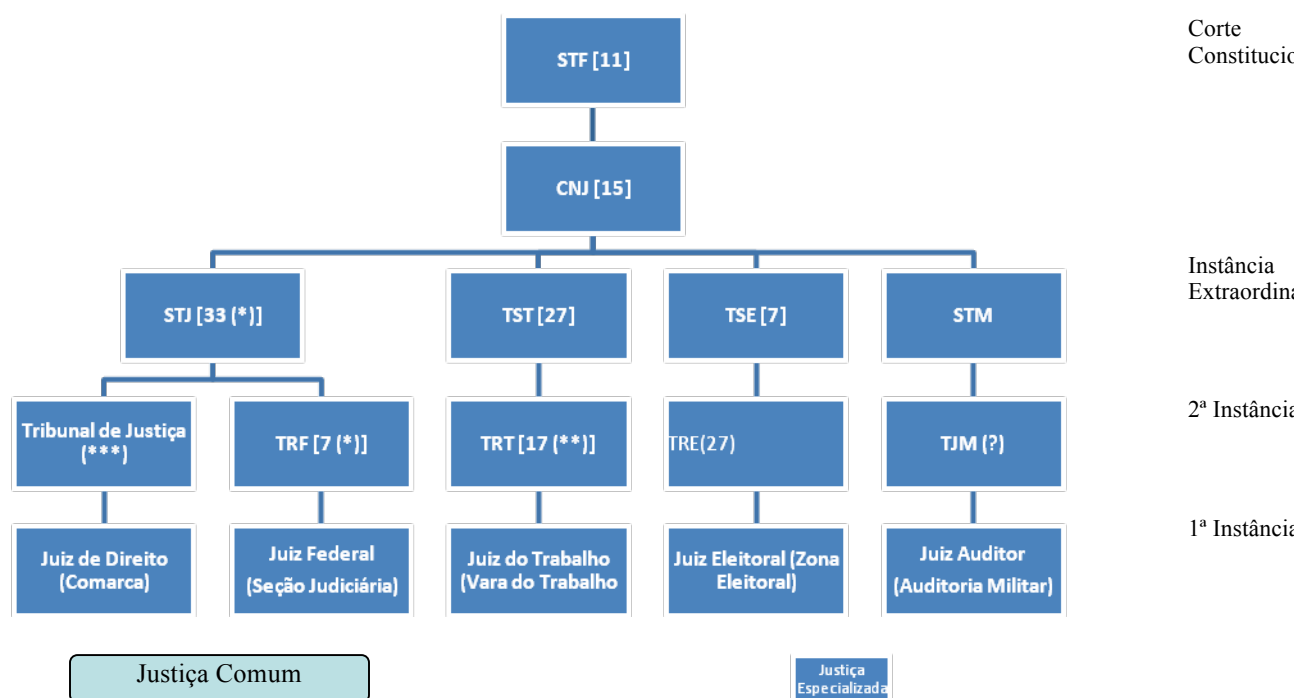
- (b) O Conselho de Justiça, presidido pelo Juiz de Direito, processará e julgará:
- Os demais crimes militares
- (c) O Tribunal do Júri, sob a presidência do Juiz de Direito, processará e julgará:
- Os crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares, contra civis
- (d) O Tribunal de Justiça Estadual decidirá sobre:
- A perda da patente do posto e da patente dos oficiais; e,
  - A perda da graduação das praças.

Finalmente, uma anotação jurisprudencial sobre a competência da justiça militar:

**STJ Súmula nº 90 - 21/10/1993 - DJ 26.10.1993**

**Competência - Processo e Julgamento - Crime Militar - Crime Comum – Simultaneidade.** Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.

## QUADRO SINÓTICO II - ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO



(\*) Número mínimo de membros.

Atualmente, há nove TRFs com a seguinte composição: 1ª, 2ª e 4ª Região: 27; 3ª Região, 43 e 5ª Região: 15; os quatro recém-criados, terão a composição definida em lei<sup>161</sup>.

(\*\*) Há 24 TRTs, sendo um em cada Estado, exceto São Paulo, que possui dois, um na Capital e outro em Campinas; Distrito Federal e Tocantins compõem a 10ª Região; Acre e Rondônia, a 14ª Região; Pará e Amapá, a 8ª. e, Amazônia e Roraima, a 11ª.

(\*\*\*) Criados conforme lei estadual, para o reexame de causas julgadas em primeira instância. Após a EC-45/2004, não há mais Tribunais de Alçada.

### Competências:

#### 1. Justiça Comum

- Estadual: juízes de direito:** competência residual: todas as causas que não couberem às demais, tais como causas cíveis, criminais, falimentares etc.;
  - **juizados especiais cíveis**, para processar e julgar, **sob procedimento especial**, causas cíveis de menor complexidade e de valor inferior a 40 salários-mínimos e
  - **juizados especiais criminais**, para processar e julgar, sob procedimento especial, os delitos de menor potencial lesivo, cuja pena máxima é de dois (2) anos.
- Federal: juízes federais:** causas de qualquer natureza em que é parte ou interessada a União, suas autarquias e empresas públicas, e outras, definidas pela CF (art. 109<sup>162</sup>).

<sup>161</sup> O número de TRF's foi alterado de cinco (5) para (9) pela EC-73/2013, de 6/6/2013, com seis meses de prazo para a instalação.

<sup>162</sup> **Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.



- **juizados especiais cíveis**, para causas de menor complexidade e de valor inferior a 60 salários-mínimos e
- **juizados especiais criminais**, para delitos de menor potencial lesivo (pena máxima de 2 anos).

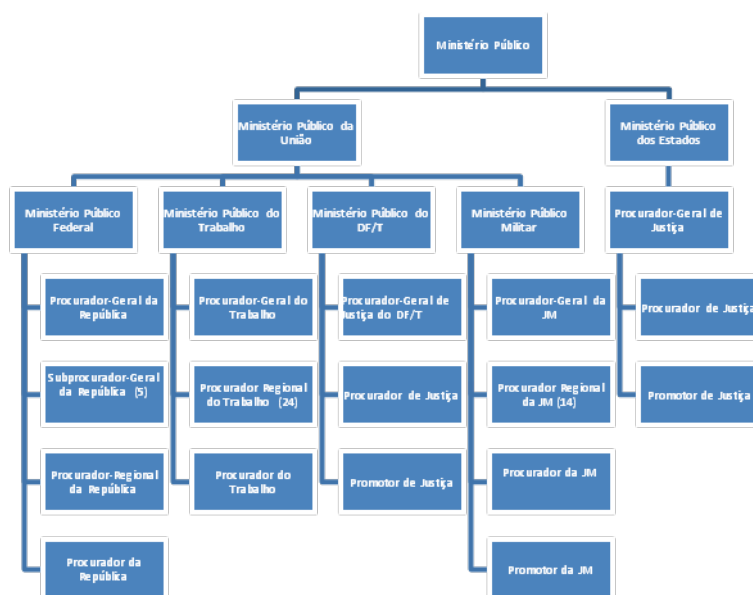
## **2. Justiça Especial**

- a) **Do Trabalho**: Conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre empregadores e empregados, bem como toda e qualquer relação de trabalho, inclusive quando a administração direta ou indireta da União, dos Estados e dos Municípios é parte.
- b) **Eleitoral**: Preparação, organização, realização e apuração das eleições e julgamento dos crimes eleitorais.
- c) **Penal Militar**: Julgamento de crimes cometidos por militares e bombeiros, exceto dolosos contra a vida cometidos contra civis. **Tribunal de Justiça Militar** pode ser criado por lei estadual de iniciativa do TJ se o efetivo da polícia militar e corpo de bombeiros for superior a 20.000.

## FUNÇÕES ESSENCIAIS À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

### 2.5.1 MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público Brasileiro é o órgão defensor da sociedade, cuja estrutura, após a Constituição de 1988, tem correspondência com os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, podendo ser assim visualizada:



O **Ministério Público da União** é chefiado pelo Procurador Geral da República, e atua perante as justiças da União, sendo composto do Ministério Público Federal, que atua perante a Justiça Federal; o Ministério Público do Trabalho, que atua perante a Justiça do Trabalho; o Ministério Público Militar, que atua perante a Justiça Militar Federal, e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que atua perante a Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O **Ministério Público dos Estados** é chefiado, em cada Estado, pelo seu Procurador Geral de Justiça, e atua perante a justiça comum estadual de seu respectivo Estado.

A Constituição Brasileira enumera, no art. 127<sup>163</sup>, os **poderes institucionais** do Ministério Público, quais sejam a defesa (a) da ordem jurídica; (b) do regime democrático de

<sup>163</sup> **Art. 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no artigo 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

direito (c) dos direitos sociais; (d) de todo e qualquer direito dos incapazes e (e) dos direitos individuais indisponíveis, ainda que os titulares sejam capazes. Nesse caso, a atuação do MP limita-se, tão somente, à tutela dos direitos individuais indisponíveis, assim entendidos aqueles indispensáveis à preservação de bens como a vida, a saúde, como, por exemplo, o direito à personalidade.

Os **princípios** (art. 127, § 1º, CF) que sustentam a instituição do Ministério Público são: a) o da unidade, no sentido de que os vários membros integram uma só instituição, que é dirigida por uma só pessoa, que é o Procurador Geral da República; (b) o da indivisibilidade, porque os membros do MP não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, diversamente do que ocorre com os juízes, que se vinculam aos processos e c) o da independência funcional, significando sua desvinculação aos poderes constituídos, especialmente, ao Executivo, do qual foi, historicamente, dependente. Este princípio aplica-se, também, entre os membros da instituição, significando que uns não recebem ordens de outros, nem mesmo estando em posição hierárquica diversa (art. 28, CPP).

O **Ministério Público**, assim como a magistratura, goza de garantias conferidas à instituição, tais como a autonomia funcional e administrativa, e aos seus membros, quais sejam (a) a vitaliciedade, após 02 (dois) anos no cargo, sendo que a perda do cargo só é possível por sentença transitada em julgado; (b) a inamovibilidade, que veda a remoção compulsória, exceto situações de interesse público e (c) a irredutibilidade de subsídios, que é nominal e não real.

Outrossim, **vedam-se aos membros do Ministério Público**, conforme previsto no art. 128, II da CF, (a) a percepção de honorários, percentagens ou custas processuais; (2) o exercício da advocacia; (3) a prática de atividades político-partidárias e (4) o exercício de outro cargo ou função, exceto uma de magistério. E, se as garantias do MP são as mesmas dos magistrados, mantemos, aqui, o mesmo posicionamento já esboçado, quanto às vedações da magistratura.

As funções do **Ministério Público** estão catalogadas, expressamente, no art. 129 da CF e art. 6º da LC 75/1993, compreendendo tarefas das mais variadas espécies, a serem desempenhadas em vários âmbitos, tais como:

---

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

- No âmbito judicial, atuando como autor, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus das partes:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A legitimação do Ministério Público para as ações civis está limitada às hipóteses acima, além da óbvia satisfação dos requisitos legais, e não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei.

III - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição;

IV – defender, judicialmente, os direitos das populações indígenas;

Anotamos, por necessário, que a defesa jurídica pressupõe a existência de lesão ou ameaça de lesão a *direitos* tutelados, e não a meros interesses.

- No âmbito administrativo, atuando como órgão de investigação:

I - promover o inquérito civil, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

II - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

III - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

III - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

- No âmbito judicial ou extrajudicial, conforme se faça necessário:

I - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Trata-se de zelar pelo respeito que os poderes públicos devem ter para com a sociedade, inclusive, na obrigação de prestar serviços de relevância pública, tais como saúde, segurança e educação, e não de zelar pelo respeito da sociedade aos poderes constituídos - o que é outra coisa.

II - exercer outras funções que lhe forem conferidas pela lei, desde que compatíveis com sua finalidade – qual seja a de defender a sociedade – sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Na esfera cível, o Ministério Público não tem legitimidade para defender direitos individuais disponíveis, pois tal função é deferida aos advogados das partes e à defensoria pública, quando o titular do direito for financeiramente hipossuficiente. De igual forma, o Ministério Público não pode instaurar inquérito policial, nem investigar fatos de natureza penal, enquanto esta função permanecer ao encargo da autoridade policial, nos termos do art. 4º, CPP.

Além das situações acima mencionadas, o Ministério público atua, também, como fiscal da lei, em todas as ações de natureza cível:

- I - nas causas em que há interesses de incapazes;
- II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;
- III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Quando a atuação do Ministério Público é obrigatória, a ausência de intimação regular acarreta nulidade absoluta dos atos processuais, desde que se comprove a existência de prejuízo decorrente da não atuação do MP.

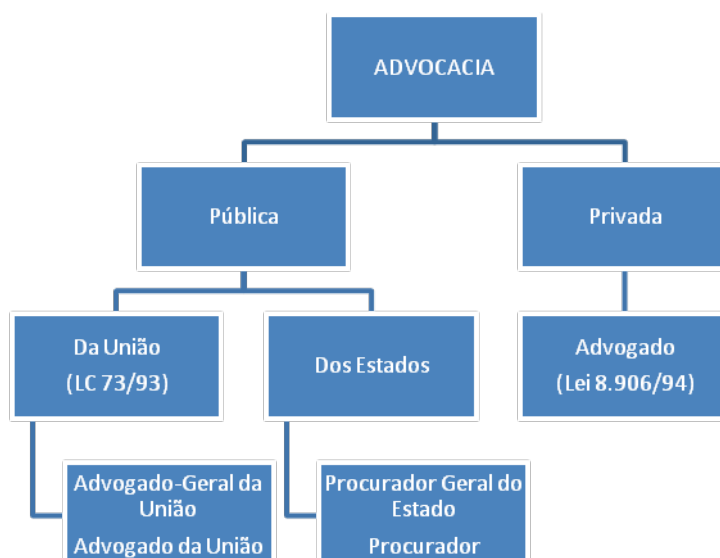
Outrossim, o órgão do Ministério Público é civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou fraude.

#### **1.1.24            ADVOCACIA**

A advocacia foi erigida, pela atual Constituição, à feição de função essencial à administração da justiça, e rege-se pelo disposto na Lei nº 8.906/94, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A advocacia pode ser exercida tanto como ministério privado, na defesa dos direitos dos clientes, mediante contrato; como múnus público, na defesa de direito de pessoas hipossuficientes; ou, ainda, como atividade pública, na defesa dos direitos dos entes públicos.

A advocacia pública subdivide-se em advocacia pública da União e dos Estados.



### 1.1.25 ADVOCACIA PÚBLICA

Coube à EC 19/98 atribuir o nome de **ADVOCACIA PÚBLICA** ao conjunto de órgãos encarregados de fazer a defesa judicial e extrajudicial dos direitos da União, do Distrito Federal e Territórios e dos Estados, bem como a consultoria e o assessoramento extrajudiciais.

Na esfera federal, a advocacia pública é exercida pela **ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**, cujo chefe é o Advogado Geral da União, escolhido livremente pelo Presidente da República, cujo único requisito é a idade (entre 35 e 65 anos). O ingresso nas carreiras iniciais dá-se por concurso público de provas e títulos (art. 131 da CF e LC 73/1993), não se exigindo a participação da OAB.

A execução da dívida ativa da União não está a cargo da AGU, mas, sim, da Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN; o mesmo, porém, não ocorre no âmbito estadual, onde a Procuradoria dos Estados exerce tanto a atividade de representação judicial e extrajudicial, quanto a de execução dos créditos tributários.

A defesa dos direitos e dos interesses dos Estados e do Distrito Federal, quer seja a representação judicial, quer seja a consultoria, está a cargo das **PROCURADORIAS**, chefiadas pelos Procuradores dos Estados e do DF (art. 132 da CF). O ingresso nas carreiras iniciais dá-se por concurso público de provas e títulos, exigida a participação da OAB, a partir da EC 19/1998.

Os membros da advocacia pública adquirem estabilidade após três (3) anos de efetivo exercício, exceto o Advogado Geral da União, se não for membro da carreira, já que é cargo de livre escolha do Chefe do Poder Executivo Federal.

### **2.5.3 ADVOCACIA PRIVADA**

O advogado, quando exerce a advocacia privada, é o instrumento de acesso do cidadão à justiça. Como regra geral, ninguém pode pleitear, em juízo, quer seja como autor ou como réu, senão representado por advogado. Cabe à lei estabelecer as situações em que o interessado pode fazê-lo, sem advogado. Atualmente, admite-se o exercício do “ius postulandi” aos empregados e empregadores, na Justiça do Trabalho; às partes, nos Juizados Especiais, nas causas cujo valor não exceda vinte (20) salários-mínimos, e, também, para a defesa dos direitos e garantias fundamentais através de remédios constitucionais heróicos, tais como o “habeas corpus”.

A profissão de advogado, seus direitos e deveres, está regulamentada pela Lei nº 8.906/1994, o Estatuto da Advocacia.

### **2.5.4 DEFENSORIA PÚBLICA**

À Defensoria Pública compete a orientação jurídica e a defesa dos necessitados. A existência desta instituição decorre do dever do Estado de prestar assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV). O Estado tem o dever constitucional de prestar a assistência jurídica, ampla e irrestrita, aos que dela necessitarem e não puderem arcar com o pagamento de honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, mediante simples requerimento do interessado. A assistência judiciária pode ser prestada por integrantes da carreira da Defensoria Pública, mediante convênios específicos (do que a PAJ – Procuradoria da Assistência Judiciária, na Comarca de Goiânia, é um exemplo), ou através de advogado dativo, nomeado pelo juízo.

Quanto aos integrantes da carreira da Defensoria Pública, a Constituição estabelece alguns parâmetros, tais como o critério da remuneração (art. 39, § 4º e 135), o ingresso por concurso público de provas e títulos, a garantia da inamovibilidade, e a vedação ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. No demais, devem ser observados os parâmetros constantes da legislação complementar pertinente, qual seja a LC 80/94, que rege a Defensoria da União, do DF e dos Territórios, e a LC 98/99, que estrutura a Defensoria Pública nos Estados. Em Goiás, a Lei Complementar nº 51, de 19/04/05, criou a Defensoria Pública do Estado de Goiás.

## COMPETÊNCIA

Competência é o critério normativo, previsto na Constituição e/ou na legislação infraconstitucional, de distribuição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos julgadores criados pela CF, estabelecendo limites ao exercício da atividade julgadora. A incompetência é fenômeno processual que ocorre quando um órgão julgador exerce a atividade jurisdicional fora dos limites pré-estabelecidos pelo legislador, ou em desconformidade com eles. Nessas situações, diz-se que o julgador é incompetente, e as consequências da incompetência são aferíveis conforme seja ela absoluta ou relativa: se absoluta, os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente são nulos; se relativa, são anuláveis, se não for o caso de prorrogação da competência, como veremos a seguir.

O estudo da competência processual é indispensável à compreensão dos critérios legais pelos quais as causas são atribuídas aos diversos julgadores, permitindo saber, abstratamente, qual será o julgador competente para processar e julgar determinada demanda ou recurso, quando for parte certa pessoa, em determinada situação. A competência processual é um dos instrumentos de concretização do princípio do juiz natural.

Entendemos que a competência deve ser estudada abstratamente, antes mesmo de se conhecer os institutos processuais da ação e do processo, pois, ao começar a elaborar um pedido que será apresentado ao juízo, o autor da peça processual deve saber a quem se dirigir, assim como, ao apreciá-lo, o juiz deve perquirir se é, ou não, competente para processar e julgar aquela demanda.



### 1.1.26 INTERNACIONAL (ART. 21 A 23<sup>164</sup> DO CPC)

Para que se possa estudar, com êxito, os critérios de distribuição da competência entre os vários órgãos do Poder Judiciário, a primeira análise cinge-se em saber se a questão a ser decidida é da competência da justiça brasileira, ou da de outros países. A propósito de conflitos que, eventualmente, envolvam pessoas de diferentes países, ou fatos que, inobstante ocorram no Brasil, repercutem no estrangeiro, ou vice-versa, o Código de Processo Civil brasileiro dispõe, sobre os limites da jurisdição nacional, corrigindo grave equívoco da legislação revogada, que tratava do tema como sendo competência internacional. Equivocadamente porque, graças à soberania, inexistente, no ordenamento de qualquer país, regra de competência internacional, para que a soberania de outras nações não seja afetada; o que há são situações com algum ingrediente internacional, ou envolvendo pessoas de nacionalidade estrangeira, para as quais o legislador brasileiro prevê, expressamente, a competência da justiça brasileira, independentemente da competência de outros Estados estrangeiros.

Isso esclarecido, tem-se que a competência internacional pode ser relativa ou absoluta, conforme o direito brasileiro reconheça, ou não, sentenças estrangeiras proferidas quanto a determinadas situações, após a devida homologação, pelo STJ. Portanto, diz-se que a competência internacional é relativa ou absoluta.

Quando **relativa** – também dita concorrente –, o direito brasileiro estabelece a competência da justiça brasileira, mas, não nega que outros países também sejam competentes, pelo que reconhece a validade de sentenças estrangeiras, desde que previamente homologadas pelo órgão competente para tal, que é o Superior Tribunal de Justiça. Ocorre nas seguintes situações, mencionadas no art. 21, CPC:

- Quando o réu estrangeiro é domiciliado no Brasil

---

<sup>164</sup> **Art. 21.** Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – o fundamento seja fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

**Art. 22.** Compete ainda à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I – de alimentos quando:

a) O credor tiver domicílio ou residência no Brasil

b) O réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefício econômico;

II - Decorrentes de relação de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - Em que partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

**Art. 23.** Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Em regra, as ações cíveis são propostas no domicílio do réu; se o réu tem domicílio no Brasil, aqui deverá ser proposta eventual ação contra ele, qualquer que seja a sua nacionalidade.

- Quando a obrigação deve ser cumprida no Brasil

Independentemente da nacionalidade dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional, a ação deverá ser proposta no Brasil se aqui a obrigação deve ser cumprida, pois, assim, será mais fácil obter o seu cumprimento compulsório.

- Quanto a fato ou ato praticado no Brasil.

Ora, se o fato ou ato ocorreu no Brasil, melhor que a justiça brasileira processe e julgue a ação dele decorrente, o que facilita, e muito, a colheita da prova e o julgamento, que, afinal, será feito por quem conhece a lei e os costumes locais.

- Nas ações de alimentos, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil, ou o réu mantiver vínculos no Brasil;

- Nas ações decorrentes de relação de consumo, quando o consumidor tiver domicílio no Brasil.

Nestas situações, independentemente da nacionalidade dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional, a ação deve tramitar na justiça brasileira, se o autor assim o desejar.

A competência internacional é **absoluta** – também dita exclusiva – quando o direito brasileiro não reconhece sentenças estrangeiras, o que se dá nas seguintes situações:

- Quando o pedido mediato é bem imóvel localizado no Brasil; e,

- Quando o espólio (bens da herança) está situado no Brasil.

Como se vê, nas situações que envolve bem imóvel – cujo direito de propriedade é objeto de registro público – é factível que o Brasil exija que a questão seja julgada, unicamente, pela justiça brasileira, o que também é possível em matéria de sucessão hereditária. O mesmo, contudo, não ocorre, nas situações em que a competência é relativa, pois não há como se impedir, por exemplo, que a jurisdição de outra nação julgue um réu estrangeiro, pelo simples fato de ser ele domiciliado no Brasil.

### 1.1.27 INTERNA

Quando já se sabe que a justiça brasileira – e não a estrangeira – é competente para processar e julgar a ação, resta saber qual é o órgão julgador competente. Fala-se, então, em **competência interna**, quando o legislador pátrio, constitucional e/ou infraconstitucional, reparte as atividades jurisdicionais – *inclusive quanto às situações enumeradas nas regras de competência internacional* – entre os diversos órgãos julgadores existentes no Brasil, segundo

determinados critérios. A doutrina identifica os critérios objetivo, funcional e territorial, cada qual com características próprias. Trata-se, na verdade, de um sistema de eliminação gradual de hipóteses, até se chegar ao juízo competente, que passa pelas seguintes fases:

Passo nº	Pergunta:	Fundamento legal	Resposta	D
1	A justiça brasileira é competente para processar e julgar a questão jurídica?	Art. 22 a 24, CPC	Sim	A competência é da justiça brasileira
2	A questão fática não se insere numa das previsões constitucionais de competência originária dos tribunais e/ou órgãos de jurisdição extraordinária, quando a CF cria regras atípicas de competência, chamadas foros especiais?	Art. 102, I (do STF) Art. 105, I (do STJ) Art. 52, II (do Senado Federal)	Não	A competência é de uma das cinco (5) justiças brasileiras
3	A questão insere-se na competência de uma das justiças especializadas?	Art. 114 (justiça do trabalho); Art. 121 (justiça eleitoral); Art. 126 (justiça penal militar)	Não(*)	A competência é da justiça comum
4	A questão é da competência da justiça comum federal?	Art. 109, I	Não (**)	A competência é da justiça comum estadual
5	A questão é da competência originária do respectivo Tribunal?	Constituição Estadual e Regimento Interno	Não	A competência é dos órgãos de primeira instância
6	Em qual localidade deverá ser julgada a questão?	Normas infraconstitucionais (CPC, CPP, CLT etc)		Definição da competência territorial

(\*) Se a resposta for “Sim”, segue-se ao Passo 5, excluindo a competência originária dos respectivos tribunais (TRT, TRE, STM ou TJM – este, onde houver), e, a seguir, ao Passo 6, identificando a competência territorial.

(\*\*) Se a resposta for “Sim”, segue-se ao Passo 5, excluindo eventual competência originária do respectivo tribunal (TRF: art. 108, I), e, a seguir, ao Passo 6, identificando a competência territorial.

Parece simples, mas, para se chegar à identificação do órgão competente, é necessário examinar os critérios utilizados, durante a análise. Para tanto, veremos, a seguir, as peculiaridades de cada um deles.

### **Critério objetivo**

A doutrina refere-se ao critério objetivo no sentido de oposição a subjetivo, para identificar as situações em que o legislador fixa a competência sem levar em consideração critérios pessoais. De fato, sob três critérios diversos – todos eles objetivos, ou seja, sem levar em conta quem é o autor ou o réu, ou, ainda, a localidade em que ocorreu o fato ou onde se localiza o órgão julgador – o legislador brasileiro diz qual é o órgão julgador competente para processar e julgar determinadas demandas.

#### **1.1.27.1.1 Em razão da matéria ou da natureza da causa (competência *ratione materiae*)**

O primeiro critério leva em consideração, tão somente, a matéria sob julgamento, ou seja, sobre qual ramo do direito material incidirá a prestação jurisdicional. Diz-se, então, que a competência é fixada em razão da matéria, ou “*ratione materiae*”. Essa definição, no Brasil, está a cargo da CF, que criou determinadas “justiças” – atualmente, em número de cinco: duas comuns, sendo uma estadual e outra federal, mais três especializadas, sendo uma do trabalho, outra, eleitoral e a derradeira, penal militar – e, por um **critério objetivo**, determina que cada qual decida todas as questões relativas a determinadas matérias; isso é feito com vistas à especialização dos órgãos julgadores e, também, ao estabelecimento de afinidades entre os jurisdicionados.

Como é tema de **interesse público** que cada questão, conforme a matéria que está sendo levada à apreciação do Poder Judiciário, seja solvida pela respectiva justiça – e não por outra, sem exceção – esta **competência é absoluta** e, como tal, não pode ser alterada, sendo, também, **improrrogável**. Para a correção de eventual incompetência, pode o juiz reconhecê-la, atuando de ofício, ou deverá ser alegada pela parte, em **preliminares**, na própria peça contestatória ou através de petição interlocutória, **a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição**. A incompetência em razão da matéria conduz à nulidade dos atos decisórios, pois é inadmissível que as causas sejam processadas perante justiças diversas daquelas previstas pelo legislador.

No Brasil, após a CF/88, temos as seguintes competências, fixadas em razão da matéria ou da natureza da demanda:

- Para a matéria trabalhista, temos a Justiça do Trabalho;
- Para matéria eleitoral, temos a Justiça Eleitoral;
- Para a matéria penal militar, temos a Justiça Militar;
- Para a matéria comum, ou seja, questões não incluídas nas classificações anteriores, temos a Justiça Comum, que se reparte em Federal e Estadual.

#### **1.1.27.1.2 Em razão das pessoas (competência *ratione personae*)**

Ainda no plano constitucional, o legislador estabelece juízos diferenciados e foros especiais para determinadas pessoas, naturais e jurídicas, em razão da qualidade dos sujeitos envolvidos na lide. Trata-se, também, de distribuição da competência por um **critério objetivo**, pois não se leva em consideração quem está sob julgamento, mas, sim, a qualidade da pessoa. Mesmo quanto aos chamados foros especiais, o critério é objetivo, porque o que conta é o cargo que a pessoa ocupa, e não quem ela é, de modo que, não estando no cargo, não tem direito ao foro especial.

Dois situações distintas ensejam a fixação objetiva da competência em razão das pessoas. A primeira diz respeito à presença da pessoa jurídica de direito público interno da União, ou de quaisquer de suas autarquias ou empresas públicas, num dos pólos da demanda, em ações cujo objeto é a matéria comum, ou seja, o direito civil ou penal. Nestes casos, a competência é da justiça comum federal, enquanto que, nos demais, é da justiça comum estadual.

*Aplicação prática:* No mesmo dia, na mesma localidade, João furta um objeto pertencente a Pedro e outro, idêntico, pertencente à Universidade Federal de Goiás.

João será processado e julgado pela justiça comum estadual, pelo primeiro fato, e pela justiça comum federal, pelo segundo. A definição da competência da Justiça Comum Federal dá-se pelo fato de a vítima ser uma autarquia federal.

A outra situação diz respeito aos chamados foros especiais, ou privilegiados, fixados pela Constituição como prerrogativas das autoridades que menciona, de serem processadas, quanto a questões de natureza penal ou nos chamados crimes de responsabilidade, por julgadores que se encontram posicionados num patamar mais elevado do organograma do Poder Judiciário brasileiro, afastando-o de um julgamento pelo julgador de primeira instância. Muitas são as autoridades que detêm o chamado foro especial, que nada mais é do que um odioso privilégio que a Constituição lhes defere, para serem julgadas por órgão jurisdicional hierarquicamente superior àquele que julga as pessoas comuns, como regra geral. Por isso, fala-se que as pessoas identificadas são detentoras de foro privilegiado. Por mais paradoxal que possa parecer, esta fixação, igualmente, dá-se no interesse público, pois a justificativa política é criar deferências ao ocupante do cargo público, e não à pessoa que o ocupa.

*Aplicação prática:* João – que é pessoa comum, não exercente de cargo público – mata Maria, sua esposa. No mesmo dia, na mesma localidade, Pedro, que é Prefeito do Município “x”, ao mesmo tempo em que Paulo, que é Governador do Estado Y, e Joaquim, que é Deputado Federal, matam suas respectivas esposas.

João será processado e julgado pela justiça comum estadual, de primeira instância, da localidade em que ocorreu o fato, e Pedro, pela justiça comum estadual de segunda instância, ou seja, pelo Tribunal de Justiça do Estado, localizado na Capital do Estado onde se localiza o município que governa, ao passo em que Paulo será processado e julgado na Capital Federal, pelo STJ, e Joaquim, também na Capital Federal, só que pelo STF. A definição da competência dos mencionados tribunais

para o julgamento de fatos exatamente iguais dá-se pelo fato de Pedro ser Prefeito Municipal e, assim, deter foro privilegiado, nos termos do art. 29, X, da CF; de Paulo ser Governador e Joaquim, Deputado Federal, pelo que são detentores de foros privilegiados, previstos, respectivamente, nos art. 105, I, “a” e 102, I, “b”, da CF.

Adiante, alguns exemplos de foros especiais, que – recorde-se – só se aplica ao processamento de ações de natureza penal.

- Competência do STF (art. 102, I) para o julgamento do Presidente da República de Deputados Federais e de Senadores, bem como de Ministros da própria Corte, em crime comum (art. 102, I);
- Competência do STF (art. 102, I, “e”), para o julgamento das causas entre Estados estrangeiros e a União;
- Competência do STJ (art. 105, I, “a” ) para o julgamento de governadores, nos crimes comuns;
- Competência dos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 29, X) para o julgamento dos Prefeitos Municipais, em crime comum;
- Competência do TRF (art. 108, I) para o julgamento de juízes federais e do trabalho, em crimes comuns; e,
- Competência da Justiça Federal (art. 109) para o julgamento das causas em que a União seja parte ou tenha interesse.

Como a competência em razão das pessoas é absoluta, aplica-se-lhe as mesmas regras da competência *ratione materiae*, anteriormente descritas.

#### **1.1.27.1.3 Em razão do valor da causa**

Fora do plano constitucional, o legislador pode – embora não seja comum acontecer - estabelecer, na legislação infraconstitucional, a competência de determinados juízos para determinadas causas, considerando o critério objetivo do valor da causa, já que este é requisito indispensável da petição inicial do processo civil (art. 319, V, CPC). Como no processo penal não há que se falar em valor da causa, esse critério só se aplica ao processo civil.

É o que acontece, por exemplo, no art. 44, CPC, bem como nas leis estaduais de organização judiciária, em que o legislador reparte as causas entre órgãos da mesma justiça e da mesma hierarquia orgânica.

Nesse caso, porém, a questão é de **interesse privado**, ou seja, não há interesse público algum em que uma causa seja julgada por um ou outro magistrado, se da mesma justiça e de igual hierarquia. Então, esta **competência é relativa** e, por isso, é **prorrogável**, devendo,

consequentemente, ser alegada pela ré, na contestação, em sede de preliminar, no prazo da contestação, sob pena de prorrogação.

Note-se, porém, que, se a competência for fixada em razão do valor atribuído a menor que o devido, a incompetência é absoluta, pois a utilização de um procedimento inadequado causará prejuízo para a defesa da parte adversa.

#### 1.1.27.1.4 Critério funcional

Trata-se de competência absoluta, porquanto é estabelecida em razão da função exercida pelo julgador no processo. Como o processo é diferido no tempo, vários julgadores participam dos atos processuais, em momentos distintos.

Entre nós, coube à Constituição definir qual órgão julgador decidirá determinada causa, em razão da função que exerce. Em princípio, todas as demandas são julgadas pelos julgadores de primeira instância, cabendo aos tribunais a função revisional. Todavia, como explicamos no tópico precedente, a criação dos foros especiais altera essa estrutura lógica, quando o legislador constituinte desloca a competência dos órgãos monocráticos para outros órgãos, estabelecendo privilégios para determinadas pessoas, em razão da importância do cargo ou da função pública que exercem.

<i>Aplicação prática:</i> João deseja divorciar-se de sua mulher, que não está de acordo com a pretensão do marido. João propõe ação de divórcio, visando divorciar-se de sua mulher, independentemente da concordância desta.
--

A ação será processada e julgada por um juiz de direito da justiça comum estadual (competência fixada <i>ratione materiae</i> ), de primeira instância ( <i>competência funcional</i> ), até final sentença.
--

Julgada a ação, se a parte vencida não se conformar com a decisão, poderá apresentar recurso, que será julgado pelo Tribunal de Justiça, que é órgão de segunda instância ( <i>competência funcional</i> ).
---

Como a competência funcional é absoluta, aplicam-se-lhe as mesmas regras da competência *ratione materiae*, anteriormente descritas.

Finalmente, esclareça-se que cabe à norma infraconstitucional (CPC, CPP etc.) definir questões periféricas de competência, tais como a criação de órgãos julgadores para questões que envolvem as Fazendas Públicas Estadual ou Municipal, questões de família, ou decorrentes de acidentes de trânsito etc.

#### Critério territorial

A **competência territorial**, ou **competência de foro**, é dita relativa, porque fixada no interesse particular de uma das partes, ou de ambas, mas, não no interesse público, tal como a

absoluta. É uma redistribuição da competência jurisdicional entre órgãos da mesma justiça e de igual hierarquia, fundamentada no princípio de aderência da jurisdição ao território. É que, havendo no Brasil juízos da mesma justiça e da mesma hierarquia em várias localidades, é necessário distribuir, de forma objetiva, os afazeres jurisdicionais entre eles, de modo que cada qual atue em determinado território, onde outro juiz, da mesma justiça e mesmo grau hierárquico, não poderá atuar.

#### 1.1.27.1.5 No Processo Civil

No **Processo Civil**, a regra geral é que a ação deve ser proposta no domicílio do réu (art. 46, CPC), quando o objeto for direito pessoal ou obrigacional. De acordo com o art. 70, CC, domicílio é lugar mais comum em que a pessoa se encontra com o ânimo de morar, que pode ser voluntário, ou seja, aquele escolhido pela pessoa, ou legal, isto é, aquele fixado pela lei (art. 76, § único, CC).

*Aplicação prática:* João, que reside em Goiânia, emprestou R\$25.000,00 a Pedro, que reside em Belo Horizonte-MG; já que o valor emprestado não lhe foi restituído, na data aprazada, o primeiro decide acionar o segundo.

A ação será processada e julgada por um juiz de direito da justiça comum estadual (competência fixada *ratione materiae*), de primeira instância (competência funcional), da comarca de Belo Horizonte-MG (competência territorial).

Quando, porém, a ação versar sobre direito real, observa-se, salvo eleição, o foro da situação do bem imóvel.

*Aplicação prática:* João, que reside em Goiânia, adquiriu uma fazenda, localizada em Água Boa-MT, de Pedro, que reside em Belo Horizonte-MG, mas, ao receber o imóvel, verificou que a área medida não coincide com a constante da escritura. Quer obter a área total, em juízo.

A ação será processada e julgada por um juiz de direito da justiça comum estadual (competência fixada *ratione materiae*), de primeira instância (competência funcional), da comarca de Água Boa-MT.

O CPC estabelece, nos parágrafos (§§) do art. 46, CPC, algumas **regras supletivas** de fixação da competência territorial, quais são:

- Quando o réu possui vários domicílios, será processado em qualquer deles;
- Se o réu não possui domicílio conhecido, poderá ser processado no local onde for encontrado ou no domicílio do autor;
- Quando o réu for domiciliado fora do Brasil, será processado no domicílio do autor;
- Se o réu e autor têm domicílio fora do Brasil, o processo tramitará em qualquer foro e



- Quando, no mesmo processo, houver vários réus (litisconsórcio passivo), cabe ao autor a escolha do foro de qualquer deles.

O CPC consigna, ainda, alguns **foros especiais**, sem que isso importe violação do princípio da isonomia. Adiante, algumas situações:

- Ações sobre **sucessões** (art. 48) serão processadas:
  - em regra, no domicílio do autor da herança, no Brasil, até a partilha dos bens;
  - se o autor da herança não tinha domicílio certo, no foro da situação dos bens;
  - havendo bens imóveis em foros diferentes, em qualquer um deles; e,
  - não havendo bens imóveis, o foro do local de quaisquer bens do espólio.
- Ações para a declaração de **ausência** serão processadas no último domicílio do ausente;
- Ações que envolvem **direito real sobre imóveis** seguem a regra da situação da coisa (art. 47, CPC), ou seja, são processadas no foro do imóvel. Admite-se, em regra, eleição de foro, exceto nas ações abaixo, que não a admitem:
  - quanto a direitos de vizinhança (1277 a 1313, CC);
  - quanto a servidão e/ou divisão (1378, CC); e,
  - quanto a demarcação (574 a 598, CPC).

Em se tratando de imóvel situado em duas comarcas (art. 60, CPC), fixa-se a competência por prevenção.

- Ações em que um dos sujeitos (autor ou réu) é **incapaz** (art. 50) serão processadas no foro do domicílio do representante legal do incapaz;
- Ações em que **pessoas jurídicas e/ou sociedades** sejam réus, observa-se o seguinte:

Pessoa jurídica de direito público da União – a competência *ratione personae* é da Justiça Comum Federal (art. 109, § 1º e 2º, CF) e a competência territorial, conforme art. 51, CPC, será da Seção Judiciária do:

- domicílio do réu, se a União for a autora; ou,
- domicílio do autor, no da ocorrência do fato ou ato que originou a demanda, no da situação da coisa ou no Distrito Federal se a União for a ré.

Para as **sociedades comerciais** a competência é do foro da sede ou filial (art. 53, III), ou:

- onde tiver agência ou sucursal, quanto às obrigações contraídas pela pessoa jurídica;
- onde exerce atividades, em caso de sociedade ou associação sem personalidade jurídica ser a parte ré (estas não podem ser autoras)

- Ações que têm por objeto o cumprimento de **obrigações** (art. 53, III, “d”) serão processadas no foro do local do cumprimento;
- Ações de divórcio e **anulação de casamento, reconhecimento ou dissolução de união estável** serão processadas (art. 53, I, “a”, “b” e “c”, CPC) no foro:
  - do domicílio do guardião do filho incapaz, se houver;
  - do último domicílio do casal, se não houver filho incapaz; ou,
  - do domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no domicílio do casal.
- Ações de **alimentos** são processadas no foro do domicílio ou residência do alimentando (art. 53, II)
- Ações cujo objeto é a **gestão de negócios**, em que o réu for o administrador ou o gestor de negócio alheio, serão processadas no local do fato objeto da lide (art. 53, IV, “b”)
- Ações de **reparação de dano sofrido em razão de acidente de veículos**, inclusive aeronaves – local do domicílio do autor, ou do local do fato (art. 53, V).

#### 1.1.27.1.6 No Processo Trabalhista

As ações trabalhistas são processadas, em regra, no foro do local onde o empregado presta os serviços, ou onde foi contratado (art. 651, CLT).

Em se tratando de agente ou viajante, a ação tramitará no foro do local onde a empresa tem agência ou filial.

*Aplicação prática:* Maria, residente em Goiânia, foi contratada pela sociedade ABC Ltda. para trabalhar em Cuiabá, onde, efetivamente, laborou. Após ter sido demitida, sem ter recebido, corretamente, as verbas rescisórias, voltou a residir em Goiânia, e quer receber os valores a que tem direito.

A reclamação trabalhista será processada e julgada por um juiz do trabalho, de uma das Varas do Trabalho da Justiça do Trabalho (competência fixada *ratione materiae*), de primeira instância (competência funcional), da cidade de Cuiabá (competência territorial).

#### 1.1.27.1.7 No Processo Penal

As ações penais serão processadas, em regra, no foro do local da consumação do fato (art. 70, CPP).

*Aplicação prática:* João, que reside em Goiânia, matou Maria, à porta de uma danceteria, no Município de Goiânia. No dia do trágico evento, a vítima residia em Trindade.

A ação penal será processada e julgada por um juiz de direito da justiça comum estadual (competência fixada *ratione materiae*), de primeira instância (competência funcional), da comarca de Goiânia (competência territorial).

## FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA (OU PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO)

Definir a competência é tarefa do autor da ação, ao dirigir sua postulação inicial ao órgão julgador competente, protocolizando-a, ou distribuindo-a, na forma legal. Então, conhecidas as regras de competência, importa saber em que momento fixa-se a competência, pois, como o processo é diferido no tempo, durante o seu curso, as circunstâncias determinadoras da competência podem ir se modificando, mas, apesar disso, a competência não se modifica, pois ela é fixada no momento do ajuizamento da ação. Diz-se que, no momento em que se fixa a competência, ocorre a perpetuação da jurisdição.

<p><i>Aplicação prática:</i> João, residente em Goiânia, ao propor uma ação de conhecimento<sup>165</sup>, pelo rito ordinário, em face de Maria, que reside em Brasília, deve fazê-lo perante o juízo da Capital Federal.</p>
--

<p>Caso Maria venha a se mudar, durante a tramitação do processo, para Trindade, a competência, fixada no momento do ajuizamento da ação, não se modifica, e a ação continuará tramitando em Brasília, onde foi ajuizada.</p>
---

## MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Fixada a competência, ela não mais se modifica, exceto para correção de incompetência ou por comodidade, em razão de conexão ou continência (art. 102, CPC). A modificação, em razão de correção de incompetência, ocorre quando a ação tiver sido ajuizada perante juízo incompetente. A incompetência pode ser absoluta, quando decorre de violação das regras de fixação da competência *ratione materiae*, *ratione personae* e/ou funcional, ou relativa, quando decorre de inobservância das regras de competência territorial ou em razão do valor da causa. Na primeira hipótese, a correção é feita de ofício, pelo próprio juiz, ou através de simples pedido do réu, em preliminar, feito no bojo da peça contestatória. Na segunda, é necessário que a parte ré faça o pedido, nas preliminares da contestação, observando o prazo legal para tanto. A lei admite, ainda, a modificação da competência por comodidade – das partes ou do órgão jurisdicional – na ocorrência de conexão ou continência, tópicos que serão tratados adiante.

Haverá, também, modificação da competência, se e quando for fixada em razão dos foros especiais, quando a autoridade, detentora da elevada função pública que determinou a fixação do foro especial não mais a detiver, caso em que os autos serão remetidos ao juízo natural.

## PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA

A prorrogação da competência é o fenômeno processual que transforma o juízo territorialmente incompetente em juízo competente, diante da omissão do réu em apresentar,

---

<sup>165</sup> Ação de conhecimento é aquela que incide sobre uma pretensão, a qual é aferida no ato processual denominado sentença.

tempestivamente, a contestação com a arguição, em preliminar, da incompetência relativa, pois só esta é prorrogável, e isso se dá se a parte ré não a arguir, no prazo e na forma legais. A incompetência absoluta não se prorroga, mesmo se não houver arguição tempestiva.

### **MODOS DE CORREÇÃO DA INCOMPETÊNCIA**

A correção da incompetência será feita de modo diverso, dependendo de ser absoluta ou relativa.

A incompetência absoluta é corrigida por determinação do próprio juiz, de ofício, isto é, sem qualquer provocação das partes, ou através de simples arguição da parte ré, em preliminar, na própria peça de contestação, sem necessidade de se formar autos apartados. A arguição deve ser feita no prazo da contestação e, não o sendo, a parte poderá fazê-lo a qualquer momento, mas responderá pelos encargos processuais que sua inércia provocar. Todavia, a não arguição da incompetência absoluta, no prazo da resposta, não acarreta prorrogação da competência, ou seja, o juízo não se tornará competente, devido à omissão. A arguição da incompetência absoluta poderá ser feita a qualquer tempo, independentemente do estágio em que o processo se encontrar. Se a incompetência for alegada ou reconhecida, tardiamente, pelo juízo ou tribunal, todos os atos decisórios, ou alguns deles, poderão ser declarados nulos.

A incompetência relativa deve ser arguida pela parte ré, na contestação, em sede de preliminares, no prazo deferido pela lei para a prática do ato (contestação), ou em até quinze (15) dias da ciência do ato ou fato determinante da incompetência. A não apresentação da contestação, ou sendo ela apresentada, mas sem a arguição preliminar da incompetência relativa, ocorrerá a prorrogação da competência, ou seja, a parte não mais poderá fazer a arguição e o juízo que, em princípio, era incompetente, transforma-se em juízo competente.

Note-se que, no direito processual civil brasileiro, há uma única exceção, consignada no § 3º do art. 63, do CPC, em que o juízo, de ofício, pode corrigir a incompetência relativa. É que, em se tratando de relações de consumo, vigora o princípio da não abusividade para o consumidor e, por isso, ele será processado em seu domicílio, independentemente de eventual foro de eleição, feito em contrato de adesão. Na verdade, o que o juiz faz é declarar ineficaz a cláusula de eleição, declarando-a nula, de ofício, antes da citação, e, assim, não havendo mais foro especial, segue-se a regra geral de competência territorial em direito obrigacional, que é o foro do domicílio do réu.

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Pode ocorrer conflito negativo e positivo de competência. Diz-se que o conflito é negativo quando nenhum juiz ou tribunal julga ser competente para a demanda; e positivo, quando dois juízes ou tribunais julgarem ser competentes para decidir a mesma causa. Em qualquer caso, o respectivo Tribunal decidirá o conflito.

## QUADRO SINÓTICO II – COMPETÊNCIA

### 1.1.28 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Relativa:

Réu estrangeiro domiciliado no Brasil.

Obrigação a ser cumprida no Brasil.

O fundamento da ação é ato ou fato praticado no Brasil

Alimentos, quando o credor tem domicílio ou residência no Brasil, ou o réu possui vínculos no Brasil;

Relações de consumo, em que o consumidor reside no Brasil

As partes optarem pela jurisdição brasileira

Absoluta:

Pedido mediato é bem imóvel localizado no Brasil.

Espólio (bens da herança) está situado no Brasil.

### 1.1.29 COMPETÊNCIA INTERNA

Objetiva:

Razão da matéria: absoluta e improrrogável

Razão do valor: absoluta e improrrogável, se fixada em razão de valor menor que o devido; relativa e prorrogável, se fixada em razão de valor maior que o devido

Razão da pessoa ou da qualidade da parte: absoluta e improrrogável

Funcional: absoluta e improrrogável:

Ações e recursos da competência do STF, STJ, TRF, TSE, TSM: absoluta e improrrogável  
Ações e recursos da competência dos TJs, TRFs, TRTs e TREs: absoluta e improrrogável

Ações de competência dos juízos de primeiro grau: absoluta e improrrogável

Territorial: relativa e prorrogável

Órgãos jurisdicionais da mesma justiça e de igual grau de jurisdição

### 1.1.30 CORREÇÃO

Incompetência Relativa ou absoluta: na contestação, em preliminares (art. 337, II, CPC);

CARACTERÍSTICAS	COMPETÊNCIA ABSOLUTA	COMPETÊNCIA RELATIVA
Espécies	Em razão da <b>matéria</b> , das <b>pessoas</b> , da <b>função do órgão julgador</b> e do <b>valor da causa</b> (se for fixada em função da atribuição de um valor inferior).	Em razão do <b>território</b> e do <b>valor da causa</b> (se for fixada em função da atribuição de valor superior).

Norma fixadora	Constituição federal.	Legislação infraconstitucional (CPC, CPP, CLT etc.).
Interesse protegido	Fixada no interesse público.	Fixada no interesse privado (das partes ou de uma delas).
Prazo para a correção de eventual incompetência	A qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição (não gera preclusão).	Prazo da resposta, sob pena de preclusão.
Quem pode corrigir a incompetência	A parte, arguindo-a nas preliminares; ou o juízo, declaranda-a de ofício	A parte, arguindo a incompetência nas preliminares da contestação; não pode ser declarada de ofício <sup>166</sup> .
Consequências da não correção da incompetência no prazo e forma corretos	Nulidade (de todos ou alguns dos atos decisórios), posto que é improrrogável. A parte que não a alegou, atempadamente, arcará com custas processuais.	Prorroga-se; não causa nulidades, se não for arguida no tempo e na forma corretas

<sup>166</sup> Exceção à regra, expressa no art. 63, parágrafo 3o., do CPC: em caso de incompetência relativa, decorrente da eleição de foro em contratos de adesão referente a relações de consumo, o juiz pode e deve, antes da citação, declarar a ineficácia da cláusula, atendendo à norma especial (art. 51, IV, Lei n. 8.078/90), porque referida cláusula coloca o consumidor em desvantagem exagerada.

## AÇÃO

### CONCEITO

A palavra ação provém, etimologicamente, de agir, com significado de movimentar-se. Em direito processual, significa o movimento de acesso do sujeito lesionado em seu direito, ou ameaçado de lesão, ao Poder Judiciário, tal como franqueado pela Constituição, que se concretiza através de um instrumento, denominado processo. A ação é, na prática, um direito – o mais importante deles! – que o Estado concede, nos termos que especifica, para que o sujeito lesado, ou ameaçado de lesão, possa pleitear ao Poder Judiciário a verificação e possível restauração de seu direito material lesado.

Esse direito de ação, de índole processual, não pressupõe certeza de direito material violado ou ameaçado de lesão, mas de mera pretensão – que é aparência de direito, sob o olhar do autor. E nem poderia ser diferente, pois se houvesse certeza, qual seria a função da ação, senão a mera declaração da certeza jurídica do direito? Esta é uma de suas funções, mas não a mais importante. Então, a grande utilidade de se exercitar o direito de ação é obter do Poder Judiciário um pronunciamento sobre o direito controvertido, o que se dá através da sentença. Tem-se, conclusivamente, que o exercício do direito de ação pressupõe o direito a uma sentença, através da qual a parte vê o seu direito afirmado ou negado. Quando tal ocorre, diz-se que a sentença aprecia o mérito, ou seja, examina a pretensão em si.

Modernamente, analisando os fatos, tal como eles acontecem, no mundo real, estudos teóricos capitaneados por Chiovenda levaram à conclusão de que o direito de ação vai além da função de dirimir conflitos, sendo possível que se exercite o direito de ação independentemente de haver uma pretensão de direito material subjacente, ou seja, a pretensão do autor pode limitar-se à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou, ainda, da autenticidade ou falsidade de um documento, por exemplo.

Nesse contexto, diz-se que o direito de ação é o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão, que se exerce em face do Estado, que, nos termos do contrato social preconizado por Rousseau, impôs-se este dever.

O direito de ação pode ser exercitado pelo autor, quando instaura a ação, assim como o faz o réu, quando dela se defende, exercitando o direito de defesa. Ação e defesa são, pois, institutos jurídicos complementares que dão vida ao princípio da igualdade processual.

Todavia, pode ocorrer que o autor exercite o seu direito de ação mas não tenha direito a uma sentença, porque não o faz de forma adequada. Por tal razão, o Estado profere uma sentença que não entra nos meandros da pretensão deduzida em juízo; a sentença tem a finalidade de, tão somente, certificar que o autor não agiu conforme os ditames processuais legais. Nesse caso, diz-se que a sentença tem a finalidade de, tão somente, extinguir o processo, sem apreciar a questão de direito material que o autor pretendia ver apreciada. Nessa situação, não se pode dizer que o Estado subtraiu ao autor o direito de ação, muito embora o resultado tenha ficado aquém do esperado. Contudo, a extinção do processo, sem resolução do mérito, ou seja, sem análise da questão central, tem a finalidade de determinar o arquivamento do processo, pois, nesses casos, a prestação jurisdicional efetivamente pleiteada não pode ser prestada.

Por isso, é necessário diferenciar o direito de ação, tal como posto no plano constitucional, do direito de ação, com as exigências impostas ao autor, no plano processual. Em o fazendo, temos que o direito de ação, no plano constitucional, é o direito amplo, genérico e irrestrito, que todos têm de submeter toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Tal direito só se submete às restrições previstas na própria CF – que são as questões ligadas ao desporto e à disciplina militar - e a nenhuma outra, de índole infraconstitucional, por vedação inserta no próprio texto constitucional.

Todavia, do direito constitucional de ação não decorre que toda ação proposta terá a resposta desejada do Poder Judiciário, quanto à verificação do direito. Dessa ideia decorre outra, a de que direito de ação, no plano processual, é o direito conexo a uma pretensão e subordinado à satisfação das exigências de índole processual, postas na legislação processual, as denominadas condições da ação. De fato, para se atingir uma sentença de mérito, na qual o Poder Judiciário emite um julgamento acerca do objeto da discussão em juízo, deve-se verificar, previamente, a satisfação de certas exigências para o adequado exercício do direito, que são denominadas pela doutrina e pelo CPC, condições da ação.

## **CONDIÇÕES DA AÇÃO**

A Constituição Federal garante (art. 5º, XXXV) o amplo direito da ação, o que significa que qualquer pessoa pode propor qualquer ação, quando quiser e em face de quem quer que seja.

Entretanto, isso não quer dizer que todas as pretensões processualizadas pelo Poder Judiciário serão apreciadas pelo respectivo juízo. Ao contrário disso, ocorrem muitas situações em que o processo é iniciado e, antes da aferição da pretensão, é extinto, sem apreciação da questão jurídica levada à apreciação do Poder Judiciário, por defeitos processuais, que, aferidos abstratamente pelo julgador, com base tão somente no que consta na petição inicial, afetam o



direito processual de ação – este compreendido como o direito à aferição da pretensão levada a juízo.

Nessas situações, diz-se que o processo é extinto sem resolução do mérito, o que, todavia, não impede que nova ação seja apresentada, em outro processo, desde que o autor faça as retificações devidas.

Portanto, vê-se que, apesar de a Constituição garantir o amplo e irrestrito direito de ação, cabe à lei processual estabelecer requisitos que a parte autora deve satisfazer para que possa ter acesso a um pronunciamento do Poder Judiciário sobre a questão de direito material que deseja ver apreciada. Esses requisitos são verdadeiros condicionantes ao direito de ação e, por isso, são denominadas condições de ação. São elas a legitimidade e o interesse jurídico, a que se refere o art. 17, do CPC, quais sejam a legitimidade e o interesse jurídico. Passemos, então, à análise de cada uma delas.

### **1.1.31 LEGITIMIDADE (*LEGITIMATIO AD CAUSAM*) – ART. 17 E 18, CPC.**

Conforme mencionara Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil de 1973, quando Ministro da Justiça do então Presidente da República Emilio G. Médici, legitimidade é a pertinência subjetiva, ativa ou passiva, para a ação, ou seja, a possibilidade, ainda que abstratamente considerada, que determinada pessoa tem de demandar, como autor, e de ser demandada, como réu, acerca de determinado objeto.

A aferição prévia da legitimidade decorre do fato óbvio de que só se pode propor uma ação quanto a um direito que se possui, e que só se deve fazê-lo em face de quem é o responsável pela obrigação que se lhe exige.

Através da ação, a parte tem acesso à jurisdição – que instaura um processo, em resposta ao direito de ação – e, após percorrer os atos que compõem o processo, tem direito a uma sentença que decidirá a questão controvertida levada a juízo. A ação é a provocação, exercida pelo autor, e a contestação é a resistência do réu àquela provocação, quer seja por fundamentos jurídicos ou de fato.

Para propor a ação é necessário ter **legitimidade e interesse**; já para contestar, nada disso é necessário, bastando que o contestante tenha sido citado, pois só através da contestação é que o réu irá afastar-se do processo, se não for parte legítima, não havendo que se falar, quanto ao réu, em demonstração de interesse jurídico

A análise da legitimidade consiste em aferir, abstratamente, isto é, com base na declaração do autor, na petição inicial, se quem está pleiteando é parte legítima, ou seja, se está

autorizado por lei. Em regra, está legitimado a agir aquele que é titular do direito (art. 18); essa é a **legitimação ordinária**, que **pode ser simples, com representação e com assistência**.

*Aplicação prática: Maria, capaz, é atropelada, sofreu danos e quer pleitear a indenização a que julga ter direito.*

*Maria é titular do direito e, ao mesmo tempo, parte legítima para propor a ação.*

*Trata-se de legitimação ordinária simples*

Todavia, pode suceder que o titular do direito não tenha capacidade processual para pleitear seu direito, em juízo, por ser absolutamente incapaz. Neste caso, haverá representação.

*Aplicação prática: Maria, menor impúbere, é atropelada, sofreu danos e quer pleitear a indenização a que julga ter direito.*

*Maria é titular do direito, mas não tem capacidade civil, o que não lhe retira o direito de ação; só o condiciona à atuação de um representante (pai, mãe ou tutor), que, neste caso, proporá a ação, para a defesa do direito de Maria, fazendo-o em nome desta.*

*Trata-se de legitimação ordinária com representação.*

Tomando por exemplo a situação acima, se Maria é relativamente incapaz, é parte legítima mas depende de assistência.

Ocorrem, ainda, situações em que a lei confere a pessoa diversa o direito processual de pleitear, em juízo, em nome próprio, o direito material pertencente a outrem. Nestes casos, a **legitimação é extraordinária** e diz-se, então, que há **substituição processual**.

*Aplicação prática: O Sindicato propõe um mandado de segurança para proteger os direitos dos trabalhadores, seus associados – e não direitos do Sindicato.*

*O Sindicato não é titular do direito material discutido, mas atua, em nome próprio, defendendo direitos alheios, porque a lei assim o autoriza.*

*Trata-se de legitimidade extraordinária.*

Há outras situações de legitimados extraordinários, mas todas elas devem ser identificadas pelo legislador. No art. 5º, inc. LXX, a Constituição Federal defere legitimação a partidos políticos, entidades sindicais (sindicatos, federações e confederações) entidades de classe e associações, para a propositura de mandado de segurança coletivo. Também o Ministério Público tem legitimação para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 82, I e art. 91, c/c art. 81, § único, inc. I, II e III, Lei 8.078/90), bem como para promover a ação de investigação de paternidade de menor registrado apenas com a maternidade estabelecida (art. 2º., § 4º., Lei n. 8.560/92), da mesma forma que o credor solidário é parte legítima para propor ação de execução da totalidade do crédito.

Considerando que toda ação é bipolar, encontrando-se, de um lado, a parte autora e de outro, a parte ré, tem-se, conseqüentemente, que a legitimação deve ser ativa e passiva.

Parte legítima ativa é, em regra, o titular do direito.

*Ex.: O credor propõe ação de cobrança; o lesado, de indenização; o locador, de despejo etc.*

Parte legítima passiva é quem deve responder aos termos da ação, que deve ser proposta em face de quem deve satisfazer a obrigação e suportar os encargos da demanda.

*Ex.: Ação de cobrança é proposta em face do devedor; a de indenização, do ofensor; a de despejo, do locatário etc.*

A legitimidade ativa apresenta-se com dupla feição, conforme o autor da ação seja, ou não, o titular do direito material demandado em juízo, podendo haver legitimidade ativa ordinária e extraordinária.

### **Legitimidade ativa ordinária**

Legitimidade ativa que decorre da relação controvertida deduzida em juízo e ocorre quando o titular da relação jurídica é o demandante (art. 18, CPC). Pode ser **simples**, quando o titular do direito é o autor, ou **por representação**, quando o autor é o titular do direito, mas não possui capacidade civil plena, e, então, atua por meio de representante. A representação pode ser legal – o titular do direito é incapaz, e a atuação é feita por meio de seu tutor ou curador, conforme seja menor ou maior de idade - ou contratual – o titular do direito nomeia o representante. Há, ainda, a legitimidade ativa com **assistência**, quando o titular do direito é relativamente capaz.

### **Legitimidade ativa extraordinária**

Legitimidade ativa que decorre da vontade da lei, quando a norma jurídica autoriza que alguém demande, em nome próprio, sobre direito alheio, conferindo a terceiros o exercício do direito. Pode se dar **por substituição processual** (o substituto atua em nome próprio, na defesa de direito do substituído, como no caso de defesa dos bens dotais pelo marido – art. 289, III, CC/16 – ou na defesa dos negócios geridos, pelo gestor – art. 861, CC/02). Pode ocorrer no processo do trabalho – art. 195, § 2º - arguição da periculosidade e insabubridade pelo sindicato (empregado é substituído; sindicato é o substituto processual) ou ainda no processo penal – art. 68, CPP – em que o MP ingressa com pedido de indenização em favor de vítima pobre (art. 64), mediante requerimento. Neste caso, há incompatibilidade com a CF; todavia, o STF entende tratar-se de inconstitucionalidade progressiva, de modo que o MP só tem legitimidade para atuar se não houver Defensoria Pública na localidade.

Vejamos a legitimidade em quadro sinótico:

LEGITIMIDADE (aptidão para ser parte)	ATIVA (aptidão para ser autor)	ORDINÁRIA (o autor é o titular do direito material pleiteado)	1) SIMPLES 2) COM REPRESENTAÇÃO (incapacidade absoluta) - legal (decorre da lei) - judicial (decorre de sentença) - contratual (negócio) 3) COM ASSISTÊNCIA (incapacidade relativa)
		EXTRAORDINÁRIA (o autor é titular do direito processual, mas não o é do direito material)	Decorre da lei, que confere autorização a terceiro (que não é titular do direito material) para atuar em nome próprio, em defesa de direito de outrem
	PASSIVA (aptidão para ser réu)		

Diante do exposto, fixemos a distinção entre substituição, representação e sucessão, em direito processual:

- i) na **substituição**, o substituto exerce toda a atividade processual, mas é o substituído quem auferir os benefícios da demanda;
- ii) na **representação**, a parte é o representado, que sofre os efeitos; o representante atua em nome do representado; e
- iii) na **sucessão**, desaparece uma parte e o sucessor dá prosseguimento ao feito.

### 1.1.32 INTERESSE JURÍDICO

O interesse jurídico é a necessidade que o autor vê em recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção do resultado pretendido – e que deve ser a restauração de um direito material lesado ou ameaçado de lesão -, bem como a utilidade que o provimento jurisdicional pleiteado lhe trará. Essa análise é feita abstratamente, à vista do que consta da petição inicial, sem o exame da legitimidade das partes, que é outra condição da ação, ou da legalidade da pretensão, que é a questão de mérito.

*Aplicação prática: Pedro propõe ação de conhecimento visando receber a indenização por danos pessoais devida em razão de acidente de trânsito causado por veículo, o chamado DPVAT, sem, antes, tê-la solicitado diretamente a qualquer seguradora, apresentando os documentos exigidos pela lei n. 6.194/74. Acontece que o art. 5º., da referida lei, dispõe que “o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não seguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado”, o que torna desnecessária a atuação do Poder Judiciário para o recebimento da indenização, vez que não há conflito a ser dirimido.*

No caso, há falta de interesse jurídico, porque Pedro não tem necessidade de utilizar o Poder Judiciário para a satisfação de seu direito, que será atendido com a mera apresentação dos documentos necessários a qualquer seguradora, inexistindo conflito

a ser dirimido, e o Poder Judiciário não pode ser utilizado pela sociedade como um balcão de recebimento de documentos.

*Aplicação prática: Não há interesse jurídico para se propor uma ação de execução quando o credor não apresentou o cheque do devedor ao banco sacado, pois, considerando que o cheque é uma ordem de pagamento, do correntista ao Banco sacado, o estabelecimento bancário deve ser consultado para cumprir a ordem ou informar por que razão não o faz.*

O interesse – que deve ser jurídico, e não de outra natureza qualquer – resulta, pois, demonstrado sempre que a parte autora não tiver outro meio, que não a intervenção do judiciário, para alcançar a sua pretensão.

*Aplicação prática: Há interesse jurídico para se propor uma ação de execução quando o devedor não paga, no vencimento, uma obrigação, pois o ordenamento jurídico veda que o credor faça justiça pelas próprias mãos, assim como coíbe o enriquecimento sem causa do devedor que não adimple a obrigação.*

Se, todavia, houverem outros meios lícitos para que o autor obtenha o que deseja, não há interesse apto a justificar a propositura de ação que, se proposta for, deve ser extinta, logo em seu nascedouro, por faltar-lhe uma das condições da ação, ou seja, por faltar-lhe o interesse.

Há autores que acrescentam ao conteúdo do interesse jurídico a adequação do provimento e do procedimento escolhido para a solução do litígio. Nesse caso, o interesse traduz-se no binômio necessidade-adequação. Analisando a questão, à primeira vista parece ilógico que se extinga o processo pela simples razão de o autor ter feito a escolha errada, quanto ao provimento ou ao procedimento. Entretanto, em análise mais profunda, conclui-se que há falta de interesse jurídico quando o Estado não tem possibilidade de prestar ao autor o provimento pleiteado, o que, sem dúvida, importa extinção do processo, a menos que o juízo possa alterar o procedimento, de ofício, sem violação das regras e dos princípios aplicáveis ao processo.

*Aplicação prática: Pedro propõe ação de despejo em face de Maria, visando obter a desocupação do imóvel, que lhe pertence, e que se encontra ocupado por Maria. Entretanto, inexistente locação entre as partes.*

Há falta de interesse jurídico porque, embora o imóvel pertença a Pedro e Maria o esteja ocupando, o provimento jurisdicional escolhido é incorreto, e o Estado não tem como prestar ao autor o provimento pedido, erroneamente.

Portanto, entendemos que o interesse compreende a necessidade e, também, a adequação, sendo certo que o autor deve utilizar o meio específico e adequado, se existente na órbita processual, para a satisfação do direito material.

*Aplicação prática: Quando ocorre adultério, a parte lesada deve buscar obter o divórcio e não a anulação do casamento.*

*Se se pleitear a anulação do casamento, ocorrerá falta de interesse de agir, por inadequação do meio utilizado.*

O tema da necessidade de demonstração do interesse jurídico, na modalidade necessidade, desperta um aparente conflito desta exigência, de índole processual, com a amplitude do direito de ação, tal como consignado na Constituição (art. 5º, XXXV) Veja-se o exemplo:

*Aplicação prática:* João julga ter direito à pensão previdenciária e dirige-se ao Poder Judiciário para obtê-la, sem que, antes, tenha pleiteado o benefício, na via administrativa.

*Há ou não interesse jurídico para se propor ação visando o recebimento de pensão previdenciária se o beneficiário não pleiteou o benefício, administrativamente?*

Neste e em casos semelhantes, em que há disputa da prevalência de um princípio constitucional e uma regra processual, entendemos que não se pode negar à parte o direito de ação, sob pena de violação da garantia constitucional. Evidentemente, o bom senso recomenda que o interessado exauria a via administrativa antes de invocar a tutela jurisdicional, pois aquela é, em geral, mais célere, menos onerosa e dispensa a representação processual de advogados. Como se sabe, o direito não consegue abarcar, nem tampouco resolver, todos os problemas sociais e, neste ponto, descortina-se a importância da ética na condução das questões sociais.

Para se identificar se existe interesse jurídico apto a justificar o exercício do direito de ação, deve-se fazer a seguinte indagação: pode o autor obter o que pretende por outros meios lícitos ou é necessário que se dirija ao Poder Judiciário para conseguir resultado equivalente?

O interesse nasce da resistência de outrem à satisfação da pretensão do autor, tal como sucede em caso de descumprimento de obrigação, ou da exigência legal, quando, mesmo não havendo resistência de quem quer que seja, a pretensão só pode ser satisfeita pelo Poder Judiciário, devido a óbices de natureza legal, tal como ocorre em caso de nulidade de casamento.

O interesse apresenta-se sob o aspecto substancial e processual. O primeiro atua no campo do direito material, e é representado pela pretensão, em si. No dizer de Liebman, esse é o interesse primário, no sentido de que é, efetivamente, o que o autor almeja. O segundo é de índole processual: é a relação de necessidade entre o pedido e a atuação jurisdicional e, por isso, é dito secundário, por Liebman, no sentido de que é o meio através do qual se alcança o primeiro.

No exemplo acima, tem-se que o interesse primário do credor é obter o pagamento, mas se o devedor não paga, surge a necessidade de recorrer ao judiciário, identificando, assim, o interesse processual, que é, nesta ordem de ideias, secundário.

Para que não se restrinja o direito de ação a situações em que há lesão de direito a ser reparada, ou ameaça de lesão – o que é a regra geral – a lei permite, expressamente, que o

interesse seja limitado à declaração (art. 19, CPC). Essa é a justificativa da ação meramente declaratória, que veremos adiante.

Interesse diverge de pretensão, que é o bem jurídico pretendido, existente na órbita do direito material, em poder de outrem (o réu), que resiste à pretensão do autor, fazendo nascer a lide.

Cumprido observar que o novo CPC eliminou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, pois, na verdade, ela muito se confunde com o interesse jurídico. Não resta dúvidas de que, para que a parte possa exercer o seu direito processual de ação, é indispensável averiguar se a ordem jurídica nacional contempla a previsão pretendida pelo autor ou, pelo menos, que não haja proibição à formulação a ser deduzida em juízo. Em outras palavras, só se pode formular, em juízo, pedidos que, em tese, sejam possíveis, ou, pelo menos, que não sejam vedados. Contudo, com a expansão do direito de ação, não mais é possível cercear, a quem quer que seja, o direito de ação, nem tampouco averiguar se o pedido formulado tem, ou não, amparo na legislação de direito material.

Passou-se, então, à compreensão de que a possibilidade jurídica limitar-e-ia ao exame da inexistência de vedação legal, do que não há como se afastar, pois é óbvio que não se pode pretender obter, em juízo, aquilo que é vedado, pelo ordenamento jurídico.

Contudo, o que se vê, na prática, é que, no processo civil, a aferição dos elementos negativos confunde-se com o exame do mérito, como se vê nos exemplos a seguir, ou seja, não se pode pleitear, em juízo:

- o recebimento de um crédito corrigido por índices não oficiais, como o DIEESE, pois este indicador serve para medir a variação do valor da cesta básica, e não a atualização monetária;
- o recebimento de dívida de jogo, ou proveniente da compra de órgãos humanos;
- a prisão civil do réu, exceto pelo inadimplemento de obrigação alimentar; ou,
- o despejo tendo por fundamento denúncia imotivada em contrato de locação com prazo determinado, na vigência deste, pois a lei do inquilinato o veda.

No processo penal, a aferição da possibilidade jurídica é feita por elementos afirmativos, ou seja, não se pode pleitear em juízo *punição diversa da prevista em lei, ou quanto a fatos não previstos na legislação penal*.

Como se vê, nos exemplos acima, a viabilidade da pretensão está muito atrelada ao mérito da demanda, vez que diz respeito à causa de pedir e, desta forma, dificilmente pode ser aferida, com segurança, de modo abstrato, no início do processo, como deve ocorrer com as condições da ação, sendo mais conveniente que seja analisada juntamente com o mérito.

Por tais razões, o legislador processual eliminou a possibilidade jurídica como condição da ação, mantidas, apenas, a legitimidade e o interesse jurídico.

### **CARÊNCIA DA AÇÃO**

A palavra carência, com significado de falta ou ausência, é utilizada em direito processual para identificar a ausência do direito processual de ação – e não de ação, propriamente dita, como quer parecer. Ocorre carência de ação quando o autor não preenche as condições da ação, ou seja, não observa os requisitos legais que o credenciam a obter, do juízo, uma sentença de mérito. É, pois, o termo técnico usado para identificar a situação fática em que o juiz constata, de ofício ou a requerimento da parte ré, que o autor não preenche todas as condições da ação, que são a legitimidade e o interesse jurídico, deixando de observar os requisitos legais da existência do direito à obtenção de uma sentença de mérito.

Dizer que o autor é carecedor de ação significa afirmar que não tem o direito processual de ação, ou seja, direito à apreciação de sua pretensão, expressa na sentença, e por isso mesmo, o processo deve ser logo extinto, sem que o juiz examine o mérito do pedido.

Portanto, carência de ação é a sanção imposta pela lei processual para quem exercita o direito de ação sem a satisfação de quaisquer de suas condições, e que consiste na extinção do processo, sem apreciação do mérito.

No processo civil, a previsão legal para que o juízo, atuando de ofício ou mediante requerimento do réu, decreta a extinção do processo, por carência de ação, sem examinar o mérito – sem que isto importe recusa do Estado à entrega da prestação jurisdicional – está expressa no art. 485, VI, CPC.

Como o processo impõe deveres processuais às partes, o mesmo Código determina que o réu (art. 337, XI) indique ao juízo a ocorrência de tais defeitos processuais, na peça inicial do autor, antes de adentrar na discussão da pretensão autoral, através de alegações preliminares, ou seja, antecedentemente ao mérito.

No processo penal, anteriormente à Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, vigorava, a respeito da carência de ação, o disposto no art. 43. III, do CPP, com previsão de rejeição da denúncia por ilegitimidade de parte<sup>167</sup> ou falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal; os demais incisos do artigo 43 (I e II) enfocavam questões de mérito, e não processuais e, por isso mesmo, já não autorizavam a rejeição liminar da denúncia ou queixa, pelo juízo, nisso acordes a doutrina e a jurisprudência.

---

<sup>167</sup> Quando a ação é penal pública condicionada, há ilegitimidade do MP se falta a representação do ofendido, assim como para a ação penal privada. Na ação penal pública há ilegitimidade da vítima, se o MP não se omite.



A partir da vigência da nova redação do art. 386, CPP, há previsão legal para rejeição da denúncia ou queixa (a) quando a peça processual de estreia for manifestamente inepta; (b) quando faltar pressuposto processual ou condições para o exercício da ação penal ou (c) faltar justa causa para o exercício da ação penal. Ou seja, por questões meramente processuais, e não meritórias.

Para saber se a denúncia ou queixa é inepta, ou seja, não apta à instauração da ação penal, deve-se observar o que dispõe, a respeito, o Parágrafo único do art. 295, I, do CPC. De igual forma, a aferição das condições da ação e dos pressupostos processuais deve ser feita com auxílio do CPC, uma vez que o CPP não identifica tais institutos processuais. Uma peculiaridade que deve ser observada, no processo penal, é a necessidade da observância de condições específicas de procedibilidade, quais sejam: (a) representação do ofendido nas ações penais públicas condicionadas; (b) requisição do Ministro da justiça, quando a lei o determina e (c) autorização da Câmara dos Deputados (art. 51, I, CF) para o processamento do Presidente, Vice-Presidente e dos Ministros de Estado, em crime comum.

Como se vê, a alteração legislativa veio corrigir falha técnica há muito apontada pela doutrina, excluindo das circunstâncias ensejadoras da rejeição da denúncia questões de mérito, que não fazem parte do elenco dos pressupostos processuais, nem das condições da ação – institutos jurídicos tomados por empréstimo do Código de Processo Civil, eis que o CPP a eles não se reporta. Estas alterações importam na unidade da teoria geral do processo, tal como está sendo estudada, pois os elementos mais gerais do processo são, em verdade, os mesmos, utilizáveis tanto no processo civil como no processo penal e/ou trabalhista, que é uma espécie do gênero processo civil.

### **DEVERES DA PARTE E DO JUÍZO, ANTE A CARÊNCIA DE AÇÃO**

Analisemos, pois, o momento processual adequado para a correção da inobservância das condições da ação, registrando que a sanção processual é a extinção do processo, sem resolução do mérito, através de uma sentença que produzirá a coisa julgada formal.

Primeiramente, a legislação determina que a parte ré pode – e deve – arguir as condições da ação e requerer ao juízo que extinga o processo, sem resolução do mérito, decretando a carência de ação ao fazer a sua defesa, na resposta, especificamente na peça contestatória, alegando a carência de ação e apontando qual (ou quais) das condições da ação foi (foram) inobservada(s) pelo autor, como questão preliminar à discussão do mérito (art. 337, XI, CPC).

Surge então a segunda conclusão, ou seja, qual são os momentos em que o juiz pode – e deve - aferir as condições da ação e decretar a carência. São eles:

- Ao **despachar a inicial**, indeferindo, de plano, a petição inicial (art. 330, I, II e III e parágrafo 1º., III, CPC e art. 395, I e II, CPP), antes mesmo de determinar a citação do réu;

- Ao **sanear o processo, quando determina as providências preliminares**, após a resposta do réu, extinguindo o processo sem resolução do mérito (art. 354 c/c 485, VI);

- Ao **proferir a sentença final**, se a ausência não se revelar antes, ou não tiver sido detectada; e,

- A **qualquer momento**, sob pena de nulidade (art. 485 § 3º, CPC, e art. 564, II, CPP).

### **EFEITOS DA SENTENÇA**

A sentença que decreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão de carência da ação, ou seja, devido à inobservância das condições da ação, produz os seguintes efeitos:

- Extingue o processo, sem resolução do mérito;

- Atribuirá ao autor os encargos com custas processuais;

- Condenará, ou não, o autor ao pagamento de honorários advocatícios, conforme o autor tenha contratado advogado para apresentar a sua defesa, ou se a decretação foi feita de ofício, antes da defesa;

- Não faz coisa julgada material, permitindo que nova ação seja proposta. Faz coisa julgada formal, no sentido de que não é possível sanar o defeito processual e prosseguir no mesmo processo, sendo necessária a instauração de outro; e,

- A parte autora pode renovar a ação, desde que pague ou deposite em juízo as custas processuais e os honorários advocatícios, se tiver havido atuação de advogado (art. 92).

### **ELEMENTOS DA AÇÃO**

Não existe ação sem os três elementos, que são as partes, o pedido e a causa de pedir e, por isso mesmo, são requisitos obrigatórios, devem constar da petição inicial, sob pena de tal peça processual ser considerada não apta à prestação jurisdicional. Diz-se, então, que haverá inépcia da petição inicial, e, conseqüentemente, o processo deverá ser extinto, sem resolução do mérito.

Os requisitos que devem constar da petição inicial estão mencionados, expressamente, no art. 319, onde se destacam os dados relativos às partes (inciso II), bem como o pedido e a causa de pedir (inciso III, CPC), dentre outros requisitos, igualmente obrigatórios.

A ausência de menção expressa, na peça inicial, de quaisquer dos elementos da ação, leva à extinção do processo, sem resolução do mérito.

O Código aponta a mesma solução em três situações. No art. 321, CPC, diz que o juiz deve mandar o autor emendar a inicial, em QUINZE (15) dias e, se não o fizer, indeferirá a petição inicial. Note-se que a ausência das partes leva à extinção do processo, por inépcia da inicial; já a menção das partes, sem a observância da legitimidade, conduz à carência de ação, por ilegitimidade, conforme disposto no art. 485, VI. Também a falta do pedido ou da causa de pedir conduzem à inépcia da petição inicial, por inépcia (art. 330, I, Parágrafo 1º, I, CPC).

Os elementos da ação classificam-se em (a) Subjetivos, que são as partes – autora e ré, e, (b) Objetivos, que são o pedido (também chamado de objeto) e a causa de pedir.

Cada ação se distingue da outra em razão de seus elementos, que são estudados mais detalhadamente a seguir.

### 1.1.33 PARTES

Partes são os sujeitos do processo: um que pede e o outro, que sofre o pedido. A parte autora é o **sujeito ativo** da ação, é quem pede o provimento jurisdicional; a parte ré é o **sujeito passivo**, em face de quem se pede a tutela.

A parte pode atuar no processo com qualidades diversas, a saber:

- Quando atua em nome próprio, no interesse próprio, diz-se que é parte ativa legítima ordinária;
- Quando atua em nome próprio, na defesa de direito alheio, diz-se que é parte ativa legítima extraordinária; e
- Quando atua em nome próprio, mas por intermédio de outrem, seu representante ou assistente, diz-se que atua através de representação ou de assistência, conforme o caso.

Quando a mesma pessoa atua em mais que uma ação, em cada qual com diferente qualidade, não há que se falar em identidade de partes.

*Aplicação prática:* João e seu filho menor, Pedro, estavam viajando em um ônibus, que foi acidentado. Ambos sofreram danos. João quer obter a indenização a que julga ter direito, em juízo.

Se propõe a ação, buscando obter a reparação do prejuízo por ele sofrido, atua como parte legítima ativa ordinária.

Se propõe a ação, buscando obter, também, a reparação do dano sofrido pelo filho, atua, nesta segunda hipótese, como representante do filho.

Cada parte pode atuar isoladamente ou em conjunto com outrem. Nesse caso, diz-se que há litisconsórcio<sup>168</sup>, que significa pluralidade de partes, num só processo. Assim, quando há vários autores num só processo, há litisconsórcio ativo; quando há vários réus, litisconsórcio passivo, e, quando há vários autores e vários réus, no mesmo processo, há litisconsórcio misto.

*Aplicação prática:* João e seu filho menor, Pedro, estavam viajando em um ônibus, que foi acidentado. Ambos sofreram danos. João quer obter a indenização a que julga ter direito, em juízo.

Se propõe a ação, buscando obter, também, a reparação do dano sofrido pelo filho, há litisconsórcio ativo

Não confundir litisconsórcio ativo com legitimidade extraordinária; naquele, há pluralidade de partes, nesta, há substituição processual.

### 1.1.34 PEDIDO

O pedido, também chamado objeto, é a própria pretensão deduzida em juízo, o que o autor deseja obter do réu, através do Poder Judiciário.

Considerando o processo como uma representação dos fatos, tais como eles ocorrem, na realidade, tem-se que o autor, quando vai a juízo, o faz porque deseja algum bem da vida – a que julga ter direito. Todavia, o autor não consegue obter o bem desejado senão através da atuação do Estado. Portanto, o provimento jurisdicional aparece em primeiro lugar e o bem em segundo, ou seja, primeiro se obtém o provimento; depois, e através deste, o bem. A sequência é essa:

Pretensão → Provimento → Bem desejado

Nesta ordem de ideias tem-se que o autor, quando utiliza o seu direito de ação, faz dois pedidos, com vistas à obtenção de um só resultado. Por isto, classifica-se o pedido em imediato e mediato. O pedido imediato, ou direto, é a espécie de providência jurisdicional que o autor deseja obter, que poderá ser uma sentença que reconheça seu direito, uma cautela provisória ou a simples prática de atos executórios, com vistas à realização de um direito.

A partir desta ideia, classifica-se as ações conforme o provimento, como se verá, adiante, em ações de conhecimento, cautelares e executivas.

O pedido mediato, ou indireto, é o bem pretendido pelo autor, que pode ser material ou imaterial. Exemplificando, o pedido mediato pode ser o pagamento de valores em dinheiro; a entrega de uma coisa; a realização de um trabalho etc.

O pedido ostenta as seguintes características:

<sup>168</sup> Ver artigo no blog da autora, [www.meyresantana.com](http://www.meyresantana.com)

- É o objeto da ação, a matéria sobre a qual incidirá a atuação jurisdicional.
- Não é a própria lide (diferentemente do que sugere Carnelutti), mas apenas o que, efetivamente, a parte submete à tutela jurisdicional.
- E formulação feita pelo autor, na inicial, forma clara (art. 319, IV);
- Pode ser aditado ou alterado, livremente, antes da citação (art. 329, I, CPC);
- Após a citação e até o saneamento, tanto o pedido quanto a causa de pedir podem ser aditados ou alterados com consentimento do réu (art. 329, II), assegurando-se-lhe o contraditório e a manifestação no prazo mínimo de quinze (15) dias;
- Não pode ser alterado, após o saneador (processo de conhecimento), em decorrência do princípio da estabilidade processual.
- Se o pedido mediato ou imediato é diferente, não há identidade de ações.

### **1.1.35 CAUSA DE PEDIR (*CAUSA PETENDI*)**

É o fato que ampara a pretensão deduzida em juízo, bem como seus efeitos; é a justificação do porquê se pede algo em juízo.

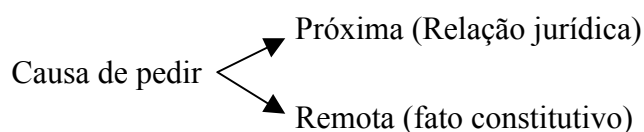
Para compreender o instituto, é necessário examinar o processo como uma representação da realidade fática. O direito subjetivo do autor nasce da conjugação de um fato da vida real com a norma jurídica, abstratamente concebida. Com a ocorrência da lesão de direito material – ou ameaça de lesão - abre-se para o lesado – ou ameaçado de lesão - o direito processual de ação; quando este é exercitado, a jurisdição é posta em movimento, instaurando o processo, com a finalidade de fazer a verificação da plausibilidade do direito alegado pelo autor, diante da norma jurídica aplicável àquele fato.

<i>Aplicação prática:</i> João foi acidentado e sofreu danos e, por isto, quer obter a indenização a que julga ter direito, em juízo.
---

João deve demonstrar o fato danoso (o acidente) e o fundamento jurídico, ou seja, a lesão, já que o art. 927 do Código Civil diz que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.
--

Na vida real, todo pedido deve conter uma justificativa; no mundo processual, também. Neste, todo pedido deve estar ancorado em uma justificativa jurídica, que se insere num contexto fático, e estas circunstâncias devem constar da peça inicial, por exigência legal consignada no art. 319, III, CPC, ao dizer que a petição inicial indicará os fatos e o fundamento jurídico do pedido. Então, surge a necessidade de se distinguir os fatos dos fundamentos jurídicos, pois ambos compõem o que, em direito processual, se denomina causa de pedir.

Aqui, prevalece a mesma ideia de proximidade utilizada na classificação do pedido em imediato e imediato. A ideia é simples: alguém vai a juízo porque se julga lesado em seu direito – esta lesão, qualificada no ordenamento jurídico, é, pois, a justificativa jurídica, ou seja, a CAUSA DE PEDIR mais próxima. Todavia, esta lesão está inserida num fato (que pode ou não causar a lesão); este fato, compõe a causa de pedir, para que o juízo possa verificar, convenientemente, o pedido do autor. A lesão é, logicamente, a causa de pedir próxima, pois é aquilo que, mais proximamente, leva o autor a pleitear a restauração; é o fundamento jurídico do pedido, na medida em que encontra correspondência com a norma legal. O fato, onde está inserido o fundamento jurídico, é a causa jurídica remota, pois só interfere no direito de ação se deste fato decorre uma lesão de direito.



Este exigência de se identificar, com precisão, a causa de pedir próxima e remota decorre da adesão, do Código Processual Civil brasileiro, à teoria de substanciação. Daí a importância de se classificar a causa de pedir em próxima e remota, identificando, com precisão, um e outro elemento.

Na causa de pedir **remota** estão os fatos constitutivos, onde se inserem as lesões que justificam o pedido. Nesta abordagem, os fatos são apresentados como acontecem, no mundo real, **sem se considerar a lesão**. São exemplos de causa de pedir remota fatos como *o contrato de locação, o casamento, a posse do imóvel*. Veja que nem todo casamento (que é um fato, e, portanto, pode ser a causa de pedir remota de uma ação de divórcio) será justificativa de divórcios, mas, tão somente, os matrimônios em que um dos cônjuges viola os deveres matrimoniais.

Na causa de pedir próxima estão os fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, os efeitos do fato jurídico, **causadores da lesão que o autor busca restaurar, em juízo**. Tomando por correspondência os exemplos acima, avistamos *a violação do dever conjugal* (fundamento jurídico do divórcio); *a infração ou a falta do pagamento* (fundamento jurídico do despejo, em contrato de locação); *o esbulho* (fundamento jurídico do pedido de reintegração de posse).

Quando a causa de pedir próxima ou remota é diferente, não há identidade de ações.

*Aplicação prática:* Pedro propõe uma ação de anulação de contrato (causa remota), com base em vício (causa próxima) que o macula; se for julgada improcedente, pode propor outra ação, de rescisão de contrato (mesma causa remota), com base na violação da cláusula (outra causa próxima).

Isto porque o fato é o mesmo (contrato), mas o fundamento jurídico é outro; logo, são ações distintas uma da outra, porque a causa de pedir próxima é diferente.

João deve demonstrar o fato danoso (o acidente) e o fundamento jurídico, ou seja, a lesão, já que o art. 927 do Código Civil diz que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O direito processual brasileiro adotou a teoria da substanciação, segundo a qual é necessário que o autor demonstre os  **fatos constitutivos da situação jurídica afirmada**, bem como o  **fundamento jurídico**; não basta a relação jurídica causal, como na teoria da individualização, em que é suficiente que o autor aponte o direito violado, sem inseri-lo no contexto fático.

*Aplicação prática:* Em ação de cobrança de mútuo, o autor deve demonstrar como e por quê transferiu o dinheiro para o devedor (fato), além da mora (fundamento jurídico da cobrança).

Excepciona a regra da aplicação da teoria da substanciação as ações fundadas em direitos reais, em que se dispensa a indagação quanto à origem do direito, por se tratar de direito real, que só se adquire por registro público. Todavia, não há distinção, no art. 282, III, do CPC.

Na teoria da individuação (não adotada no Brasil), a causa de pedir não são os fatos, mas as conseqüências jurídicas destes.

São características da causa de pedir:

- É o fato jurídico que fundamenta o pedido; fato, contrário ao direito, do qual surge o direito que o autor alega, ou a relação jurídica da qual o direito deriva.
- É requisito da petição inicial (art. 319, III).
- É o fundamento jurídico do pedido (Não confundir com citação de artigo da lei, que não precisa ser mencionado, pois o juiz conhece o direito: “*iura novit curia*”).

## UTILIDADES DA IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DA AÇÃO

### 1.1.36 EVITAR A REPETIÇÃO DE DEMANDAS

A identificação precisa dos elementos da ação tem a finalidade de identificar a ocorrência de alguns fenômenos processuais, a saber, os quais determinam a extinção do processo, sem resolução do mérito, ou o seu encaminhamento a outro julgador. Vejamos:

Quando há coincidência dos três elementos (partes, pedido e causa de pedir), diz-se que há coisa julgada ou litispendência (art. 337, parágrafos 1º. e 2º.), o que nada mais é do que a repetição de uma demanda. Se a demanda que se reproduz já foi julgada, ocorre coisa julgada (art. 337, parágrafo 4º.), e se ainda estiver em curso, ou seja, ainda sem sentença, ocorre

litispendência (art. 337, § 3º, CPC), o que impõe a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 337, VI e VI, CPC).

Observe-se que não há litispendência (identidade de ação) quando não há coincidência entre o pedido mediato (ex.: recebimento do crédito ou entrega do imóvel), e imediato (ex.: sentença constitutiva do crédito ou do despejo). Nessa situação, ocorre conexão, devido à coincidência da causa de pedir remota, que é o contrato de locação do aluguel.

Também não há litispendência quando não há coincidência entre a causa de pedir próxima e remota (ex. ação de despejo por falta de pagamento e por infração contratual), mas conexão.

Quando há coincidência na apenas de um elemento, quer seja o objeto (pedido) ou a causa de pedir, haverá conexão (art. 55, CPC) e, nesse caso, é irrelevante saber se há, ou não, identidade das partes.

Por outro lado, haverá continência (art. 56, CPC) se e quando houver identidade das partes e da causa de pedir, mas o pedido (ou seja, o objeto) de uma ação é mais amplo que o da outra, e, por isso mesmo, abrange os pedidos formulados na outra ação.

Quando ocorre conexão ou continência, a questão deve ser decidida pelo juízo prevento – que é aquele que, em ações conexas ou continentes, irá presidir os feitos, por haver despachado em primeiro lugar.

Portanto, a importância de se identificar os elementos da ação é determinar, no curso do processo, a reunião de processos que versem sobre ações conexas, ou seja, quando há identidade da causa de pedir ou o pedido, ou de ações continentes, quando houver identidade de partes e da causa de pedir, mas o pedido de uma é mais amplo que o da outra, abrangendo, pois, aquele.

Outra finalidade é identificar a possibilidade de se estabelecer o litisconsórcio voluntário (art. 113, II), quando o pedido ou a causa de pedir forem idênticos.

Finalmente, a identificação precisa dos elementos tem o poder de influenciar na decisão, pois o pedido delimita a sentença (art. 492, CPC).

### **QUADRO SINÓTICO III – COINCIDÊNCIA DE ELEMENTOS**

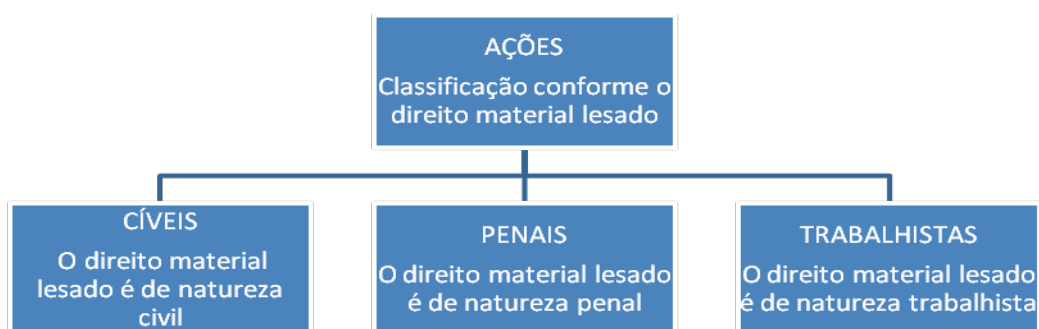
<b>Institutos</b>	<b>Elementos Coincidentes</b>	<b>Situação da Ação</b>	<b>Conseqüências</b>
Coisa julgada	Partes, Pedido e Causa de pedir.	Julgada (já foi proferida sentença de mérito).	Extinção da demanda que repete a anteriormente ajuizada.
Litispendência	Partes,	Em andamento.	Extinção da demanda



	Pedido e Causa de pedir.		anteriormente ajuizada.
Continência	Partes e Causa de pedir ( <i>objeto mais amplo</i> ).	Em andamento.	Reunião da demanda mais recente à primeira, influenciando na sentença.
Conexão	Pedido <u>ou</u> Causa de pedir.	Em andamento.	Reunião da demanda mais recente à primeira, podendo ou não influir na sentença.

### CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Classificar significa selecionar, agrupar por determinados critérios, coisas semelhantes, distinguindo-as de outras, porque são diferentes. Neste contexto, as ações podem ser classificadas, inicialmente, com base no direito material lesado, que dá suporte à ação. Sob este aspecto, as ações classificam-se em:



#### 1.1.37 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES CÍVEIS:

Outrora, quando o direito processual ainda não era tão bem estruturado, cientificamente, como o é, atualmente, as ações cíveis eram classificadas por um critério que nada tinha de científico, em (a) ações pessoais, quando o direito que lhe dava suporte era direito pessoal (também dito obrigacional), e (b) reais, quando o direito material lesado era real, quer seja real imobiliário ou real mobiliário.

Anote-se, em sede de revisão, que direito pessoal é aquele em que a obrigação conecta pessoas a pessoas, ou seja, os credores aos devedores, enquanto que, no direito real, a obrigação conecta a pessoa do credor a uma coisa (res), conferindo a lei ao credor o direito de seqüela sobre esta coisa, que, se for imóvel (também os bens imóveis por ficção jurídica: herança, navios e aeronaves), dá origem ao direito real imobiliário, e, se for móvel, ao direito real mobiliário.

Atualmente, porém, no estágio em que se encontra o Direito Processual, faz-se mister oferecer uma classificação feita por critérios científicos, calcados na ciência processual. Assim, as ações cíveis podem ser classificadas por dois critérios; (a) Conforme a espécie do provimento

ou prestação jurisdicional pretendida pelo autor, e, (b) conforme o procedimento, ou rito processual, determinado pelo legislador para o processamento da ação.

### **CLASIFICAÇÃO DAS AÇÕES CÍVEIS CONFORME O PROVIMENTO**

**Esta classificação é feita conforme a espécie do provimento ou prestação jurisdicional pretendida pelo autor. É que, ao propor uma ação, o autor deve ter em mente o quê deseja obter do Poder Judiciário, ou seja, indicar o objeto da ação, expressando-o de forma clara e precisa na petição inicial, em seu pedido. Como já se viu, no exame dos elementos da ação, o pedido (ou objeto) desdobra-se em pedido imediato – que a prestação jurisdicional pretendida – e mediato – que é o bem jurídico sobre o qual incidirá a tutela. Ou seja, o autor deseja obter um bem jurídico, mas, antes disso – e por causa disso – precisa obter um provimento jurisdicional específico, que lhe conceda o bem.**

Destarte, com base na espécie de provimento, ou tutela jurisdicional, pretendida pelo autor, as ações cíveis classificam-se em:

#### **AÇÃO DE CONHECIMENTO**

As **ações de conhecimento** (ou cognitivas), têm por objeto uma pretensão de direito, que dá origem a uma lide de pretensão resistida pela parte adversa, onde o autor deseja obter, do Poder Judiciário, a cognição dos fatos e o pronunciamento acerca desta pretensão, de forma a transformá-la em direito.

As ações de conhecimento serão processadas, em regra, pelo procedimento comum, como determina o art. 318 e seguintes, do CPC, salvo disposição específica do próprio Código, que estabelece determinadas situações em que se deve observar procedimentos especiais, ou, ainda, por procedimentos específicos, diversos do comum, que outra lei venha a estabelecer.

O ponto culminante do processo de conhecimento é o ato processual denominado sentença, onde o Poder Judiciário define a existência ou inexistência do direito alegado pelo autor.

Assim, com base na natureza jurídica da sentença e nos efeitos por ela produzidos, pode-se subclassificar as ações de conhecimento em ações de conhecimento (a) declaratórias, (b) condenatórias ou (c) constitutivas, observando-se que a mesma sentença pode ostentar duas ou até três destas características, ou seja, pode ser constitutiva-condentória, declaratória-condenatória, ou, ainda, declaratória-constitutiva-condenatória .

Nas **ações de conhecimento declaratórias**, o autor pretende a atuação cognitiva do estado-juiz para que, tão somente, declare qualquer uma das situações previstas no art. 19, I e II, do CPC. Note-se que, neste caso, o exercício do direito de ação não está na dependência de lesão de direito; apenas de dúvida ou incerteza, por parte do autor, frente a uma das situações legais.

Como a declaração pretendida tanto pode ser afirmativa (ex. autenticidade de documento) como negativa (ex. falsidade de assinatura), diz-se que as ações de conhecimento declaratórias podem ser positivas ou negativas.

Nas **ações de conhecimento condenatórias**, o autor pretende que a atuação cognitiva do estado-juiz reconheça o seu direito e, em consequência disso, condene o réu a cumprir alguma obrigação, a fazer ou deixar de fazer algo.

Nas **ações de conhecimento constitutivas**, o autor pretende que o estado-juiz, após prévia cognição, lhe constitua uma nova situação jurídica, alterando a pré-existente. Também podem ser positivas ou negativas, conforme constituam (ex. união estável) ou desconstituam (ex. divórcio) uma relação jurídica.

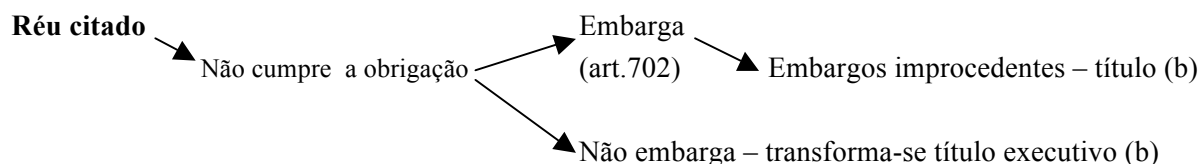
## **AÇÃO MONITÓRIA**

As **ações monitorias**, embora inseridas no processo de conhecimento, sob a regência do procedimento especial (art. 700, CPC), têm provimento diverso, eis que se destinam ao amparo de uma específica pretensão, qual seja a transformação de uma obrigação provada por documento escrito, mas que não possui força executiva, em título executivo.

Por essa razão, entendemos que esta ação merece ser classificada, quando ao provimento, em um tópico único, porque tem por objeto uma pretensão intermediária, que se situa entre o objeto da ação de conhecimento e o da ação de execução. Trata-se, pois, de ação fundada em prova escrita da obrigação, que não tem força executiva, com a finalidade de se obter pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou infungível, ou de determinado bem móvel ou imóvel, ou, ainda, o adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 700, CPC).

Na ação monitoria, o credor deve apresentar ao juiz prova documental de seu crédito, e o seu processamento é sumário. Recebida a inicial, o juiz faz uma aferição sumária do documento e determina a citação da parte ré, para pagar a obrigação ou entregar o bem, conforme o caso, ou impugnar a pretensão do autor, no prazo de quinze dias. O réu poderá assumir três posturas, que lhe renderão duas conseqüências diversas:

- ↗ Cumpre a obrigação – extingue-se o processo, pelo desaparecimento da obrigação (a)
- ↘ Embargos procedentes – extingue-se(a)



Como se vê, se o réu pagar a obrigação ou, não pagando, embargá-la, e os embargos forem julgados procedentes, o processo extingue-se, sem resolução de mérito, pois o objeto desaparece (a). Se, por outro lado, não embargar, ou, embargando, os embargos forem julgados improcedentes, aquele documento sem valor executivo transforma-se em título executivo, e o processo prossegue, como se o credor fosse portador de um título executivo (b).

Por estas razões, parece que a ação monitória merece classificação à parte, quanto ao provimento, vez que a prestação jurisdicional desejada pelo autor nem é cognitiva, nem executiva, justificando, assim, um tratamento diferenciado das ações cognitivas e, também, das executivas.

Todavia, na classificação quanto ao procedimento (adiante estudada), a ação monitória encaixa-se, perfeitamente, no rol de outras ações de procedimento especial, as quais possuem objetos que não se correlacionam, entre si.

## AÇÃO DE EXECUÇÃO

As **ações de execução** têm por objeto um direito previamente reconhecido pela lei e consubstanciado em título executivo. Trata-se, pois, de uma lide de direito insatisfeito, apesar de reconhecido pela lei, ou pela sentença judicial. Título executivo é o ato jurídico documentado, mediante previsão legal, que confere à obrigação o caráter de liquidez e certeza, permitindo ao credor a propositura da ação de execução, para fazer valer o que ele contém, ao invés da ação de conhecimento, que tem a finalidade de constituir o título executivo. Então, se o credor possui o título executivo, fica dispensado de propor a ação de conhecimento, devendo propor a ação de execução.

Veja-se que, diversamente do que ocorre na ação de execução, na de conhecimento o autor não tem direito, mas, apenas, pretensão, enquanto que, naquela, seu direito já foi prerreconhecido, pela lei.

As ações de execução, no direito processual civil, têm por objeto um dos títulos executivos judiciais, mencionados no art. 515, ou extrajudiciais, mencionados no art. 784, ambos do CPC, No primeiro caso, tem-se, como, por exemplo, a sentença proferida pelo juízo arbitral (inc. VII), que, embora sendo uma decisão produzida por um particular, fora do aparato estatal,

é considerada pela lei como título executivo judicial; no segundo, o cheque, que é título executivo extrajudicial.

Cumpra anotar que, anteriormente à vigência da Lei n. 11.232, de 22.12.05, a sentença judicial era título executivo judicial, o que significava que, depois de obtê-la, a parte devia executá-la, para transformar aquele documento no bem jurídico pretendido. Aquela lei revogou o art. 584, do CPC então vigente, e, a partir de então, bem como atualmente, cumpre-se a sentença judicial, que, entretanto, continua a ser título executivo judicial (art. 515-N, inc. I). Com este mecanismo, o processo de conhecimento foi alargado para encampar os procedimentos executórios, dentro do processo de conhecimento.

Entretanto, como o legislador alterou, tão somente, o Código de Processo Civil, esta modificação não alcançou o processo trabalhista, e, assim, na justiça do trabalho, continua existindo a execução por título executivo judicial, onde a sentença judicial continua sendo título executivo, e a execução por título executivo extrajudicial, onde o título executivo é o acordo ou a transação produzidos pelas partes, ou o Termo de Conciliação Prévia.

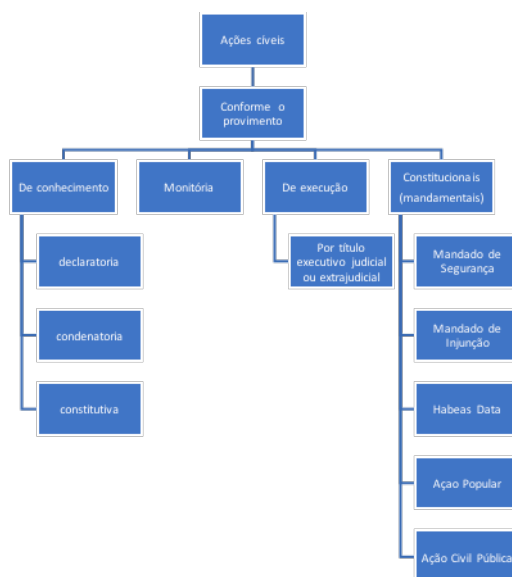
Finalmente, cabe anotar que desapareceram, no novo CPC, as ações cautelares previstas no art. 792 e seguintes do código revogado, as quais foram substituídas pelas tutelas provisórias regidas pelo art. 303 a 311, CPC, dentro do processo de conhecimento, e algumas ações cautelares foram remanejadas para os procedimentos especiais.

## **AÇÕES CONSTITUCIONAIS**

As **ações constitucionais** têm por objeto uma das situações definidas na Constituição, tão graves a ponto de merecer uma tutela urgente, heróica. São ações cujo provimento é diferenciado do das demais, de natureza mandamental, aptas a merecerem uma classificação à parte.

A ação constitucional produz uma sentença que tem caráter andamental, ou seja, é uma ordem dirigida a quem deve cumpri-la, dispensando a fase do cumprimento da sentença e, assim, diferenciando-a da ação de conhecimento.

A seguir, quadro sinótico da classificação das ações cíveis, conforme o provimento:



## CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES CÍVEIS CONFORME O PROCEDIMENTO

Tal **classificação** leva em **consideração** o rito definido pela **legislação** para a **tramitação** da **ação**, quer seja ela **classificada**, quanto ao **provimento**, como uma **ação de conhecimento** ou de **execução**.

É que, ao propor uma **ação**, o autor deve observar, além do **provimento** jurisdicional, também, o **procedimento** adequado ao seu **processamento**, pois o legislador disponibiliza ritos diversos, eleitos por **vários** critérios.

Em sede de Teoria Geral do Processo, analisaremos os **procedimentos** ditados pelas normas jurídicas de maior alcance, primeiramente, o CPC e, posteriormente, pela Lei n. 9.099/95. As **ações** de que tramitam por outros **procedimentos**, definidos em leis específicas, fogem aos estreitos limites de nosso trabalho, e poderão ser estudadas, em apartado.

As **ações** de conhecimento podem ser processadas por diferentes ritos, segundo critérios legais. Sob este aspecto, as **ações** cíveis são **classificadas** em **ações** de **procedimento** comum e especial.

## AÇÕES DE PROCEDIMENTO COMUM

Como regra geral, as **ações** cíveis seguem o **procedimento** comum; excepcionalmente, tramitarão pelo **procedimento** especial, previsto no próprio CPC, ou em **procedimentos** especialíssimos, previstos na **legislação** não codificada.

Desapareceram, no novo Código, os antigos **procedimentos** ordinário e sumário, o que facilita, e muito, o estudo da **classificação** das **ações** cíveis.

## **AÇÕES DE PROCEDIMENTO ESPECIAL**

Além das ações de procedimento comum, o CPC prevê um procedimento especial, porque diferenciado do comum, para determinadas ações, tal como previsto nos art. 539 a 770, CPC.

Tramitam pelo procedimento especial de jurisdição contenciosa, em que há um objeto litigioso a ser decidido, as seguintes ações:

- de consignação em pagamento - art. 539;
- para exigir contas - art. 550;
- possessórias - art. 554;
- de divisão e demarcação de terras particulares – art. 569;
- de dissolução parcial de sociedade – art. 559;
- de inventário e partilha – art. 610;
- de oposição – art. 682;
- de habilitação – art. 687;
- de família – art. 693;
- monitórias – art. 700;
- de homologação de penhor legal – art. 703; e,
- de restauração de autos – art. 712.

Nesta espécie de procedimento - especial - estão incluídas, além das ações de jurisdição contenciosa acima nominadas, previstas no art. 539 a 718, outras, de jurisdição voluntária, abaixo relacionadas, previstas no art. 719 a 770. Nestas, inexistente litígio a ser dirimido, de tal modo que a atividade jurisdicional é meramente homologatória. São ações de procedimento especial de jurisdição voluntária as seguintes:

- notificação e interpelação – art. 726;
- alienação judicial – art. 730;
- divórcio e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de matrimônio – art. 731;
- herança jacente – art. 738;
- bens de ausentes – art. 744;
- coisas vagas – art. 746;

- interdição e disposições comuns à tutela e à curatela – art. 747;

Em todas estas situações sobrecitadas, o Código prevê um procedimento específico para cada uma das ações que enumera, e o faz levando em consideração a necessidade de uma tramitação diferenciada, normalmente mais célere e com um número reduzido de atos processuais.

### **AÇÕES DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO (Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001)**

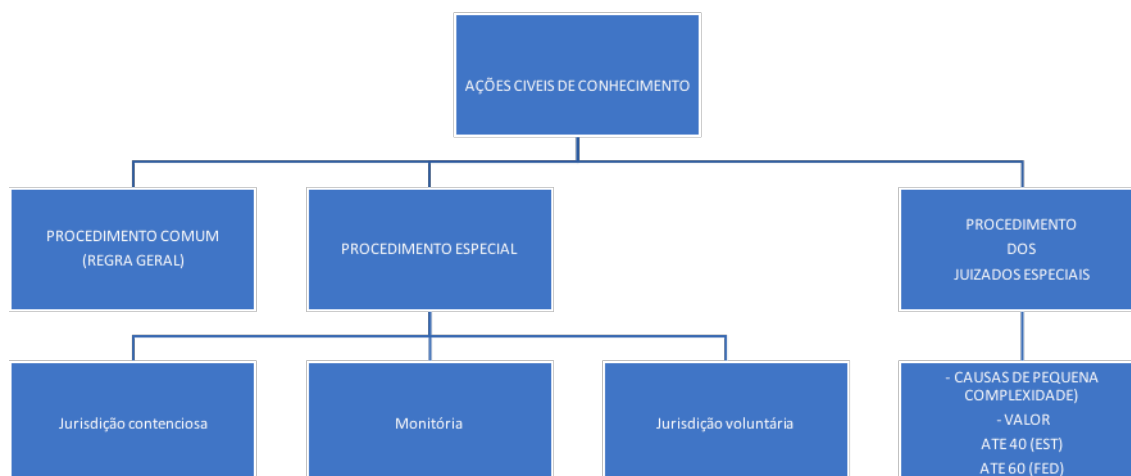
As leis n. 9.099/95 e 10.259/2001 definem o procedimento das ações de alçada dos Juizados Especiais, os vulgarmente chamados “juizados de pequenas causas”.

Tais ações, mais conhecidas como reclamações, seguem o processamento definido nas Leis n. 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, e Lei n. 10.259/2001, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. A escolha pelo procedimento dos Juizados Especiais, no processo cível, é opção livre do autor, observados, cumulativamente, os requisitos legais, que são (a) o valor da causa, que não pode ser superior a quarenta (40) salários mínimos, nos Juizados Especiais estaduais, e sessenta (60) salários-mínimos, nos Federais, e, (b) a pequena complexidade da demanda.

Importante observar que, no âmbito civil, a escolha do rito comum, do CPC, ou do procedimento dos Juizados Especiais, é opção do autor. Entendemos tratar-se de critério inconstitucional, pois estabelece desigualdade entre os sujeitos processuais que pode gerar prejuízos ao réu, já que, enquanto nos procedimentos dos juizados inexistem custas e condenação em honorários, nos procedimentos ditados pelo CPC cabe ao réu, quando vencido, reembolsar ao autor as despesas processuais, bem como arcar com os honorários advocatícios do patrono do autor. Diante disto, entendemos que o legislador deveria alterar a Lei n. 9.099/95 para estabelecer a obrigatoriedade de utilização do procedimento previsto nesta lei, em razão do valor e da pequena complexidade da causa. Assim, estar-se-ia tratando os sujeitos processuais – autor e réu – em igualdade de condições.

A compreensão do tema fica facilitado ao exame do quadro sinótico abaixo:





### **AÇÕES QUE TRAMITAM POR OUTROS PROCEDIMENTOS**

Além do Código de Processo Civil e das Leis dos Juizados Especiais, há várias outras leis que definem procedimentos especiais para ações específicas. Nestes casos, as ações tramitarão pelo procedimento ditado pela lei específica, tais como as ações de alimentos<sup>169</sup>, lei de alimentos gravídicos<sup>170</sup> busca e apreensão<sup>171</sup>, despejo<sup>172</sup>, divórcio<sup>173</sup> etc. Nestes casos, a lei estabelece o rito processual específico a ser seguido.

### **CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES CONFORME A LINGUAGEM FORENSE**

Na esfera cível – e somente nesta seara - é comum atribuir-se à ação o nome equivalente ao pedido, ou, mais especificamente, ao bem jurídico pretendido, Assim, denominam “ação de indenização”, quando se propõe uma ação de conhecimento, pelo rito comum, porque a parte quer obter uma indenização, ou “ação de despejo”, ou de “rescisão contratual”, quando se pretende obter o imóvel despejado, ou a rescisão de um contrato.

Entretanto, esta classificação não porta nenhum ingrediente científico que possa justificá-la, tanto que, no processo penal, por exemplo, não se fala em “ação penal de homicídio” ou de “ação penal de furto”, pois as ações penais são classificadas por critério científico. Do mesmo modo, no processo trabalhista não se fala em “reclamação trabalhista de horas-extra”, mas, simplesmente, em reclamação trabalhista.

<sup>169</sup> Lei n. 5.478/68

<sup>170</sup> Lei n. 11.804/2008

<sup>171</sup> Decreto-Lei n. 911/69

<sup>172</sup> Lei n. 8.245/91

<sup>173</sup> Lei n. 6.515/77

## CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS

As ações penais são classificadas conforme o sujeito que as promove; diz-se que é uma classificação subjetiva. Podem ser públicas e privadas, embora as públicas seja a regra consignada no art. 100, CP.

As ações penais são ditas públicas quando quem as promove é o Ministério Público, dentro de sua atribuição constitucional prevista no art. 129, I, CF. Subdividem-se em incondicionadas e condicionadas, conforme sejam impulsionadas pelo MP, sem provocação, ou mediante provocação do lesionado ou seu representante legal (Parágrafo 1º., art. 100, CP).

As ações penais públicas incondicionadas são a regra, conforme previsto no art. 24, do Código de Processo Penal. O homicídio, o estelionato, o furto são crimes de ação penal pública incondicionada, ou seja, nestes delitos, o MP promove a ação penal sem qualquer participação do lesionado, que, no máximo, será testemunha do fato.

As ações penais públicas condicionadas têm previsão no art. 24, CP. Nas situações definidas na lei material – genericamente considerando, o Código Penal - o Ministério Público depende, para promover a ação penal, da provocação formal do ofendido, que pode se dar através de representação ou de requisição. São exemplos de exigência legal de provocação, através de representação da vítima, o crime contra o sigilo profissional (art. 154, CP). Outra interessante situação contempla os crimes contra a liberdade sexual<sup>174</sup> e dos crimes sexuais contra vulneráveis<sup>175</sup>, que passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação<sup>176</sup>, e de ação penal pública incondicionada, respectivamente, com a vigência da Lei n. 12.015, de 7/8/2009. Outro exemplo são os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação), quando praticados contra o Presidente da República, que dão ensejo à ação penal pública condicionada (art. 145, Parágrafo Único, CP).

Enfim, para saber se a ação é pública ou privada, ou, ainda, se é pública condicionada ou incondicionada, não há outro meio senão recorrer à norma jurídica material – o Código Penal ou a legislação penal extravagante. Se a norma nada mencionar, é porque o delito será processado por meio de ação penal pública incondicionada; se mencionar que, no delito que tipifica, só se procede mediante representação, é porque a ação é pública condicionada; se mencionar que só se procede mediante queixa, é porque o delito é de ação penal privada.

As ações penais privadas são ajuizadas pelo ofendido ou seu representante legal, que oferecerá a queixa, diretamente ao Poder Judiciário, nos termos do Parágrafo 2º., art. 100, CP.

---

<sup>174</sup> Cap. I, art. 213-217, CP

<sup>175</sup> Cap. II, art. 218, CP

<sup>176</sup> Art. 225, CP

Exemplos são os crimes contra a honra, previstos no Capítulo V, do CP (calúnia, difamação e injúria), em que só se procede mediante queixa, no dizer do legislador (art. 145, CP).

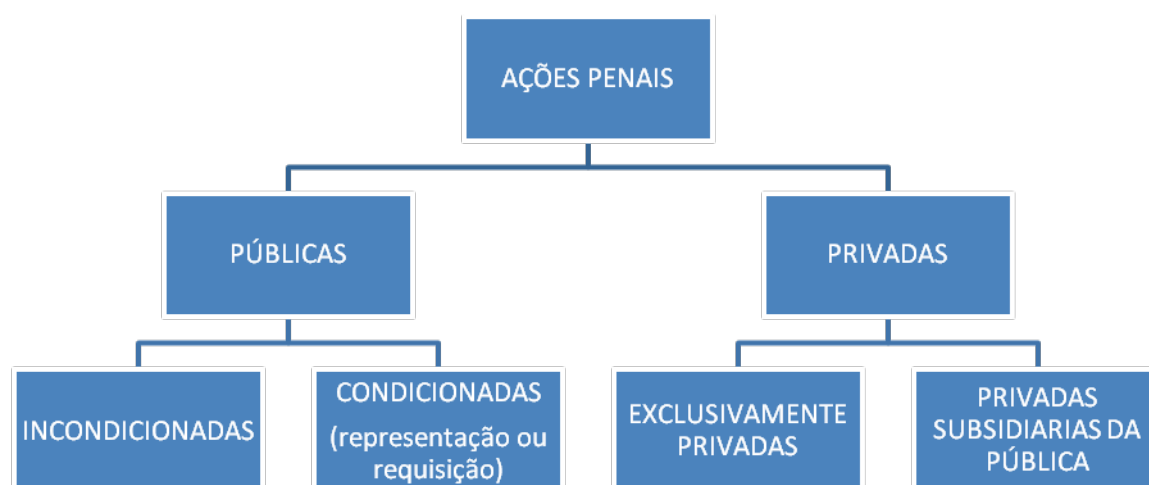
Nestas situações, e em todas aquelas em que o legislador diz que só se procede mediante queixa, a ação é exclusivamente privada, segundo disposto no art. 30, CPP. É o caso do crime de exercício arbitrário das próprias razões, sem violência (art. 345, § único, CP). Se praticado com violência, segue-se a regra geral, ou seja, é de ação penal pública incondicionada.

Importante não confundir a classificação subjetiva (de acordo com o sujeito que promove a ação), com a classificação conforme o procedimento, pois uma ação pode ser penal pública e tramitar pelo procedimento sumaríssimo, e, neste caso, procede-se mediante TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência, mas a iniciativa da ação continua sendo do MP.

Além das ações exclusivamente privadas, o lesionado (ou seu sucessor ou representante legal), pode promover a ação penal privada, se, sendo pública, o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal. Neste caso, diz-se tratar-se de ação penal privada subsidiária da ação penal pública, conforme art. 29, do CPP.

Esta possibilidade que se abre ao ofendido, de atuar subsidiariamente ao Ministério Público, no caso de crime de ação penal pública, já constava no CPP, mas foi erigida a garantia processual constitucional, hoje inserta no art. 5º, inciso LIX, da Lei Maior.

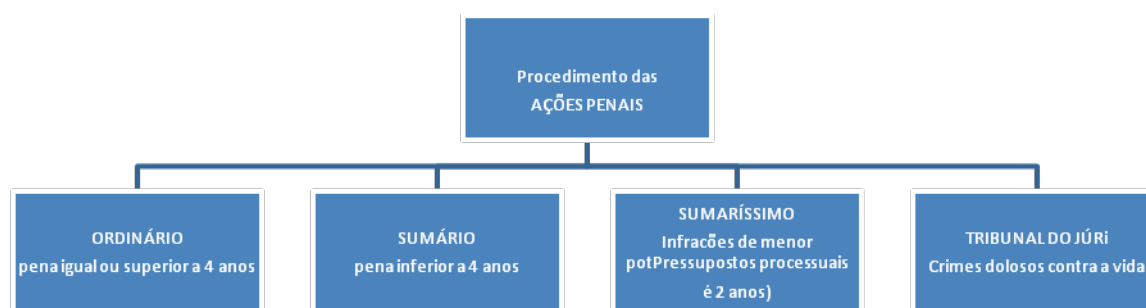
Em quadro sinótico, assim se classificam as ações penais:.



Também no âmbito penal, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) introduziu mudanças quanto ao processamento dos chamados delitos de menor potencial lesivo, assim entendidos aqueles cuja pena máxima é de até dois (2) anos. É que, nestes casos, quer se trate de delito de ação penal pública ou privada, deve-se tentar, antes, a transação penal, e só se esta for

infrutífera é que o Ministério Público, ou o ofendido, irá oferecer a denúncia ou a queixa ao Poder Judiciário.

A doutrina não costuma classificar as ações penais conforme o procedimento; assim, trataremos do assunto ao estudarmos o processo. Todavia, para melhor compreensão, adianta-se que, nas ações penais, o procedimento será o definido no art. 394, do CPP, em razão da pena fixada pela legislação material. O procedimento ordinário é o adequado quando a sanção máxima for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade; o sumário, quando inferior a quatro anos; o sumaríssimo, quando inferior a dois anos; e o específico do Tribunal do Juri, nos casos de crimes dolosos contra a vida. Em resumo, temos o seguinte quadro sinótico:



### **CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES TRABALHISTAS:**

Após a EC/45, o critério de separação das ações cíveis das trabalhistas perdeu o seu caráter científico. Com efeito, diz-se que uma ação é trabalhista pelo simples fato de ser processualizada pela Justiça Laboral, mesmo quando a sua natureza jurídica seja civil, tal como sucede com as ações de reparação de danos. Tal questão, todavia, merece exame mais aprofundado, que não pode ser efetuado nos estreitos limites desta disciplina.

As ações trabalhistas são chamadas dissídios ou, simplesmente, reclamações; por isto, diz-se que o autor é o reclamante e o réu, o reclamado. Os dissídios podem ser individuais ou coletivos, quer sejam ajuizados pelo titular do direito material ou por substituto processual, respectivamente.

Os dissídios individuais – ou reclamações – são apresentados pelo titular do direito, nos mesmos moldes que as ações cíveis. Os dissídios individuais, ou, simplesmente, as reclamações trabalhistas, classificam-se de modo semelhante às ações cíveis, em dissídios de conhecimento,

quando se busca a aferição da pretensão, por uma sentença, que tanto pode ter natureza declaratória, constitutiva ou condenatória. No primeiro caso, busca-se a mera declaração acerca de uma situação jurídica ou de um documento; no segundo, a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica, e, no terceiro, a condenação do réu, no caso, reclamado, a pagar quantias, fazer ou não fazer algo.

No processo trabalhista, continua a coexistir a execução embasada em título judicial e extrajudicial. É que a Lei n. 13.105/2015 só se aplica ao processo trabalhista de forma subsidiária, prevalecendo o que está regido pela CLT, quando não há omissão. Então, as decisões judiciais proferidas no processo trabalhista, quando não cumpridas voluntariamente, continuam a depender de outro processo – o de execução – para que o credor receba o bem jurídico pleiteado. Todavia, a iniciativa deste processo de execução – que se desenvolve nos mesmos autos em que foi proferida a sentença - é feita de ofício, sem necessidade de iniciativa da parte vencedora.

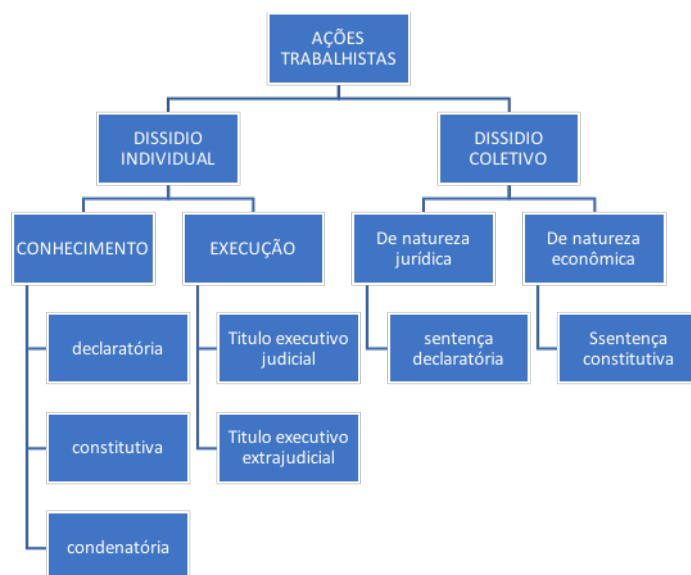
Inobstante não mencionadas na CLT, as antigas medidas cautelares eram fartamente utilizadas em questões trabalhistas, com a mesma finalidade com que foram concebidas pelo legislador processual civil, ou seja, proteger o direito do autor à efetividade da prestação jurisdicional oportuna; certamente, continuarão a coexistir a antecipação de tutela, nos mesmos moldes do processo civil.

Algumas ações de procedimento especial são, também, utilizadas no processo trabalhista, de forma subsidiária, como é o caso da ação de consignação em pagamento, em decorrência do preceito contido na CLT, que determina a aplicação das normas do CPC ao processo trabalhista, naquilo que este for omissivo.

Já os dissídios coletivos, que podem ser de natureza jurídica ou econômica, são aqueles que envolvem direitos coletivos, cuja principal característica é que o juízo competente será um órgão colegiado – o TRT ou o TST – nunca o juízo monocrático.

Os dissídios coletivos, ou ações coletivas, serão de natureza jurídica quando o objeto for a interpretação da normas jurídica; neste caso, a sentença será declaratória.

Os dissídios coletivos, ou ações coletivas de natureza econômica, terão por objeto a criação de normas pelos tribunais trabalhistas; neste caso, a sentença será constitutiva.



As ações (ou reclamações) trabalhistas são, na maioria, ações de conhecimento, que se processam pelo procedimento sumário, sumaríssimo ou ordinário, conforme previsto na CLT. As ações de procedimento especial, previstas no CPC, podem ser utilizadas, subsidiariamente, no processo do trabalho, desde que adequadas. A ação de consignação em pagamento, por exemplo, tem aplicação nas relações jurídicas laborais.

Finda a fase cognitiva, incia-se, de ofício, a ação executiva, com base no título executivo judicial. Apesar de raras, existem ações de execução por título executivo extrajudicial, também, na Justiça do Trabalho, quando, por exemplo, celebra-se autocomposições extrajudiciais nas Comissões de Conciliação Prévia e a pactuação não é cumprida.

## Quadro sinótico: AÇÕES E PROCEDIMENTOS

<u>AÇÃO</u>	<u>CRITÉRIO</u>	<u>COMUM</u>	<u>SUMÁRIO</u>	<u>SUMARÍSSIMO</u>	<u>ESPECIAL</u>
Cível	Valor da causa	Regra	Inexiste	Até 40 sm (JECE) Até 60 sm (JECF)	
Cível	Matéria	Regra	Inexiste	Art. 3º., Lei n. 9.099/95	Jurisdição contenciosa, incluindo a ação monitória; e, Jurisdição voluntária
Trabalhista	Valor da causa	Resíduo	Até 2 sm	Até 40 sm	Inquérito
Penal	Pena	Mais de 4 anos	De 2-4 anos	Até 2 anos	Crimes dolosos contra a vida

Além dos procedimentos acima, previstos na legislação codificada (CPC, CPP e CLT), há os procedimentos ESPECIALÍSSIMOS, previstos na legislação extravagante, dos quais são exemplo, no processo civil, as ações de despejo, de busca e apreensão etc.

## AÇÃO E DEFESA

Proposta uma ação, o princípio da igualdade impõe que os sujeitos processuais recebam, tanto do legislador quanto do órgão julgador, tratamento igualitário. Assim é que, em obediência ao princípio do contraditório, é necessário conceder à parte adversa a oportunidade de defesa, tanto no aspecto processual quanto na discussão do mérito.

Examinaremos, primeiramente, como o legislador apresenta o direito de defesa, no processo civil e, posteriormente, no penal.

### Modalidades (ou espécies) de defesa

A defesa, em sentido amplo, subdivide-se em defesa processual e substancial.

Na **defesa processual**, o réu deve alegar, preliminarmente, isto é, anteriormente à análise e impugnação da pretensão do autor, os defeitos quanto ao exercício do direito de ação, na formação da relação processual ou na utilização do procedimento adequado.

<i>Aplicação prática:</i> Em ação de cobrança de mútuo, o réu reconhece o débito, mas alega que o credor é outrem, e não o autor.
---

<i>Faz defesa preliminar, arguindo carência de ação, por ilegitimidade passiva.</i>
---

O legislador diz, textualmente (art. 337, CPC), quais são as questões que o réu deve alegar, em preliminar, examinando e discutindo aspectos atinentes a irregularidades processuais, com vistas a demonstrar ao juízo a carência da ação e/ou a inobservância dos pressupostos processuais.

A **defesa processual** produz efeitos dilatórios e peremptórios, conforme dilate, simplesmente, o fluxo do processo, ou o extingua. Em caso de acolhimento de uma incompetência do juízo, por exemplo, o processo não é extinto, mas, apenas, encaminhado a outro juízo, que seja competente; diz-se, então, que a defesa é meramente dilatória, porque dilata o tempo de duração do processo. Noutra situação, com o acolhimento da alegação preliminar de coisa julgada, há extinção do processo; nesta situação, a defesa é peremptória, pois encerra a prestação jurisdicional precocemente. A seguir, as características, os efeitos e as situações de uma e outra espécie de defesa processual:



QUESTÕES ALEGÁVEIS EM PRELIMINARES E SEUS EFEITOS			
Situações art. 337, CPC, inciso	DESCRIÇÃO	DEFESA DILATÓRIA: ACARRETA, CONDICIONALMENTE, A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO <u>se</u> O AUTOR NÃO ATENDER A DETERMINAÇÃO JUDICIAL	DEFESA PEREMPTÓRIA: ACARRETA A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO
I	INEXISTÊNCIA OU NULIDADE DE CITAÇÃO	Deve fazer/regularizar a citação inválida	Se não for regularizada a citação
II	INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA OU RELATIVA (*)	O processo é encaminhado ao juízo competente	Não ocorre
III	INCORREÇÃO DO VALOR DA CAUSA	Deve emendar a inicial atribuindo à causa o valor correto e recolher as custas complementares	Se não for regularizado o valor e/ou recolhidas as custas
IV	INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL	Deve corrigir os vícios da petição inicial (imperícia do advogado)	Se a parte não regularizar os vícios apontados na peça inicial
V	PEREMPÇÃO		X
VI	LITISPENDÊNCIA		X
VII	COISA JULGADA		X
VIII	CONEXÃO	O processo é encaminhado ao juízo prevento	Não ocorre
IX	INCAPACIDADE DA PARTE DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO FALTA DE AUTORIZAÇÃO	Deve corrigir os vícios de representação apontados pelo juiz	Se a parte não regularizar os vícios de representação
X	CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (*)		X
XI	AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL	Quando possível, deve corrigir os vícios apontados pelo juiz	Se houver carência de ação
XII	FALTA DE CAUÇÃO OU DE OUTRA PRESTAÇÃO EXIGIDA	Deve prestar o que lhe compete	Se a parte não prestar o que lhe compete
XIII	INDEVIDA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA	Deve recolher as custas devidas	Se a parte não recolher as custas devidas

Na defesa **substancial**, o réu voltará sua atenção ao mérito da demanda, podendo produzir a defesa **direta** ou **indireta**. Na primeira, a defesa é contra a própria pretensão em si, devendo o réu negar o fato constitutivo do direito alegado pelo autor.

*Aplicação prática:* Em ação de cobrança de mútuo, o réu nega a existência de débito seu para com o autor.

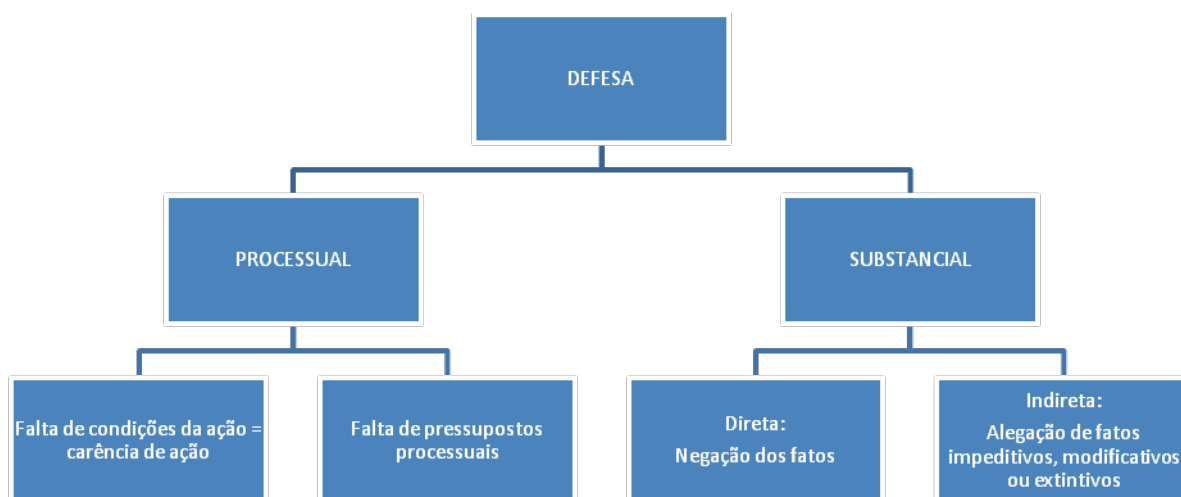
*Faz defesa de mérito direta.*

Na segunda, mesmo reconhecendo os fatos noticiados pelo autor, o réu, alegará, na defesa, algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito em que se funda a pretensão do autor.

*Aplicação prática:* Em ação de cobrança de mútuo, o réu reconhece o débito, mas alega que está precrito, ou que existe crédito dele para com o autor para ser compensado.

*Faz defesa de mérito indireta.*

Examinemos, em gráfico, a defesa no processo civil:



**A defesa, em sentido estrito,** no processo civil, compreende:

- **Contestação** (art. 335, CPC), que é a insurgência do réu contra a pretensão inicial do autor, cabendo-lhe alegar, em preliminares (art. 337, CPC) a falta de condição da ação (art. 337, IX, CPC) e/ou a inobservância dos requisitos processuais (art. 337, I a X e XII e XIII, CPC) e, na sequência, contestar o mérito (art. 341, CPC), apresentando a defesa que tiver, quer seja ela direta ou indireta. A não impugnação precisa dos fatos alegados pelo autor faz incidir a revelia (art. 344, CPC), que é a presunção de veracidade das alegações fáticas não impugnadas.
- **Reconvenção** (art. 343, CPC), na qual o réu formula pretensão sua, correlacionada com a causa de pedir deduzida pelo autor, para ser decidida pelo mesmo juízo, nos mesmos autos. Os sujeitos da reconvenção chamam-se reconvinte (o réu) e reconvindo (o autor).

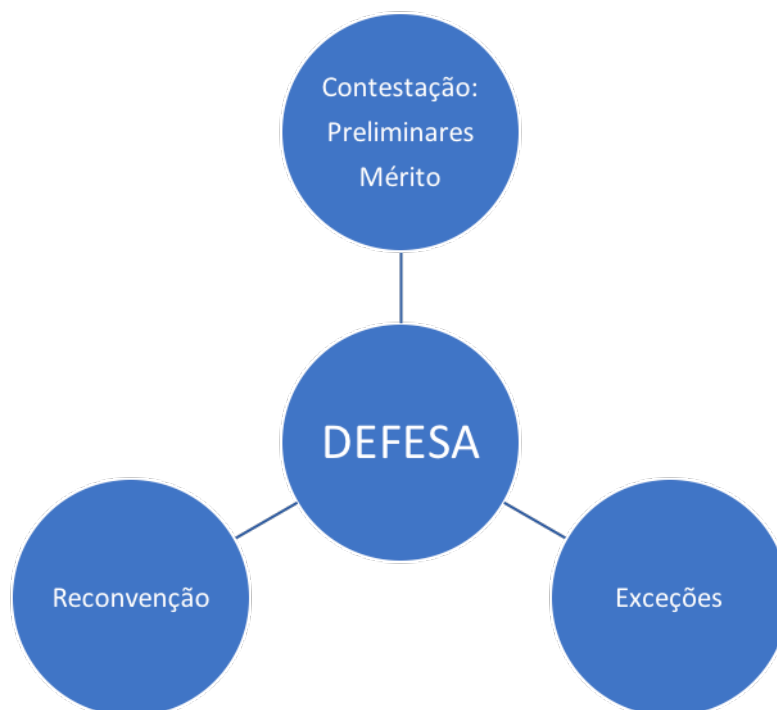
Nos procedimentos dos juizados especiais, a medida equivalente à reconvenção denomina-se pedido contraposto, podendo ser formulado na própria contestação.

- **Exceções** - as exceções desapareceram no CPC, mas permanecem na CLT, art. 799 a 802, bem como no CPP.

No processo civil, não existem mais as exceções, pois, no novo código de processo civil, tanto a incompetência relativa, como a absoluta, é arguida na contestação, em preliminar, e o impedimento e a suspeição do juízo, através de simples petição.

A exceção permanece nos processos trabalhista e penal. Em autos apartados, o excipiente alega fatos correlacionados ao impedimento e/ou à suspeição do juiz, do perito ou dos auxiliares do juízo. Destarte, a exceção é utilizada no processo penal, para arguir o impedimento do juiz (conforme art. 252 a 253, CPP), e, no processo do trabalho, para discuir eventual suspeição do juiz (conforme Parágrafo único do art. 801 e art. 802, CLT).

Vejamos a defesa, em gráfico:



No **Processo Penal**, há a defesa prévia e razões finais, admitida a apresentação de exceções de suspeição, incompetência do juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada (art. 95, CPP).

#### CONCURSO DE AÇÕES

Assim como vários remédios podem ser utilizados para tratar a mesma doença, em direito, um mesmo conflito pode ser solucionado por diferentes tipos de medidas judiciais. Quando o autor pode escolher entre as várias ações disponíveis, diz-se que há concurso de ações.

Portanto, há concurso de ações quando o autor pode escolher qualquer uma das vias disponibilizadas, pelo ordenamento jurídico, para dirimir o conflito, de forma que, escolhida uma, não poderá utilizar outra. Por isto é que se diz que há concurso de ações, na medida em que as opções são concorrentes, uma eliminando outra.

<i>Aplicação prática:</i> Em caso de vícios ou defeitos ocultos na coisa (bem), o lesado pode optar entre:
--

<i>Enjeitar o bem, propondo ação redibitória (art. 441, CC)</i>
---

<i>Aceitar o bem e pedir abatimento do preço, propondo ação “<i>quanti minoris</i>” (art. 442, CC)</i>
--

E, ainda:

<i>Aplicação prática:</i> Em caso compra “ <i>ad mensuram</i> ”, o lesado pode optar entre:
---

<i>Pedir a rescisão do contrato, com restituição das partes ao “<i>status co ante</i>”</i>
--

<i>Pedir a complementação da área</i>
---------------------------------------

<i>Pedir o abatimento do preço</i>
------------------------------------

Um registro faz-se necessário, pois, na verdade, o que concorre – e pode ser alterado - é o pedido, e não a ação, propriamente. Contudo, quando se altera o pedido, pode haver, também, alteração da ação, e é por isso que a doutrina examina o tema do concurso de ações.

### CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Em outras situações, o mesmo conflito pode ensejar várias ações, cumulativamente. Aqui, também, cabe a ressalva de que, o que se cumula são os pedidos, conforme previsão do art. 327, CPC, e não as ações. Contudo, diz-se que há cumulação de ações quando são formulados diversos pedidos (cumulação objetiva), sendo que um é complementar ao outro.

<i>Aplicação prática:</i> Quando o réu quer saber quem é o seu pai e dele receber alimentos.
--

Pleiteará a investigação de paternidade e, cumulativamente, os alimentos.
---

Outro exemplo de cumulação de ações:

<i>Aplicação prática:</i> Quando o autor é credor do réu de várias dívidas.
---

Pleiteará a cobrança de todas elas, desde que observe os requisitos legais.
---

Conforme art. 327, CPC, são requisitos para a cumulação de ações (a) a identidade de autor e réu, (b) que o mesmo juízo seja competente para julgar todos os pedidos; (c) que o procedimento adequado seja o mesmo, ou o autor opte pelo comum; e, (d) que haja compatibilidade entre os pedidos.

Não é necessário que exista conexão para que haja cumulação de ações.

Note-se que é preciso estar atento para não se confundir a cumulação de ações com a repetição de ações. Na cumulação, o juiz apreciará todos os pedidos cumulados, mas, ao contrário, na repetição, diz-se que não estão presentes alguns dos pressupostos processuais objetivos negativos e, neste caso, a sanção é a mesma que a da não satisfação de uma das condições da ação, ou seja, o processo é extinto, sem julgamento do mérito (art. 337, VI e VII, CPC), devido à ocorrência de litispendência ou coisa julgada.

## PROCESSO E PROCEDIMENTO

### TEORIAS

A identificação de distinções conceituais entre ação e processo foi sendo feita de forma gradual, conforme o desenvolvimento de várias teorias, a saber:

#### **Processo é um contrato:**

Teoria originária da *litiscontestatio* romana. O processo nasceria de acordo de vontades das partes, que decidiam se queriam ou não submeter a demanda à tutela jurisdicional; tal concepção está em desuso, pois o processo existe, independentemente, de vontade das partes.

#### **Processo é um quase-contrato:**

Teoria originária da obra De Pecúlio: *in iudicium quase contrahimus*. Por exclusão, o processo seria um quase contrato, já que não era contrato (ausente o acordo de vontades), nem um delito (mas, sim, um exercício de direitos). Parecia um contrato, embora não o fosse.

Igualmente à teoria contratualista, a do “quase contrato” também sucumbiu, devido à ausência do elemento volitivo, pois o processo existe, independentemente de vontade das partes.

#### **Processo é uma instituição:**

Teoria defendida por Couture a partir da idéia de instituições defendida por Maurice Hauriou e George Renard, para quem estariam presentes, no processo, os três elementos identificadores de instituição: (a) um grupo de pessoas trabalhando para a realização de um fim comum; (b) a existência de um centro de poder e uma hierarquia; e, (c) a durabilidade da obra. Entretanto, instituições são o Estado, a família, a igreja – não o processo, que possui características próprias, distintas daquelas.

#### **Processo como situação jurídica:**

Segundo James Goldschmidt<sup>177</sup>, o processo é uma série de expectativas, ônus e possibilidades jurídicas, ou meras situações jurídicas. Estes elementos existem, sim, no processo, mas não de forma isolada; constituem uma relação jurídica, como afirmara Bülow, de quem Goldschmidt discordava, ao argumento de que a relação jurídica só nasce quando satisfeitos os pressupostos processuais.

### **Processo como relação jurídica:**

Oskar von Bülow<sup>178</sup>, que sistematizou, em 1868, as idéias de Búlgaro, a respeito da relação jurídica processual. Para ele, o processo é uma relação jurídica de sujeitos que se vinculam em torno de um ou mais objetos, daí emergindo direitos, deveres, ônus e faculdades.

De fato, é inegável que existe uma relação jurídica de direito material e outra de direito processual; nesta existem:

- (a) Três sujeitos - juiz e partes, uma ativa e outra passiva - formando uma relação triangular, em cujo ápice está o juiz, representante do Estado, impondo às partes sua autoridade;
- (b) Um objeto, que, diferentemente da relação de direito material – ou seja, o bem da vida - é a prestação da tutela jurisdicional, a ser exercida contra o Estado - e não contra o réu;
- (c) Diversos vínculos, decorrentes da continuidade da relação, fazendo nascer deveres processuais para os sujeitos, tanto para as partes - tais como o de se sujeitar ao poder de polícia durante a audiência - e, também, poderes – como por exemplo o de exigir a prestação jurisdicional - como para o juiz – como por exemplo o direito de exigir a lealdade processual e o poder de determinar a realização de diligências.

Portanto, essa é a teoria predominante, na atualidade, que concebe o processo como uma relação jurídica de natureza pública.

Contudo, convém observar os estudos desenvolvidos por GIOVANNI CONSO<sup>179</sup>, autor da teoria do processo como uma entidade jurídica complexa. Para ele, o processo se materializa através de um procedimento, cuja estrutura revela o encadeamento de atos, cada qual deles guardando sua particular conceituação e função, todos, entretanto, vinculados por um nexo de antecedente e consequente, que os articula finalisticamente, tendo-se em vista o resultado final típico perseguido, que é a prestação jurisdicional. Uma *fattispecie* complexa de formação sucessiva, do tipo procedimento.

<sup>177</sup> *Derecho Procesal Civil*, Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: 1956, p. 8.

<sup>178</sup> *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Europa-America, 1964.

<sup>179</sup> *I fatti giuridici processuali penali*. perfezione ed efficacia. Milão, Giurffrè, 1955, p. 115 e ss

Nesse ponto, a questão é diferenciar processo de procedimento, e parece que não há mais dúvidas quanto a isso, pois processo é a sequência de atos processuais, e procedimento é o modo pelo qual estes são realizados, fazendo a tramitação do processo.

Outra questão relevante a ser considerada após o advento do novo CPC é quanto às opções políticas, porém ditas científicas, feitas pelo legislador brasileiro, quanto à natureza jurídica dos pressupostos processuais, que são a base teórica do processo, sendo necessário distingui-los nos três planos: os de existência, que são pressupostos, propriamente ditos; os de validade, que seriam meros requisitos, e, ainda, os de eficácia.

### CONCEITOS:

Em sentido amplo, **processo** é um conjunto coordenado e lógico de atos, praticados por diversos sujeitos, em diferentes momentos, tendentes ao alcance de um resultado final previamente almejado.

Em sentido estrito, **processo** é uma sequência de atos interdependentes e definidos em lei, que são praticados em diferentes momentos por diversos sujeitos, sempre de forma coordenada e progressiva, estando o ato posterior na dependência da finalização do antecedente, os quais se desenvolvem perante o órgão competente do Poder Judiciário, e que são destinados a solucionar litígios, com vinculação do juiz e das partes a uma série de direitos e obrigações, com vistas à obtenção de um resultado final, que consiste num provimento jurisdicional específico - do qual a sentença é uma espécie.

O **processo** é um “actum trium personarum”, ou seja, uma relação entre três pessoas, em que um litigante (autor) pede ao Estado (juiz) que lhe reconheça ou faça valer um direito em face de outra pessoa (que será o réu).

O processo é instrumento técnico através do qual o Estado exerce a jurisdição, com a finalidade de dar uma resposta ao direito de ação, apresentado pelo autor, dizendo a quem pertence o direito e/ou o executando.

**Procedimento** não é processo. Procedimento é, sim, o modo pelo qual o processo tramita (em linguagem vulgar, “anda” ou “caminha”); é a maneira pela qual os atos do processo se encadeiam e se desenvolvem, até a obtenção do resultado final; é o rito ou o modo de andamento do processo. O procedimento não é ditado pelo juiz nem pelas partes; cabe à lei eleger qual é o procedimento adequado para cada espécie de ação, o que é feito levando em consideração

critérios de política jurídica, tais como valor do conflito ou a natureza do direito lesado, em direito processual civil; a gravidade da lesão, em direito processual penal; e, o valor da causa, em direito processual trabalhista.

## **NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO JUDICIAL: RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL**

### **1.1.38 CARACTERÍSTICAS:**

Não há unanimidade, na doutrina, acerca das características do processo; entretanto, elencaremos algumas delas, selecionando as que permitem diferenciar o processo de outros institutos jurídicos, especialmente, da ação. São elas:

- **Progressividade:** o processo é um caminhar para a frente, de forma progressiva, sempre de marcha avante, de tal modo quem o ato subsequente depende do antecedente; a preclusão é um instituto jurídico que tem a função de impedir o recuo do processo.
- **Tripolaridade:** o processo tem caráter tríplice; dele participam, inevitavelmente, o juiz, o autor e o réu.
- **Publicidade,** devido ao caráter público dos atos processuais, que são realizados de forma pública, salvo exceções legais.
- **Triangularidade,** devido à relação triangular - composta do autor, do juiz e do réu - que sempre existe no processo. O juiz preside o processo, sendo o interlocutor entre o autor e o réu.
- **Complexidade:** o processo compreende uma série extensa de direitos, deveres, ônus, faculdades, poderes e obrigações, que vão se alternando durante o seu desenvolvimento, possibilitando a alteração dos vínculos existentes entre os sujeitos.
- **Autonomia:** o processo é autônomo da relação jurídica de direito material e possui objeto e partes distintos, sendo possível que se instaure um processo sem que exista lesão de direito material.
- **Instrumentalidade:** apesar de o processo possuir autonomia, sua principal finalidade é ser instrumento de restauração do direito material lesado.
- **Dinamismo:** o processo é dinâmico e, no seu curso, os vínculos processuais se alteram, assim como os deveres e obrigações; estes traços também identificam a complexidade.
- **Objeto:** o processo tem uma finalidade específica, que é a prestação jurisdicional; nisto está uma sensível diferença da relação jurídico processual com a relação de direito material.



Há outras características, enumeradas por autores diversos, que entendemos estejam inseridas nas acima mencionadas. Fala-se em unidade, que é conferida pela sentença - finalidade última dos atos processuais – mas, pelo que entendemos, tal não chega a ser uma característica. Fala-se, também, da relação jurídico-processual, devido ao poder de império (*jus imperi*) do Estado, exercido pelo juiz, com substituição da vontade das partes, mas, pensamos, tal característica é da jurisdição, e não do processo.

### ESPÉCIES E FUNÇÕES

Quando se exercita o direito de ação, instaura-se um processo; portanto, as espécies de processo coincidem com as espécies de ação, que já foram estudadas sob o título “classificação das ações”, ao qual remetemos o leitor.

Relembre-se que o direito de ação pertence ao autor, e que o processo tem a finalidade de dar ao jurisdicionado uma resposta, quanto ao direito de ação que foi exercitado perante a jurisdição.

Conforme disposição expressa do Código de Processo Civil, são duas as espécies de processo: o processo de conhecimento e o processo de execução.

Reafirmamos que, toda vez que se exercita o direito de ação, aciona-se a jurisdição, e esta dá início a um processo, pelo que a cada ação corresponde um processo. Ressalva-se, porém, que há possibilidade de cumulação de ações (ou seja, de pedidos) em um único processo, observados os requisitos legais.

Assim, remetendo o leitor ao Capítulo DA AÇÃO, reafirma-se, em apertada síntese, que o processo é de **conhecimento** quando o autor pede ao juiz que reconheça o seu direito; logo, a prestação jurisdicional incide sobre uma pretensão e culmina com uma sentença, que declara e/ou constitui direitos, ou condena o réu a pagar quantias, a fazer ou não fazer alguma coisa.

O processo será de **execução** quando o autor pede ao juiz que faça valer um direito previamente reconhecido por sentença, ou que conste de títulos aos quais a lei confere o caráter de executoriedade.

Com as recentes alterações legislativas no campo do direito processual civil, o antigo processo de execução de sentença foi eliminado do ordenamento jurídico processual pátrio e passou a ser uma FASE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, denominada cumprimento de sentença, ficando o processo de execução para o cumprimento do direito consubstanciado na sentença arbitral e nos demais títulos executivos extrajudiciais, tal como definido pela lei.

No processo penal, o processo assume feição cognitiva, já que a execução da sentença é feita pelo poder executivo, sob a supervisão do poder judiciário; quando o CPP se refere a processos por espécie, no livro II, reporta-se, em verdade, a procedimentos.

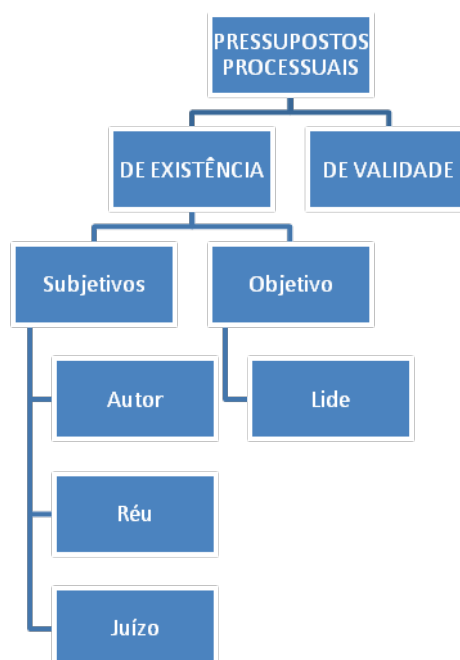
No processo trabalhista, há o processo de conhecimento (Título X, Capítulo II) e o de execução (Capítulo V).

### **PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

Pressupostos processuais são os requisitos necessários para a válida instauração da relação jurídico-processual e seu adequado desenvolvimento. A inobservância de alguns deles importa em extinção do processo, sem resolução do mérito, e a falta e/ou a inobservância de outros possibilita a correção dos vícios processuais e a recondução do processo ao eixo de desenvolvimento válido, conforme art. 485, CPC (vide quadro específico, no tópico Defesa).

O desenvolvimento dos estudos do processo, em sentido estrito, levou à conclusão de que não existe processo jurisdicional sem a presença de alguns requisitos, ditos pressupostos processuais de existência, que são as partes – uma autora e outra ré – e o juízo. Como estes pressupostos dizem respeito aos sujeitos que atuam no processo, diz-se que são pressupostos subjetivos. Há, também, um pressuposto processual de existência que não diz respeito às pessoas, mas ao próprio objeto do processo; por isto, diz-se que o pressuposto processual objetivo é presença de lide, ou seja, de uma relação jurídica controvertida, o que significa dizer que inexistente processo sem a existência de uma situação litigiosa sobre a qual as partes pedem o pronunciamento do juízo.

Vejamos os pressupostos processuais de existência do processo neste quadro sinótico, e no seguinte, os pressupostos processuais de validade:



Há outros pressupostos processuais que não estão vinculados à existência do processo, mas, sim, à sua validade, de tal modo que a sua inobservância conduz à nulidade do processo ou de alguns atos processuais, conforme o caso. Alguns autores falam em requisitos, e não pressupostos, e incidem sobre os pressupostos processuais de validade, como passamos a analisar.

No que se refere à atuação dos sujeitos processuais, não basta que estejam presentes, no processo, a figura do Estado, através do juiz, e das partes; é necessário que cada qual ostente as qualidades exigidas pela lei. Destarte, temos como pressupostos processuais subjetivos, relativos ao juiz:

- A investidura, significando que o juiz deve estar investido no cargo e função de magistrado, de acordo com os requisitos que, no Brasil, estão delineados na Constituição;
- A imparcialidade, pois as sucessivas declarações universais de direitos humanos exigem que o julgador seja pessoa imparcial, o que significa dizer que, no mínimo, não esteja impedido, nem seja suspeito; e,
- A competência, sendo necessário que o juízo – e não o juiz - seja competente para o processamento e julgamento daquela específica demanda, de acordo com as exigências contidas na Constituição, quanto à competência absoluta, e na legislação infraconstitucional, quanto à competência relativa, observando-se, quanto a esta, que haverá prorrogação se não for arguida, o que leva à conclusão de que não interfere na validade do processo.

Quanto às partes – tanto autora quanto ré – é indispensável, sob pena de nulidade do processo, que ostente a tríplice capacidade:

- A **capacidade de ser parte**, ou seja, que tenha personalidade jurídica, sendo titular de direitos. Podem ser parte a pessoa natural ou jurídica, além de entes despersonalizados, enumerados em lei, tais como a massa falida, o espólio, a herança jacente e o condomínio.
- A **capacidade de estar em juízo**, ou seja, é necessário que a parte tenha capacidade para o exercício de direitos, nos termos do Código Civil, que a atribui a toda pessoa em gozo de seus direitos (Art. 7º), exigindo a representação para o absolutamente incapaz, e a assistência, para o relativamente incapaz (Art. 8º).

Veja-se que um incapaz, como o é o menor de idade, é titular de direito, mas não o é, de fato, necessitando ser representado ou assistido, para a prática de todos os atos jurídicos,

inclusive, os processuais. As pessoas jurídicas de direito público e privado e os entes despersonalizados atuam em juízo e ali são representados na forma prevista no art. 75, CPC.

As sociedades atuam na forma de seus estatutos, enquanto as pessoas jurídicas de direito público atuam na forma prevista no CPC e na CF, ou seja, a União, pela Advocacia Geral da União; os Estados, por seus Procuradores; e, os Municípios, por seu respectivo Prefeito ou Procurador.

Quando pessoas físicas litigam acerca de direitos reais imobiliários, o art. 73, CPC, exige a autorização do outro cônjuge ou que se estabeleça o litisconsórcio entre eles, exceto se casados sob o regime da separação absoluta de bens.

- A **capacidade postulatória**, ou seja, a parte atua em juízo representada por um advogado, exceto quando a lei facultar o “ius postulandi”, isto é, que ela se dirija ao juízo sem estar representado por profissional habilitado à representação processual. Portanto, a parte deve ser advogado ou estar representado por um, quando necessário. As exceções compreendem a atuação sem advogado em ações de Habeas Corpus; Juizados Especiais Cíveis, em causas no valor de até vinte (20) salários-mínimos; na Justiça do Trabalho, quando empregado ou empregador; em casos de purgação de mora em ação despejo e alienação fiduciária.

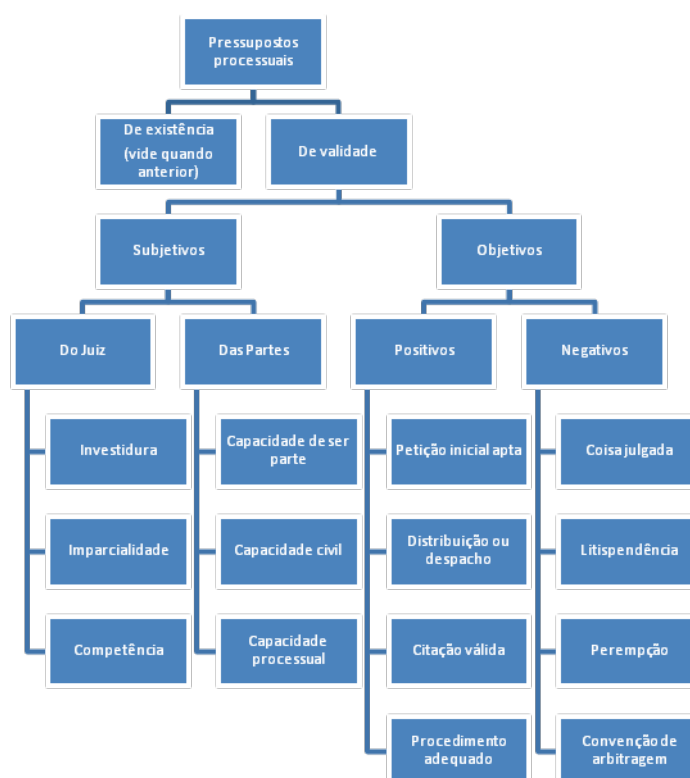
Além dos pressupostos pertinentes às partes, há outros, que dizem respeito a circunstâncias, cuja observância é indispensável ao desenvolvimento regular do processo. A estes, a doutrina chama de pressupostos processuais objetivos, que podem ser positivos e negativos. Os **positivos** são assim identificados porque devem estar presentes no processo válido, de tal modo que, se não estiverem, o processo é extinto, no exame dos pressupostos processuais, ou são declarados nulos os atos processuais. São eles:

- Petição inicial não inepta, ou seja, peça apta, com a observância de todos os requisitos do art. 319, CPC;
- Distribuição, onde há mais que um juiz atuando, ou despacho do juiz (art. 312), para garantir a publicidade processual, a começar pelo registro do ato inicial, bem com o para interromper o prazo da prescrição, por uma única vez, como determina a legislação civil;
- Regularidade formal, que consiste na observância do que a lei exige (art. 319);
- Citação válida (art. 239), sob pena de nulidade (art. 276 e 277);
- Procedimento adequado (ou opção pelo comum).

Há outros pressupostos processuais que são ditos **negativos**, porque não podem estar presentes; se estiverem, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, ao exame dos pressupostos processuais. Eles estão previstos nos incisos do art. 485, CPC, e são:

- Coisa julgada;
- Litispendência;
- Perempção (extinção do processo, anteriormente, por três (3) vezes, por abandono); e,
- Convenção pela arbitragem – esta só pode ser reconhecida se alegada pela parte, não podendo sê-lo de ofício.

Vejamos os pressupostos processuais de validade do processo neste quadro sinótico:



## CONTEÚDO OBJETIVO DO PROCESSO

Já conhecemos o conteúdo subjetivo do processo, ou seja, quem são os sujeitos processuais: o juiz e as partes. Passemos, agora, ao exame do conteúdo objetivo do processo, ou seja, do quê ele se compõe.

### **1.1.39 QUESTÕES PRELIMINARES**

São questões processuais que devem ser verificadas antes do exame meritório; trata-se da observância rigorosa e prévia das condições da ação e dos pressupostos processuais, como abordagem preliminar ao mérito.

### **1.1.40 QUESTÕES PREJUDICIAIS**

São questões que devem ser decididas depois das preliminares, mas ANTES do mérito, pois interferirão na decisão, até impedindo a apreciação do mérito.

Ex1.: Rescisão de contrato por violação de uma cláusula, que a parte alega ser nula. Esta nulidade é prejudicial à decisão sobre a rescisão, pois se a cláusula for julgada nula, o pedido de rescisão ficará prejudicado.

Ex2.: A prescrição é questão prejudicial ao mérito, pois se há prescrição, a análise do mérito não será feita.

### **1.1.41 QUESTÕES DE MÉRITO**

Para Carnelutti, o mérito seria a lide, ou seja, “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”.

Para Liebman, o mérito é o pedido, pois só pode haver pronunciamento jurisdicional acerca do pedido, independentemente da extensão da lide.

Simplificadamente, o mérito é o pronunciamento jurisdicional sobre a relação jurídica material deduzida em juízo: a locação, na ação de despejo; a nulidade, na ação de nulidade; a relação creditícia, na ação de cobrança.

O exame do mérito é o cerne da atividade jurisdicional.

### **1.1.42 TUTELA PROVISÓRIA E TUTELA ESPECÍFICA**

O art. 301 a 311, do CPC, permite a antecipação, parcial ou total, da tutela jurisdicional pretendida, se atendidos os requisitos legais. Além da norma de caráter geral, há, também, a possibilidade de se fazer a antecipação específica, quanto à obrigação de fazer ou não fazer (art. 497), bem como quanto à obrigação de entregar coisa (art. 498).

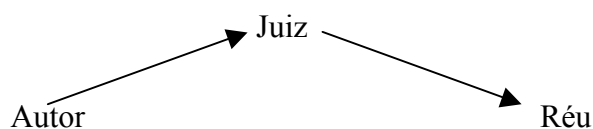
## **COMPOSIÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO**

São sujeitos que atuam no processo:

**Autor:** Quem pede;

**Juiz:** O órgão jurisdicional estatal encarregado da jurisdição;

**Réu:** Em face de quem se pede.

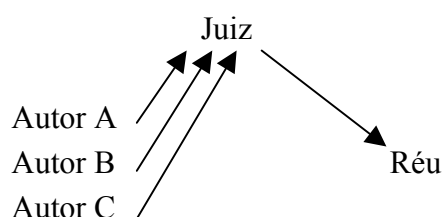


Cada qual das partes – autora e ré - pode atuar isoladamente ou em conjunto com outrém, desde que entre elas haja comunhão de direitos ou obrigações em relação à lide; os direitos ou obrigações objeto da lide derivem do mesmo fato ou fundamento jurídico; haja conexão entre as causas. Aliás, basta que haja afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito para que as partes atuem em litisconsórcio, como se conclui pela leitura do art. 113, CPC. O litisconsórcio dá origem à figura do litisconsorte, que significa pluralidade de partes.

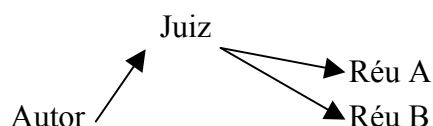
Há várias espécies de litisconsórcio, cada qual com características distintas, o que permite classificar o instituto por vários critérios. A classificação adotada pela doutrina majoritária utiliza os seguintes critérios:

#### 4.7.2.2.a - Quanto às partes:

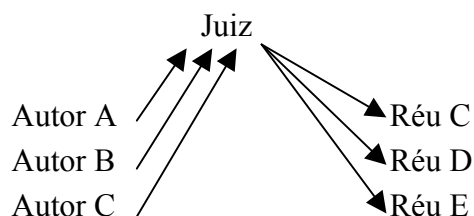
- **Ativo:** vários autores



- **Passivo:** vários réus



- **Misto:** vários autores e vários réus



#### 4.7.2.2.b - Quanto ao momento (tempo) em que se instaura:

- **Originário:** constituído pelo autor no momento da propositura da ação;
- **Posterior:** constituído pelo réu, após a propositura da ação, através do incidente de intervenção de terceiros denominado chamamento ao processo.

#### 4.7.2.2.c - Quanto à necessidade:

- **Facultativo** – quando nasce da vontade das partes (art. 113);
- **Necessário** – quando decorre da exigência legal (Art. 114) ou da necessidade de uma decisão que seja uniforme para todos os envolvidos na lide.

### 1.1.43 TERCEIROS NO PROCESSO

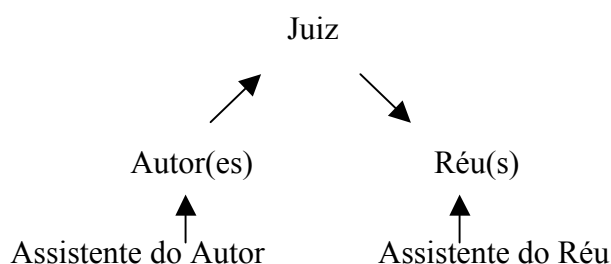
A composição inicial do processo pode ser alterada, com o ingresso posterior de outros sujeitos, além das partes primitivas - autor e réu - e tal providência é permitida, pela lei, com função de auxiliar as partes ou uma delas, nos casos especificados na legislação processual civil. São considerados terceiros, em relação às partes, e cada qual tem uma participação diferenciada na realização dos atos processuais. Vamos apresentá-los por ordem de importância, sendo que em primeiro lugar aparecem os institutos em que o terceiro tem menor influência e, em último, aqueles cujo papel é mais importante, chegando ao ponto de substituir uma das partes.

#### 1.1.44 ASSISTÊNCIA:

A assistência está prevista nos art. 119 a 124, CPC. Na assistência, o assistente ingressa no processo não como parte, mas como coadjuvante de uma das partes, para auxiliá-la.

*Ex1.: Pedro é locador de um imóvel a Maria, com fiança de José e promove ação de cobrança em face de Maria; José, sabendo de sua responsabilidade, ingressa em juízo para colaborar na defesa de Maria.*

*Ex.2: O Ministério Público ajuíza ação penal pública em face de Maurício, que matou Maria; o filho de Maria ingressa em juízo para colaborar com o MP e obter a condenação do réu.*



A assistência é uma forma suave de intervenção de terceiros no processo, que comparece de duas formas, com efeitos distintos, atribuindo a lei ao terceiro poderes diferentes. Com base nestes elementos (poderes do terceiro e efeitos da intervenção), a assistência pode ser:



**4.7.2.1. Simples** (art. 121): Ocorre quando o terceiro tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, mas os seus efeitos não o atingirão, pois a relação jurídica que existe entre a parte que passa a ser assistida e o assistente é distinta da que há entre autor e réu.

Ex.: João é credor de Pedro, referente a dinheiro que lhe emprestara. Paulo, também credor de Pedro, possui crédito não recebido de Pedro, e ajuíza ação. Paulo quer que a ação de João seja julgada improcedente, para que Pedro não seja desfalcado em seu patrimônio e possa receber seu crédito. Paulo ingressa em juízo, como assistente simples.

**4.7.2.2 Litisconsorcial** (art. 124): É a situação em que o terceiro, que é o substituído, ingressa no processo em que o autor é o substituto processual. Neste caso, o assistente mantém relação jurídica com o adversário do assistido (que é o autor).

Ex. O sindicato ajuíza ação para pleitear adicional de insalubridade para os sindicalizados. Joaquim, um dos sindicalizados, ingressa em juízo, como assistente litisconsorcial.

Portanto, a diferença entre uma e outra é que, na assistência simples, a relação jurídica do assistente é com o assistido, e na litisconsorcial, a relação é com o adversário do assistido.

#### **1.1.45 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS:**

Há outras situações em que o terceiro ingressa no processo, por razões diversas, identificadas na lei processual civil. São elas:

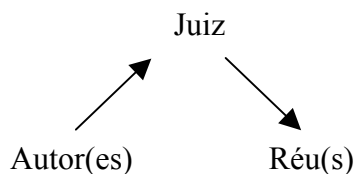
**Denúncia da Lide:** É a convocação de um terceiro para compor o processo, podendo ser facultativa ou obrigatória (art.125 a 129, parágrafo único)

**Chamamento ao Processo:** É o estabelecimento de um litisconsórcio facultativo ulterior (art. 130);

**Desconsideração da personalidade jurídica:** É a forma de inclusão dos sócios na relação jurídica processual, nas hipóteses legais (art.136-137)

## QUADRO SINÓTICO IV – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Os sujeitos do processo são as partes e o juiz.



As **partes do processo** são o sujeito ativo e passivo da relação processual, e devem ostentar a tríplice capacidade:

**a) Capacidade de ser parte**, ou seja, ter personalidade jurídica. Podem ser parte as pessoas naturais, inclusive o nascituro, as pessoas jurídicas, tanto as de direito público quanto as de direito privado, e os entes despersonalizados.

**b) Capacidade para o exercício dos atos processuais** (*legitimatío ad processum*), nos termos legais:

capacidade processual plena (pessoas capazes: art. 70);

capacidade processual limitada (pessoas relativamente incapazes devem ser assistidos; os cônjuges devem participar da relação, quando a lei determina (art. 73, CPC);

incapazes (devem ser representadas por seu representante legal ou curador: art. 71 e 72);

pessoas jurídicas de direito privado: (art. 75);

pessoas jurídicas de direito público: a União, pela Advocacia Geral da União; os Estados, pelo Procurador; o Município, pelo Prefeito ou Procurador.

**c) Capacidade postulatória**, que consiste em estar representação por advogado, exceto quando houver dispensa legal.

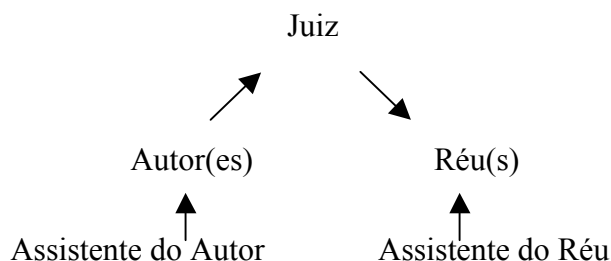
Além das partes, **TERCEIROS**, que não são, inicialmente, partes no processo, mas detêm interesse jurídico na demanda, podem participar da relação processual, quando autorizados pelo juízo.

São as seguintes as espécies de intervenção de terceiros:

### **ASSISTÊNCIA** (art. 119 a 124).

Na assistência, o assistente ingressa no processo não como parte, mas como coadjuvante da parte, para auxiliá-la.

Ex.: *Pedro é locador de um imóvel a Maria, com fiança de José e promove ação de cobrança contra Maria; José, sabendo de sua responsabilidade, ingressa em juízo para colaborar na defesa de Maria.*

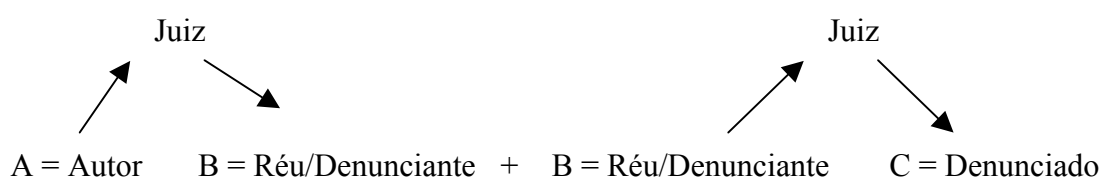


### **DENUNCIAÇÃO DA LIDE** (art. 125 a 129)

Na denunciação da lide, uma das partes, normalmente o réu (pode, também, ser o autor), que é o denunciante, convoca o denunciado para integrar o processo, preparando o terreno para, se vier a sucumbir na demanda, promover, nos próprios autos, uma ação regressiva contra o denunciado, deste exigindo o que pagou.

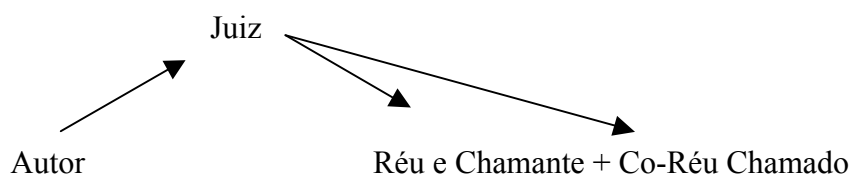
Ex. *Maurício promove uma ação de reparação de dano em face de Tatiana; esta denuncia a Seguradora Brasil à lide.*

O denunciado assiste o denunciante, pois tem interesse em que este seja vencedor, para não ser afetado pelo direito de regresso daquele que cumprir a obrigação.



### **CHAMAMENTO AO PROCESSO** (art. 130 a 132)

No chamamento ao processo, o réu – denominado chamante – convoca o terceiro – que é um co-obrigado - para que este integre a lide como seu litisconsorte, ou seja, como corréu. O autor passa, então, a acionar dois: o réu e o chamado, em solidariedade.





## ATOS PROCESSUAIS

No mundo dos **fatos**, há os que são juridicamente irrelevantes (chuva, sol) e **os fatos jurídicos** – estes, os que interessam ao direito - dentre os quais há os fatos jurídicos *stricto sensu*, que é o fato natural suscetível de produzir efeitos jurídicos (nascimento, morte), e os **atos jurídicos lato sensu**, que resultam da atividade humana consciente. Dentre estes estão os atos jurídicos e os negócios jurídicos.

O ato processual é uma espécie do ato jurídico; é o acontecimento previsto nas normas processuais como capaz de produzir o nascimento, a conservação, a modificação, a transferência ou a extinção da relação jurídico-processual.

O somatório dos atos processuais praticados – do começo ao fim - é que compõe o processo.

### **Desenvolvimento do processo: formação, suspensão e extinção**

O Processo Civil comum tem início com a PETIÇÃO INICIAL, subscrita por advogado e encaminhada ao órgão competente do Poder Judiciário. Segue-se a DISTRIBUIÇÃO (nas localidades em que há mais que um juízo ou cartório), ou o DESPACHO inaugural do juiz, que, via de regra, determina o registro, a autuação da peça inicial, a citação da parte adversa bem como sua intimação para a audiência de conciliação.

Na sequência, realiza-se a CITAÇÃO - exceto em excepcionais situações em que, por determinação ou autorização legal, este ato é realizado num momento posterior. É o que ocorre, por exemplo, na Ação de Busca e Apreensão pelo Decreto-Lei 911/69 (determinação legal), ou quando o autor requer e o juiz concede tutelas provisórias, ou liminar (autorização legal).

Citado, o réu tem o prazo legal para comparecer à audiência de conciliação e, se inconciliados, oferecer sua RESPOSTA, no prazo de 15 dias, o que pode fazer sob a forma de contestação e/ou reconvenção. Após a resposta, faculta-se a vista dos autos à parte autora, para a IMPUGNAÇÃO, se o réu juntar documentos novos. Se o réu não oferecer resposta, ocorre a REVELIA, quanto à matéria fática.

Com a tese do autor e a antítese do réu – ou sem resposta - o juiz analisa os aspectos processuais, verificando se o processo tem condições de seguir avante e o autor tem direito a uma sentença de mérito. Se as condições da ação não tiverem sido satisfeitas, ou se os

pressupostos processuais não tiverem sido observados, o juiz profere, de imediato, SENTENÇA, extinguindo o processo sem resolução de mérito, salvo se for o caso de regularização, em que a determinará, assinando prazo para tanto. Se, todavia, todas as condições da ação estiverem presentes e todos os pressupostos processuais tiverem sido observados, o juiz tem dois caminhos a seguir: havendo revelia, ou se a questão for só de direito, ou sendo de direito e de fato, estes estiverem documentalmente provados nos autos, o juiz deve proferir a SENTENÇA DE MÉRITO; se a questão de fato depender de prova, o juiz determina às partes que especifiquem as provas com as quais desejam demonstrar suas alegações. Com ou sem especificação, o juiz volta ao exame dos autos, deferindo ou determinando as PROVAS tidas por necessárias, designando a data para a realização da AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. Encerrada a produção de provas, as partes produzem suas ALEGAÇÕES FINAIS (que podem ser substituídas, a pedido, por MEMORIAIS). Assim instruído o feito, os autos são encaminhados ao juiz, para a SENTENÇA. Proferida a sentença, o ato é registrado e publicado, abrindo-se, a partir de então, o prazo para os RECURSOS.

A sentença é, pois, a manifestação da vontade do Estado acerca da pretensão do autor, que deve ser cumprida; por isto, o processo prossegue, com a prática de atos tendentes ao CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.

O Processo Penal ordinário tem início com a DENÚNCIA ou QUEIXA, caso se trate de ação penal pública ou privada. A ação penal privada é de iniciativa do ofendido ou seu sucessor. Na ação penal pública, a iniciativa é do Ministério Público. Antes, porém, houve a instauração de um INQUÉRITO POLICIAL, perante a autoridade policial competente, cuja função é a apuração do fato e da sua autoria. Concluída a investigação, o Delegado elabora um RELATÓRIO e encaminha o inquérito ao Poder Judiciário, onde é distribuído e encaminhado ao juiz, que o recebe e profere despacho, determinando a autuação e o encaminhamento ao órgão do Ministério Público. Se o órgão Ministerial visualizar, no Inquérito, a existência de fato punível, cuja autoria está identificada, oferece a denúncia; se entender que não, determina o arquivamento do inquérito, podendo, ainda, solicitar novas diligências.

Quando os autos são devolvidos, pelo Ministério Público, ao Poder Judiciário, com a DENÚNCIA, o juiz a examina e profere despacho, recebendo-a ou não. O não recebimento da denúncia se dá nas raras situações previstas em lei, devido a ausência de condições da ação. Se a recebe, determina a citação do réu, assinando-lhe prazo para defesa.

Na sequência, realiza-se a CITAÇÃO - exceto em excepcionais situações em que, por determinação ou autorização legal, este ato é realizado num momento posterior. É o que ocorre, por exemplo, quando o autor requer e o juiz concede a prisão preventiva.

CITADO, o réu tem o prazo legal (10 dias) para apresentar sua defesa, nela arguindo questões processuais, em preliminares, bem como oferecendo documentos e justificações, e, ainda, especificando as provas e serem produzidas, arrolando, também, suas testemunhas. Se não o fizer, o juiz nomear-lhe-á defensor. Com a resposta, o juiz procederá ao exame dos autos, para verificar se é o caso de absolvição sumária do réu, se ocorrer uma das hipóteses descritas no art. 397, CPP. Caso contrário, receberá a denúncia ou queixa e designará audiência, para a colheita da prova testemunhal - primeiro as do autor e depois as do réu - e interrogatório do acusado. Realizados os atos instrutórios, abre-se o prazo para as partes requererem a realização OUTRAS DILIGÊNCIAS probatórias. Encerrada a produção de provas, as partes oferecem suas ALEGAÇÕES FINAIS, onde - aí sim - o réu deve concentrar todo o seu esforço na lapidação de sua tese defensiva. Assim instruído o feito, os autos são encaminhados ao juiz, para a sentença. Proferida a SENTENÇA, o ato é registrado e publicado, abrindo-se, a partir de então, o prazo para os RECURSOS.

A sentença é, pois, a manifestação da vontade do Estado acerca da pretensão do autor, que deve ser cumprida; por isto, o processo prossegue, com a prática de atos tendentes à EXECUÇÃO DA SENTENÇA.

Após tudo isto, com a sentença devidamente cumprida, finaliza-se o processo, cujos autos são encaminhados ao arquivo.

#### **1.1.46 ATOS PROCESSUAIS E FATOS PROCESSUAIS**

##### **Atos processuais:**

São os atos que são realizados pelos vários sujeitos processuais, na forma prevista em lei, para o desenvolvimento do processo.

##### **Forma:**

Os atos processuais são públicos, sob pena de nulidade, porque a publicidade é garantia constitucional duplamente assegurada, na CF, art. 5º., inc. XII, e no art. 93, IX.

A forma dos atos processuais é a determinada, expressamente, em lei.

Os atos processuais são documentados, em regra, de forma escrita, admitindo-se a forma gravada, nos juizados especiais, bem como a forma virtual.

A língua portuguesa é da substância do ato processual, de tal modo que depoimentos de estrangeiros serão tomados com a participação de intérpretes e documentos em língua estrangeira deverão ser traduzidos.

**Lugar:**

Os atos processuais são realizados, em regra, na sede do juízo (art. 217), exceto em casos de (a) deferência; (b) interesse da justiça; ou (c) obstáculo argüido pela parte e acolhido pelo juiz.

**Tempo:**

Os atos processuais são realizados nos dias úteis, no horários das 06h00 às 20h00 (art. 212). Fora desse horário, só se realizam atos processuais com prévia autorização judicial.

Outrora, os meses de julho e janeiro eram reservados às férias forenses - quando só se praticavam os atos descritos na lei; todavia, a EC-45/05 as suprimiu. Atualmente, há recessos forenses, normalmente, por ocasião das festas de fim-de-ano, quando os prazos processuais são suspensos e só se praticam atos processuais reputados urgentes, em um plantão forense.

Os atos processuais classificam-se, quanto ao sujeito processual que os praticam, em atos das partes, atos do juízo e atos dos auxiliares do juízo.

**Atos das partes**

Os atos das partes subdividem-se em atos de manifestação de vontade e atos materiais. São atos de manifestação de vontade os (a) atos postulatórios, que consistem na formulação de pedidos, postulações ou requerimentos; (b) atos persuasórios, através dos quais os sujeitos tentam convencer o julgador de suas razões, colacionando citações doutrinárias e jurisprudenciais; (c) atos dispositivos, tais como os de desistência da ação ou eleição do foro; e, (d) os atos probatórios, que consistem nas várias diligências probatórias, tais como a colheita da prova testemunhal ou pericial. Os atos materiais consistem em pagamento de custas ou retirada de autos.

**Atos do juiz (art. 203) e respectivos prazos (art. 226):**

Os atos do juiz consistem em despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

Os despachos são atos através dos quais o juiz impulsiona, simplesmente, o andamento do feito, determinando a prática de atos de mero expediente, os quais podem ser realizados pelo escrivão ou diretor de secretária. Devem ser proferidos no prazo de cinco dias (Art. 226, I). São irrecorríveis, pois não contêm carga decisória alguma.

*Ex. designação de data da audiência.*



As decisões interlocutórias são atos através dos quais o juiz decide questões incidentais do processo, sem, todavia, resolver a questão principal. Devem ser proferidas no prazo de 10 dias (Art. 226, II). As decisões interlocutórias recorríveis estão enumeradas no art. 1.015, CPC; as demais, podem ser impugnadas em preliminar, na apelação, se e quando a sentença for objeto de recurso.

As sentenças são atos através dos quais o juiz entrega a tutela jurisdicional pleiteada, encerrando a fase cognitiva do processo de conhecimento. Há sentenças que extinguem o processo sem resolução do mérito e sentenças que enfrentam o mérito. Aquelas, extinguem o processo devido a defeitos processuais e estas, apreciam a pretensão do autor, deferindo-a ou a indeferindo. Tanto umas quanto outras devem ser proferidas no prazo de trinta dias, no procedimento comum (art. 366). A parte vencida, no todo ou em parte, pode pleitear a revisão da sentença através do Recurso de Apelação.

#### **Atos dos auxiliares do juízo (Art. 149 e ss., CPC):**

São auxiliares do juízo o Escrivão (ou diretor de secretaria, na justiça federal), o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

O escrivão pratica os atos descritos no art. 152, CPC, bem como atos meramente ordinatórios, tais como juntadas e vistas, dispensando-se, assim, o juiz da prática de despachos. O serventuário deve fazer os autos conclusos no prazo de um dia, e praticar os atos que lhe competir em, no máximo, cinco dias.

O oficial de justiça pratica os atos descritos no art. 154, CPC, cabendo-lhe realizar citações pessoais, quando a lei assim o exige, além de prisões, penhoras, arrestos, sequestros – de tudo fornecendo certidão - bem como as ordens do juízo ao qual estiver subordinado.

Os peritos são profissionais especializados, detentores de formação universitária, nomeados pelo juiz para atuar em processos cuja prova dependa de conhecimento técnico ou científico, nos termos do art. 156 a 158, CPC. Ficarão inabilitados por dois anos e incorrerão em sanções penais os peritos que, por dolo ou culpa, prestarem informações inverídicas.

Ao depositário ou ao administrador (art. 159 a 161, CPC), caberá a guarda e conservação dos bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados, mediante remuneração fixada pelo juiz. Admite-se a nomeação de prepostos indicados pelo depositário ou administrador, pelo juízo. Respondem pelos prejuízos causados à parte, por dolo ou culpa, casos em que perderão o direito à remuneração.

Observadas as restrições legais, o intérprete (art. 162 a 164, CPC) atuará, mediante nomeação do juízo, nos processos em que se fizer necessário analisar documento escrito em língua estrangeira ou verter em português as declarações das partes ou de testemunhas que não

souberem falar o idioma nacional, ou, ainda, para traduzir a linguagem dos surdo-mudos que não souberem se expressar por escrito. A lei estabelece restrições para a sua atuação.

### **Da consequência da inobservância dos prazos processuais**

A inobservância do prazo legal para a prática dos atos processuais produz efeitos diversos, conforme o sujeito que os pratica. Quanto às partes, escoado o prazo para a prática do ato processual, ocorrerá (a) revelia quanto à matéria fática, quando não for apresentada a resposta; e (b) preclusão, quando não for praticado outro ato processual.

Quanto ao juiz, não há sanção pelo escoamento do prazo. Todavia, já que a Constituição garante o direito a uma duração razoável para o processo (art. 5º. LXXVIII) a parte pode peticionar ao juízo, pedindo a entrega da prestação jurisdicional tempestiva, e, se, ainda assim, ele não o fizer, no prazo de dez dias, responde pessoalmente, por perdas e danos (art. 143, II, CPC).

### **Início do prazo de resposta do réu, quando a citação é feita (Art. 231):**

- pelo correio: da juntada, aos autos, do Aviso de Recebimento (AR);
- pelo oficial de justiça: da juntada, aos autos, do mandado cumprido;
- se forem vários réus: da juntada do último aviso ou mandado (exceto na execução: art. 915, Parágrafo 1º., CPC);
- por carta precatória: da juntada da carta aos autos, devidamente cumprida;
- por edital: do vencimento do prazo fixado no edital

### **Contagem do prazo**

Os prazos são contínuos, ou seja, não se suspendem nem se interrompem; sua contagem é feita em dias úteis, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do término.

### **Da comunicação dos atos processuais:**

#### **Citação (Art. 238):**

Citação é o chamamento inicial do réu para tomar ciência do processo e se defender, se o desejar. Deve ser requerida pelo autor, na inicial, mas pode ser determinada pelo juiz, de ofício, pois entende-se que é um pedido implícito. É requisito de validade processual (art. 239), ou seja, o processo é nulo se o réu não for validamente citado.

Efeitos (art. 59 e 240):

A citação torna prevento o juízo, induz litispendência, torna litigiosa a coisa, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Como se realiza:

A citação será feita pelo correio, pelo oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório, por edital ou por meio eletrônico, conforme regulado em lei (art. 246).

Em regra, será feita pelo correio, mas deve ser feita pessoalmente, nas situações que a lei enumera, ou seja, ações de estado, pessoa incapaz ou de direito público, ou ainda quando a parte o requerer (art. 247).

No Processo Penal será sempre pessoal, e no processo trabalhista, a simples entrega da notificação no endereço da empresa leva à presunção de notificação válida.

Espécies (art. 246):

Pelo correio: é a regra geral (art. 246).

Pelo Oficial de Justiça: nas situações excepcionadas pela lei: ações de estado (ex. anulação de casamento); réu incapaz; réu pessoa jurídica de direito público; processo de execução; o réu residir em local não atendido pelo serviço postal; for frustrada a citação pelo correio, ou, ainda, quando o autor o requerer;

Pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

Por Edital.- quando o autor declarar que desconhece o domicílio do réu.

O comparecimento espontâneo do réu supre a ausência de citação ou quaisquer defeitos do ato (art. 239, § 1º)

No processo penal, as citações são feitas pessoalmente, através de mandado (art. 351, CPP), por hora certa (art. 362) ou por edital (art. 361); nesse caso, se o acusado não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso prescricional (art. 366), podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas e decretar a prisão preventiva.

**Intimação (Art. 269)**

É a comunicação dos demais atos – exceto a comunicação inicial, que requer citação – às partes ou seus advogados.

A intimação deve ser feita pessoalmente, à parte, se não tiver advogado; se tem, a intimação deve ser feita:

- No DF e nas capitais – bem como nas localidades em que houver órgão oficial de publicação - pela publicação no órgão oficial de publicação, devendo constar o nome das partes e dos advogados (Art. 272)

- No interior, onde não houver órgão oficial de publicação, (art. 273): pessoalmente ou por correio.

- Quanto ao Ministério Público, é feita pessoalmente.

É permitida a intimação por meios eletrônicos, desde que regulada em lei.

Como se conta o prazo:

Início no dia seguinte à intimação, ou no primeiro dia útil seguinte, se no dia da intimação não houver expediente (Art. 230)

**Notificação**

Equivalente à citação, em ações de Mandado de Segurança.

**Das provas**

As provas são meios utilizados pelas partes para demonstrar, em juízo, as suas alegações, pois de nada adianta alegar, sem provar.

A prova é uma peça chave de qualquer demanda. É o meio de dar credibilidade às alegações para, somente assim, ser possível uma análise jurídica sobre o fato narrado. O termo prova tem sua origem etimológica derivada do latim “*probatio*”, que remonta a ideia de verificação, inspeção e exame, sendo imprescindível para tanto que sua valoração se coadune com o uso do método científico.

O instituto das provas é robusto na seara do processo civil e penal. São admitidos todos os tipos de provas que sejam lícitas, possíveis e que sejam feitas de acordo com os termos da lei. O Código de Processo Civil disciplina a matéria a partir do art. 369 e o Código de Processo Penal a partir do art. 155.

Espécies:

Admite-se todos os meios legais e moralmente legítimos, especificamente a prova documental (que deve ser juntada com a inicial ou com a resposta, salvo impossibilidade); a testemunhal (inadmite-se a prova exclusivamente testemunhal em contratos cujo valor exceder a 10 salários-mínimos); a pericial (utilização de conhecimentos técnicos de terceiros) e a inspeção judicial.

Fatos notórios ou confessados prescindem de provas, mas, no processo penal, a confissão é uma prova que merece análise aprofundada, pelo juízo.

Distribuição do encargo probatório:

No processo civil, o ônus da prova incumbe ao autor (art. 373, I), quanto aos fatos constitutivos do direito que alega ter, e ao réu (art. 373, II), quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor

No processo penal, o ônus incumbe ao autor - via de regra, o Ministério Público - sendo que a ausência ou deficiência de prova impõe a absolvição do acusado (art. 386, CPP).

### **Da Sentença**

A sentença é o ato processual mais importante do processo cognitivo. Através dela, o juízo entrega a prestação jurisdicional e encerra sua atividade cognitiva.

A sentença que extingue o processo, por deficiência processual, é chamada de sentença sem resolução do mérito. Ao contrário, a sentença que aprecia o mérito, é a sentença com resolução do mérito.

### **Do Cumprimento da Sentença**

O cumprimento de sentença é uma fase do processo de conhecimento (art. 513 e seguintes) em que o Poder Judiciário cumpre o comando sentencial, efetivando, assim, a entrega da prestação jurisdicional, tal como foi pedida, nos limites em que foi deferida.

As diferenças entre a anterior execução de sentença e o atual cumprimento de sentença, no processo civil, são muito mais nominativas do que práticas. Na sistemática anterior, citava-se o executado, dos termos do processo de execução e para cumprir a obrigação, seguindo-se nos demais termos executivos; na atual, o devedor é intimado (via de seu advogado, se o tiver) a cumprir a sentença, sob pena da imposição de multa de 10% sobre o valor da obrigação, e, não o fazendo, segue-se nos demais termos executivos, ou, como diz a lei, por execução.

Como se vê, tão pequenas diferenças (intimação ao invés de citação e imposição da multa) não justificam a alteração do sistema, porque, teoricamente, cognição e execução são prestações jurisdicionais diversas, independentemente da qualidade do título executivo, ou seja, de o título executivo ser judicial (produzido pelo Poder Judiciário, ou nem isso, como é o caso da sentença arbitral) ou extrajudicial (produzido pelo legislador).

Entendemos que, teoricamente, prestações jurisdicionais tão diversas não deveriam estar inseridas em um só processo, como estão, no processo de conhecimento, que foi alargado com esta finalidade, pelo simples fato de ter sido produzido pelo Poder Judiciário, ou estar dentre os enumerados pela lei como sendo títulos executivos judiciais, que, assim, serão cumpridos, e não executados. De qualquer modo, consigna-se que são títulos executivos judiciais: (a) as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, fazer, não fazer ou de entregar coisa; (b) a decisão homologatória de autocomposição judicial; (c) a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; (d) o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; (e) o crédito de auxiliar da justiça, quanto a custas, emolumentos

ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; (f) a sentença penal condenatória transitada em julgado; (g) a sentença arbitral; (i) a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; e, (j) a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça.

No processo trabalhista, continua em vigor a sistemática do processo de execução de sentença.

No processo penal, a execução da sentença de natureza penal é feita de acordo com a lei específica (Lei n. 7.210, de 11/7/84), e a de natureza civil, nos termos da legislação processual civil.

### **Dos Recursos**

Pelo princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, assegura-se o direito a, pelo menos, uma revisão das decisões judiciais, àquele a quem for desfavorável. O órgão revisor será o definido pela Constituição, mas, em regra, será aquele que está sobreposto ao que proferiu a decisão recorrida. O recurso é encaminhado ao órgão que proferiu a decisão recorrida – denominado “a quo”, para que este examine os pressupostos de admissibilidade recursal; se forem atendidos, recebe-se o recurso, encaminhando-o ao órgão superior – denominado “ad quem”- para que, após um reexame dos pressupostos de admissibilidade, o órgão revisor – normalmente, um órgão Colegiado (uma Turma, Câmara ou Tribunal) - faça a revisão da decisão recorrida, mantendo-a – com o improvimento do recurso – ou a reformando, total ou parcialmente – com o provimento do recurso.

#### Pressupostos recursais

Para aviar o recurso, o recorrente deve ser vencido, ainda que parcialmente, e atender os seguintes requisitos genéricos: (a) a tempestividade; (b) o preparo; (c) adequação; (d) breve exposição dos fatos e da fundamentação jurídica consistente das razões do recurso, bem como (e) o pedido.

#### Juízo de admissibilidade e de mérito

No juízo de admissibilidade, verifica-se se os pressupostos recursais estão satisfeitos; se tal não ocorre, o recurso não é conhecido.

Se o recurso é conhecido, examina-se, então, a pretensão recursal, no juízo de mérito – que tanto pode questão processual ou questão de mérito, propriamente dita. Se a sentença recorrida é mantida, diz-se que o recurso é improvido; se é reformada, o recurso é provido.

#### Espécies de recursos, no processo civil

Na vigência do atual Código de Processo Civil, são os seguintes os recursos disponíveis:

- 1) Agravo de Instrumento, quanto às decisões interlocutórias mencionadas no art. 1.015, CPC;
- 2) Apelação, quanto às sentenças proferidas com ou sem resolução do mérito;
- 3) Agravo Interno, das decisões monocráticas proferidas por órgãos colegiados
- 4) Embargos Declaratórios, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão (sentença ou acórdão);
- 5) Recurso Especial, quando, mesmo tendo sido esgotadas todas as vias recursais, a decisão unânime violar a lei federal ou divergir do entendimento de outro(s) Tribunal(is), cabe recurso especial ao STJ
- 6) Recurso Extraordinário, quando, mesmo tendo sido esgotadas todas as vias recursais, a decisão unânime violar a Constituição Federal, e, ainda, a questão for de repercussão geral, cabe recurso Extraordinário ao STF.
- 7) Agravo de Instrumento das decisões que denegarem seguimento a Recurso Especial e Extraordinário.

Anote-se que a ação rescisória não é recurso.

Espécies, no processo penal:

- 1) Recurso em sentido estrito - quanto às decisões, despachos ou sentenças que não receber a denúncia ou a queixa e demais situações mencionadas no art. 581, CPP.
- 2) Apelação – quanto às sentenças definitivas de condenação ou absolvição, ou quaisquer outras, exceto as passíveis de recurso em sentido estrito (art. 593, CPP).
- 3) Embargos de declaração, no prazo de dois dias, nas decisões proferidas pelos tribunais.

A revisão criminal é ação, e não recurso, embora esteja alocada no art. 621 do Título II, juntamente com os recursos.

Os recursos constitucionais, tanto no processo civil quanto penal, regem-se pelo disposto na legislação específica e no Regimento Interno dos respectivos tribunais.

**Defeitos dos atos processuais**

Em regra, os atos processuais praticados são válidos; excepcionalmente, porém, podem ocorrer nulidades, que podem ser absolutas ou relativas.

Ocorre nulidade absoluta quando o ato for praticado de forma contrária à determinada na lei e houver cominação expressa, ou seja, previsão de nulidade.

Ex.: Falta de citação ou defeito no ato citatório; ausência do Ministério Público, quando deve atuar.

Quando não há cominação legal, o ato processual praticado de forma contrária à prevista em lei é anulável – e não nulo – e a nulidade só será decretada, pelo juízo, (a) se causar prejuízos a qualquer das partes, (b) desde que o defeito seja alegado na primeira oportunidade em que o prejudicado falar nos autos e (c) se este não tiver dado causa ao defeito. Nestes casos, a nulidade é relativa.

Fora destas situações, reputa-se válido o ato processual que não causar gravame às partes e cumprir a sua finalidade.



*“Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive”* (Ricardo Reis).

***Bom trabalho!***

---