TEORIA GERAL DO PROCESSO

A unificação dos estudos dos princípios gerais, dos fundamentos e dos temas comuns aos vários ramos do Direito Processual (Civil, Penal, Trabalhista etc.) encontra nesta obra uma perfeita realização. Daí o sucesso e a receptividade de suas sucessivas edições e tiragens.

Ao lado dos fundamentos constitucionais e dos princípios gerais, os Autores oferecem um estudo pormenorizado sobre a jurisdição, a ação, a defesa do réu, a classificação das ações, a natureza jurídica do processo, as partes, os atos processuais, a prova, os procedimentos etc., sempre de forma a embasar um estudo mais aprofundado a ser feito, posteriormente, nas especializações de cada ramo processual, tendo em vista objetivos e finalidades mais ou menos comuns.

Obra indispensável para quem deseja se introduzir nos temas processuais, ou para quem pretende obter uma visão atualizada e completa do moderno Direito Processual.

MALHEIROS EDITORES

ISBN 85-7420-931-7

9 788574 209319

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA
ADA PELLEGRINI GRINOVER
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

TEORIA GERAL DO PROCESSO

25ª EDIÇÃO

Teoria Geral do Processo

© Antonio Carlos de Araújo Cintra
Ada Pellegrini Grinover
Cândido Rangel Dinamarco

9ª edição, 1ª tiragem: 08.1992; 2ª tiragem: 01.1993;
3ª tiragem: 07.1993; 10ª edição, 1994; 11ª edição, 1995;
12ª edição, 1996; 13ª edição, 1997; 14ª edição, 1998;
15ª edição, 1999; 16ª edição, 2000; 17ª edição, 2001;
18ª edição, 2002; 19ª edição, 2003; 20ª edição, 2004;
21ª edição, 2005; 22ª edição, 2006; 23ª edição, 2007;
24ª edição, 2008.

ISBN 978-85-7420-931-9

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Nadia Basso

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2009

PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO

Os jovens mestres de direito Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra acabam de dar, com o preparo de seu curso de Teoria Geral do Processo, cumprimentando a um dos principais deveres do professor.

A Faculdade de Direito de São Paulo sempre teve a ventura de contar, para seus alunos, com excelentes compêndios de direito processual. Desde meados do século passado até o presente foram eles dos melhores que já se publicaram no Brasil. Muito poucos livros de caráter institucional, no campo do processo, deixam de filiar-se a nossa escola. Se prescindirmos dos consagrados cursos de Paula Baptista no século passado e de Lopes da Costa no presente, nenhum manual pôde, a seu tempo, ombrear-se com os de João Mendes Júnior, João Monteiro, Manuel Aureliano de Gusmão, Gabriel de Rezende Filho, José Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos.

A criação da nova disciplina de Teoria Geral do Processo veio dar aos novos mestres o incentivo que faltou a seus antecessores. A excelência dos compêndios existentes atenua, se não justifica, a falta de muitos, em que se inclui, vexado, o subscritor destas linhas.

A unificação, em uma só disciplina, dos estudos de direito processual civil e penal, foi defendida, na Europa e no Brasil, por dois dos mais profundos e originais pensadores da matéria: Francesco Carnelutti e Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Debateu-se o primeiro, ao longo de sua fecunda existência, pela unificação, sem quebra de seu sistema de congruência monumental. Se o processo tem por escopo a composição da lide, é preciso caracterizar a lide e sua composição no processo penal. Que tarefa ingrata! Quais são as partes nesse conflito de interesses? O indiciado de um lado, a vítima, de outro? O indiciado e o Estado? A vítima e o Estado? A Justiça Pública e o indiciado?

Quais são os interesses em antagonismo? O interesse do indiciado em sua liberdade e do Estado em seu encarceramento? O interesse da vítima em obter reparação civil e moral e o do indiciado em não lha conceder? O do Estado em proteger a liberdade do cidadão e o do criminoso a querer purificar-se pela pena?

Todas as variantes foram exaustivamente estudadas e debatidas, a lembrar a deliciosa fábula do lavrador, o filho e o burro.

Os jovens autores deste livro pouco se detiveram – e fizeram muito bem – nessas indagações. O fato inegável é que há inúmeras matérias que são comuns ao processo civil e ao processo penal.

Sem falar nas noções fundamentais, a que os autores, em excelente introdução, deram especial atenção, e que muito bem se destinam a estudantes do segundo ano jurídico, cuidaram da natureza, fontes, eficácia no tempo e no espaço, interpretação da lei processual. Na segunda parte do livro, tratando da jurisdição, da competência, dos serviços auxiliares da justiça, do Ministério Público e do advogado, não se afastaram um instante de sua visão unitária do processo. O mesmo se pode dizer da parte final, dedicada ao processo, às formas processuais, aos atos processuais e às provas.

No capítulo referente às ações, os jovens mestres mantêm-se unitaristas. Sustentam que a lide se caracteriza, no processo penal, pela pretensão punitiva do Estado em contraposição à pretensão do indiciado à sua liberdade.

Em todas as matérias versadas o novo compêndio mantém-se em alto nível científico. Os mestres que o elaboraram, que tão cedo se demonstram dignos dos mais altos postos da carreira universitária, terão, estou certo, na consagração de seus alunos e no respeito de seus colegas o justo prêmio pelo bem empregado esforço em prol do ensino de sua disciplina.

São Paulo, 1974
Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

SUMÁRIO

prefácio da 1ª edição 3
a reforma constitucional do Poder Judiciário (apresentação da 21ª edição) 15
apresentação da 22ª edição 21

PRIMEIRA PARTE – INTRODUÇÃO

Capítulo 1 – SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

1. sociedade e direito 25
2. conflitos e insatisfações 26
3. da autotutela à jurisdição 26
4. a função estatal pacificadora (jurisdição) 30
5. meios alternativos de pacificação social 31
6. autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno 35
7. controle jurisdicional indispensável (a regra *nulla poena sine judicio*) 37
8. acesso à justiça 39

Capítulo 2 – O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL

9. as funções do Estado moderno 43
10. legislação e jurisdição 44
11. direito material e direito processual 46
12. a instrumentalidade do processo 47
13. linhas evolutivas 48

Capítulo 3 – DENOMINAÇÃO, POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA E DIVISÃO DO DIREITO PROCESSUAL

14. denominação 52
15. posição enciclopédica do direito processual 53
16. divisão do direito processual 54

Capítulo 4 – PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

17. conceito 56
18. princípio da imparcialidade do juiz 58
19. princípio da igualdade 59
20. princípios do contraditório e da ampla defesa 61
21. princípio da ação – processos inquisitivo e acusatório 63
22. princípios da disponibilidade e da indisponibilidade 66
23. princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real 70
24. princípio do impulso oficial 72
25. princípio da oralidade 73
26. princípio da persuasão racional do juiz 73
27. a exigência de motivação das decisões judiciais 74
28. princípio da publicidade 75
29. princípio da lealdade processual 77
30. princípios da economia e da instrumentalidade das formas 79
31. princípio do duplo grau de jurisdição 80

Capítulo 5 – DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

32. processo e Constituição 84
33. direito processual constitucional 85
34. tutela constitucional do processo 86
35. acesso à justiça (ou garantias da ação e da defesa) 87
36. as garantias do devido processo legal 88
36-A. as garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica) 91

Capítulo 6 – NORMA PROCESSUAL: OBJETO E NATUREZA

37. norma material e norma instrumental 94
38. objeto da norma processual 95
39. natureza da norma processual 96

Capítulo 7 – FONTES DA NORMA PROCESSUAL

40. fontes de direito em geral 98
41. fontes abstratas da norma processual 98
42. fontes concretas da norma processual 100

Capítulo 8 – EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO E NO TEMPO

43. dimensões da norma processual 103
44. eficácia da norma processual no espaço 103
45. eficácia da norma processual no tempo 104

Capítulo 9 – INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL

46. interpretação da lei, seus métodos e resultados 107
47. interpretação e integração 108
48. interpretação e integração da lei processual 109

Capítulo 10 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

49. continuidade da legislação lusa 111
50. o Regulamento 737 113
51. instituição das normas 113
52. competência para legislar 114
53. reforma legislativa 115
54. Código de Processo Civil 117
55. a reforma processual penal 119
56. leis modificativas dos Códigos vigentes – as "minirreformas" do Código de Processo Civil 122
57. leis modificativas dos Códigos vigentes – Código de Processo Penal 126
57-A. modificações no processo trabalhista 132
58. a Constituição de 1988 e o direito anterior 132
59. evolução doutrinária do direito processual no Brasil – o papel de Liebman e a tendência instrumentalista moderna 135
59-A. linhas evolutivas do direito processual no Brasil 139
59-B. direito processual coletivo 140
59-C. o regime do *cumprimento de sentença* 142

SEGUNDA PARTE – JURISDIÇÃO

Capítulo 11 – JURISDIÇÃO: CONCEITO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

60. conceito de jurisdição 147
61. caráter substitutivo 148
62. escopo jurídico de atuação do direito 149
63. outras características da jurisdição (lide, inércia, definitividade) 150
64. jurisdição, legislação, administração 152
65. princípios inerentes à jurisdição 153
66. dimensões da jurisdição 156
67. poderes inerentes à jurisdição 157

Capítulo 12 – ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

68. unidade da jurisdição 158
69. jurisdição penal ou civil 158
70. relacionamento entre jurisdição penal e civil 159
71. jurisdição especial ou comum 162

72. jurisdição superior ou inferior 163
73. jurisdição de direito ou de eqüidade 164

Capítulo 13 – LIMITES DA JURISDIÇÃO

74. generalidades 165
75. limites internacionais 165
76. limites internacionais de caráter pessoal 166
77. limites internos 167

Capítulo 14 – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

78. administração pública de interesses privados 169
79. jurisdição voluntária 170
80. jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária 171

Capítulo 15 – PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES, ESTRUTURA E ÓRGÃOS

81. conceito 173
82. funções do Poder Judiciário e função jurisdicional 174
83. órgãos da jurisdição 176
83-A. órgãos não jurisdicionais – o Conselho Nacional de Justiça, as ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura 177

Capítulo 16 – A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E SUAS GARANTIAS

84. a independência do Poder Judiciário 180
85. as garantias do Poder Judiciário como um todo 181
86. as garantias dos magistrados 182
87. garantias de independência 182
88. impedimentos como garantia de imparcialidade 183

Capítulo 17 – ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: CONCEITO, CONTEÚDO, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

89. conceito 185
90. competência legislativa 186
91. conteúdo da organização judiciária 187
92. Magistratura 187
93. duplo grau de jurisdição 189
94. composição dos juízos 190
95. divisão judiciária 190
96. épocas para o trabalho forense 191

Capítulo 18 – ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: A ESTRUTURA JUDICIÁRIA NACIONAL

97. a Constituição e a estrutura judiciária nacional 193

Capítulo 19 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

98. órgãos de superposição 196
99. Supremo Tribunal Federal: funções institucionais 197
100. graus de jurisdição do Supremo Tribunal Federal 199
101. ingresso, composição e funcionamento (STF) 200
102. Superior Tribunal de Justiça: funções institucionais e competência . 201
103. ingresso, composição e funcionamento (STJ) 203

Capítulo 20 – ORGANIZAÇÃO DAS JUSTIÇAS ESTADUAIS

104. fontes 205
105. duplo grau de jurisdição – a composição dos tribunais 206
106. divisão judiciária – os juízos de primeiro grau 207
107. classificação das comarcas 207
108. a carreira da Magistratura: os cargos 208
109. a carreira da Magistratura: ingresso, vitaliciamento, promoções e remoções 208
110. Justiça Militar estadual 210

Capítulo 21 – ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA UNIÃO

111. as Justiças da União 212
112. organização da Justiça Federal (comum) 212
113. organização da Justiça Militar da União 214
114. organização da Justiça Eleitoral 215
115. organização da Justiça do Trabalho 217

Capítulo 22 – SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

116. órgãos principais e órgãos auxiliares da Justiça 220
117. classificação dos órgãos auxiliares da Justiça 222
118. auxiliares permanentes da Justiça 222
119. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos de encargo judicial) 225
120. auxiliares eventuais da justiça (órgãos extravagantes) 226
121. fé pública 227

Capítulo 23 – MINISTÉRIO PÚBLICO

122. noção, funções, origens 228
123. Ministério Público e Poder Judiciário 229

124. princípios 231
125. garantias 232
126. impedimentos e mecanismos de controle 233
127. órgãos do Ministério Público da União 234
128. órgãos do Ministério Público estadual 235
128-A. Conselho Nacional do Ministério Público 237

Capítulo 24 – O ADVOGADO

129. noções gerais 238
130. Defensoria Pública 239
131. a Advocacia-Geral da União 240
132. natureza jurídica da advocacia 241
133. abrangência da atividade de advocacia e honorários 242
134. deveres e direitos do advogado 243
135. Ordem dos Advogados do Brasil 244
136. exame de ordem e estágio 246

Capítulo 25 – COMPETÊNCIA: CONCEITO, ESPÉCIES, CRITÉRIOS DETERMINATIVOS

137. conceito 248
138. distribuição da competência 249
139. órgãos judiciários diferenciados 250
140. elaboração dos grupos de causas 251
141. dados referentes à causa 252
142. dados referentes ao processo 254
143. atribuição das causas aos órgãos 254

Capítulo 26 – COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

144. prorrogação da competência 259
145. causas de prorrogação da competência 261
146. prorrogação da competência e prevenção 263
146-A. deslocamento da competência 263

TERCEIRA PARTE – AÇÃO E EXCEÇÃO

Capítulo 27 – AÇÃO: NATUREZA JURÍDICA

147. conceito 267
148. teoria imanentista 267
149. a polêmica Windscheid-Muther 268
150. a ação como direito autônomo 268
151. a ação como direito autônomo e concreto 268
152. a ação como direito autônomo e abstrato 269
153. a ação como direito autônomo, em outras teorias 270

154. a doutrina de Liebman 271
155. apreciação crítica das várias teorias 271
156. natureza jurídica da ação 273
157. ação penal 274
158. condições da ação 276
159. carência de ação 279
160. identificação da ação 279

Capítulo 28 – CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

161. classificação das ações 283
162. classificações tradicionais 284
163. classificação da ação penal: critério subjetivo 285
164. classificação das ações trabalhistas: os dissídios coletivos 286

Capítulo 29 – EXCEÇÃO: A DEFESA DO RÉU

165. bilateralidade da ação e do processo 290
166. exceção 290
167. natureza jurídica da exceção 291
168. classificação das exceções 293

QUARTA PARTE – PROCESSO

Capítulo 30 – NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO (PROCESSO, RELAÇÃO JURÍDICA, PROCEDIMENTO)

169. processo e procedimento 297
170. teorias sobre a natureza jurídica do processo 298
171. o processo como contrato 299
172. o processo como quase-contrato 300
173. o processo como relação jurídica 300
174. o processo como situação jurídica 301
175. natureza jurídica do processo 302
176. o processo como procedimento em contraditório 305
177. legitimação pelo procedimento e pelo contraditório 305
178. relação jurídica processual e relação material 306
179. sujeitos da relação jurídica processual 306
180. objeto da relação processual 308
181. pressupostos da relação processual (pressupostos processuais) 309
182. características da relação processual 310
183. autonomia da relação processual 311
184. início e fim do processo 311

Capítulo 31 – SUJEITOS DO PROCESSO

185. generalidades 314
186. o juiz 315
187. autor e réu 315
188. litisconsórcio 316
189. intervenção de terceiro 317
190. o advogado 317
191. Ministério Público 319

Capítulo 32 – PROCESSOS DE CONHECIMENTO, DE EXECUÇÃO E CAUTELAR

192. classificação dos processos 322
193. processo de conhecimento 324
194. sentença meramente declaratória 325
195. sentença condenatória 326
196. sentença constitutiva 327
196-A. sentença mandamental e sentença executiva *lato sensu* 327
197. início da eficácia da sentença 328
198. coisa julgada 328
199. limites objetivos da coisa julgada 331
200. limites subjetivos da coisa julgada 333
201. cumprimento de sentença e execução forçada (processo civil) 335
202. sobre a execução penal 338
203. processo cautelar 340
203-A. antecipação de tutela jurisdicional 343

Capítulo 33 – FORMAS PROCESSUAIS – PROCEDIMENTO

204. o sistema da legalidade das formas 345
205. as exigências quanto à forma 346
206. o lugar dos atos do procedimento 347
207. o tempo dos atos do procedimento 347
208. o modo do procedimento e dos seus atos 349
209. o modo do procedimento (linguagem): procedimento escrito, oral e misto 349
210. o modo do procedimento: atividade e impulso processual 352
211. o modo do procedimento: o rito 354

Capítulo 34 – ATOS PROCESSUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

212. fatos e atos processuais 357
213. classificação dos atos processuais 358
214. atos processuais do juiz (atos judiciais) 358
215. atos dos auxiliares da Justiça 360
216. atos processuais das partes 360

217. atos processuais simples e complexos 362
218. documentação do ato processual 363

Capítulo 35 – VÍCIOS DO ATO PROCESSUAL

219. inobservância da forma 365
220. nulidade 366
221. decretação da nulidade 368
222. nulidade absoluta e nulidade relativa 369
223. inexistência jurídica do ato processual 370
224. convalidação do ato processual 371

Capítulo 36 – PROVA: CONCEITO, DISCRIMINAÇÃO, ÔNUS E VALORAÇÃO

225. conceito de prova 373
226. discriminação de provas 374
227. objeto da prova 374
228. ônus da prova 375
229. valoração da prova 377

bibliografia geral 378

A REFORMA CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

(APRESENTAÇÃO DA 21ª EDIÇÃO)

Esta vigésima-primeira edição vem a lume logo após a vigência da emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (publicada aos 31 do mesmo mês), conhecida como *Reforma do Poder Judiciário* e portadora de expressivas alterações no sistema judiciário e processual do país. Daí a necessidade de também a *Teoria geral do processo* passar por uma remodelação, com vista a sua adaptação aos novos preceitos constitucionais vigentes e aos seus reflexos na dinâmica processual. Tais reflexos são bem mais extensos do que daria a entender a ementa do parecer emitido pela Comissão de Constituição e Justiça sobre o projeto que resultou nessa emenda constitucional, onde consta somente que ela "introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário".

Seu conteúdo é na realidade muito mais amplo, pois ela ao mesmo tempo (a) estabelece regras sobre a estrutura e funcionamento desse Poder, (b) dispõe sobre princípios e garantias do processo, (c) altera os recursos extraordinário e especial, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e (d) dita regras operacionais de direito processual, entre as quais algumas puramente técnicas, que melhor estariam na legislação infraconstitucional porque não merecem a dignidade constitucional. Diante disso, tratamos de alterar o que fosse necessário para compatibilizar a *Teoria geral* com os novos preceitos, incluindo o exame de normas antes inexistentes, suprimindo o que se tornou superado pela emenda constitucional *etc.* Isso foi feito ao longo da obra e agora, neste intróito, é nossa intenção somente oferecer ao leitor um panorama amplo das novidades que sobrevieram em 2004.

No tocante ao Poder Judiciário em si mesmo, a emenda n. 45 dita ou altera normas sobre sua autonomia financeira e orçamentária

(art. 99, §§ 3º a 5º), sobre a carreira da Magistratura (art. 93, incs. I e II), sobre as férias dos juízes das Justiças estaduais e da federal (as quais não poderão ser coletivas porque "a atividade jurisdicional será ininterrupta" (art. 93, inc. XII), sobre impedimentos dos juízes (art. 95, inc. IV) – e impõe a chamada *quarentena*, pela qual aquele que deixou a Magistratura está proibido de "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração" (art. 95, inc. V). Com referência aos Estados do Paraná, Minas Gerais e São Paulo, onde ainda havia Tribunais de Alçada, foi também trazida uma relevantíssima regra relacionada com a estrutura do Poder Judiciário, que foi a extinção desses órgãos de segundo grau de jurisdição (EC n. 45, de 8.12.04, art. 4º).

Foi também resolvida a polêmica questão do *controle externo da Magistratura*, que para uns constitui penhor da dignidade e respeitabilidade desta e, para outros, a imposição de um *Cavalo de Tróia* mediante a intromissão de pessoas ligadas a práticas e interesses escusos. Com a solução intermediária que prevaleceu, o controle da Magistratura será exercido por um órgão misto, o Conselho Nacional de Justiça, composto de nove juízes e seis conselheiros de outras origens (promotores de justiça, advogados, cidadãos indicados pelas Casas do Congresso – Const., art. 92, inc. I-A e EC n. 45, art. 5º, § 2º). Está prevista ainda a implantação de ouvidorias de Justiça, com legitimidade, inclusive, para representar diretamente perante aquele Conselho (art. 103-B, § 7º *etc.* – *infra*, n. 83-A).

Pelo aspecto da *tutela constitucional do processo*, a emenda de 2004 promete "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inc. LXXVIII), reeditando disposição já contida no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n. 1); e também determina que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (art. 5º, § 3º).

Foi também determinada a instalação de *justiças itinerantes* pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Tribunais de Justiça, aos quais também se autoriza a implantação de *câmaras regionais*, "a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo" (art. 107, §§ 2º e 3º; art. 115, §§ 1º e 2º; art. 125, §§ 6º e 7º).

O recurso extraordinário deixou de ter uma feição pura de mecanismo de controle da constitucionalidade das decisões, passando a ser

admitido também em relação a acórdãos que "julgarem válida lei local contestada em face de lei federal" (art. 102, inc. III, letra *d*). Ficou portanto aumentada a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, o mesmo se dando em relação a sua competência originária, que agora abrange também "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público" (art. 102, inc. I, letra *r*). E o recurso extraordinário voltou a ser condicionado ao interesse público geral, mediante a imposição do requisito da "*repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei" (art. 102, § 3º); esse requisito constitui reedição da vetusta *relevância da questão federal*, exigida pelo Regimento Interno com expressa autorização da Constituição da época, mas com a diferença de que naquele tempo só se exigia a relevância em matéria infraconstitucional, não em tema de constitucionalidade (Const-67, red. EC n. 1, art. 119, § 1º, c/c RISTF, art. 308, red. ER n. 3, de 12.6.75; RISTF-1980, art. 325).

A competência do Supremo Tribunal Federal ficou também aumentada pelo significativo poder, que a emenda n. 45 lhe concedeu, de editar *súmulas vinculantes* e impor sua observância "aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (art. 103-A, *caput*).

Essas súmulas terão por objeto "a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica" (art. 103-A, § 1º); o poder de editá-las constitui uma nova característica da fórmula brasileira da separação entre os Poderes do Estado, uma vez que fica um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, autorizado a produzir verdadeiras normas jurídicas com elevado grau de generalidade e abstração, à semelhança das leis. A infração às súmulas vinculantes poderá dar ensejo a uma *reclamação* endereçada àquele Tribunal, o qual decidirá impondo a observância do direito sumulado (art. 103-A, § 3º). Mas "as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial" (EC n. 45, de 8.12.04, art. 8º).

Por outro lado, houve uma diminuição nas atribuições do Supremo Tribunal Federal, consistente na transferência para o Superior Tribunal de Justiça da competência para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, inc. I, letra *i*).

Em sede técnico-processual, a emenda n. 45 dispôs, em primeiro lugar, que os servidores da Justiça receberão delegação para a prática de atos administrativos e de mero impulso do processo, sem conteúdo decisório (art. 93, inc. XIV), o que caracteriza o *automatismo processual* já preconizado pelo Código de Processo Civil (art. 162, § 4º). Dispôs também que "*a distribuição de processos será imediata* em todos os graus de jurisdição" (inc. XV), com o objetivo de impedir o represamento de recursos nas secretarias dos tribunais (como sucede em São Paulo, onde há centenas de milhares de recursos à espera de distribuição).

Por outro lado, a *supressão das férias coletivas* em primeira e segunda instâncias (art. 93, inc. XII) trará a conseqüência de reduzir o conteúdo e aplicação das regras processuais sobre processos que fluem ou não fluem nas férias, sobre a suspensão dos prazos pela superveniência destas *etc.* (CPC, arts. 173, 174 e 179).

> Também quanto ao Ministério Público foram introduzidas normas muito importantes, especialmente ligadas a sua independência institucional, à independência de seus integrantes e ao controle da regularidade de seus serviços, como as que definem sua autonomia financeira e orçamentária (art. 127, §§ 4º a 6º) e as que regem direitos, garantias e impedimentos dos promotores de justiça (art. 128, § 5º, inc. I, letra *b* e inc. III, letras *e* e *f*; art. 128, § 6º; art. 129, §§ 2º a 4º).
>
> Também se determinou a implantação de um Conselho Nacional do Ministério Público, de composição heterogênea como a do Conselho Nacional de Justiça e com funções, *mutatis mutandis*, assemelhadas às deste (art. 130-A); além disso, deverão também ser criadas *ouvidorias do Ministério Público*, pela União e pelos Estados (art. 130-A, § 5º).

Nem todas as disposições trazidas à Constituição Federal pela nova emenda são dotadas de *eficácia imediata*, havendo inclusive algumas que o próprio texto constitucional manda regulamentar em determinado prazo. Em uma disposição bastante ampla, o art. 7º da emenda constitucional n. 45 determina que "o Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta emenda constitucional, comissão especial mista destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada" *etc.*

Também quanto aos diversos *Conselhos Nacionais* está disposto que sua implantação se dará no prazo de cento e oitenta dias (EC n. 45, de 8.12.04, arts. 5º e 6º). Por outro lado, havendo sido extintos os

cinco Tribunais de Alçada então existentes, a emenda determinou que, em igual prazo, "os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes" *etc.* (EC n. 45, de 8.12.04, art. 4º, par.).

APRESENTAÇÃO DA 22ª EDIÇÃO

Esta nova edição da *Teoria Geral do Processo* vem a público no momento de uma das mais profundas mudanças pelas quais já passou o direito processual civil brasileiro. O núcleo da transformação trazida pela recém-sancionada lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, conhecida como *Lei do Cumprimento de Sentença*, consiste na generalização do sistema de efetivação das sentenças civis condenatórias independentemente da instauração de um processo autônomo de execução. Formado o título executivo, o devedor será simplesmente *intimado* a cumprir e, não cumprindo, o mesmo processo seguirá rumo à efetivação do preceito contido na sentença – efetivação mediante o procedimento do *cumprimento de sentença* quando se tratar de obrigações específicas, ou mediante a execução *sine intervallo* em caso de obrigação em dinheiro. Nesse sistema, a sentença não mais pode ser conceituada como ato que põe termo ao processo com ou sem julgamento do mérito (antiga definição contida no Código de Processo Civil), justamente porque o processo não será extinto quando ela é proferida. Além disso, os embargos do executado passam a denominar-se *impugnação* e em princípio esta não terá a eficácia de suspender a execução, como antes era – mantendo-se a denominação e o regime anterior, no tocante à execução contra a Fazenda Pública.

Essas e outras alterações de caráter sistemático, conceitual e terminológico (leis n. 11.276 e 11.277, ambas de 7 de fevereiro de 2006), vêm ao menos sugerir que um novo modelo processual civil está surgindo, no qual já não está presente a clássica divisão entre o processo de conhecimento e o de execução – ao menos nos moldes clássicos dessa divisão, que a nova lei não consagra. Em meio ao turbilhão dessas extremamente significativas mudanças, é natural que muitas dúvidas sejam levantadas e muita reflexão seja necessária para superá-las.

Ao longo desta obra o leitor encontrará nossas propostas de solução a essas dúvidas, sendo nosso desejo uma interação e uma convergência de esforços voltada à busca de clareza na compreensão das novas realidades.

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1
SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

1. sociedade e direito

No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mas ainda os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que *ubi jus ibi societas*; não haveria, pois, lugar para o direito, na ilha do solitário *Robinson Crusoé*, antes da chegada do índio *Sexta-Feira*.

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do eqüitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

2. *conflitos e insatisfações*

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (*a*) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (*b*) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).

Nessas duas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa. E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitionis* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor *liberdade* uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (*autocomposição*) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).

3. *da autotutela à jurisdição*

Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução). Nem sempre foi assim, contudo.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitionis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

> São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.

Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) *desistência* (renúncia à pretensão); b) *submissão* (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) *transação* (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem *parciais* – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do ár-

bitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.

> Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela).

Mais tarde e à medida que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até ao século II aC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex* (*apud judicem*).

Como se vê, já nesse período o Estado tinha alguma participação, pequena embora, na solução dos litígios; o sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano (período formular, século II aC a século II dC), sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação através da conquista do poder de nomear o árbitro (o qual era de início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia numa *arbitragem obrigatória*, que substitui a anterior *arbitragem facultativa*.

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de *critério objetivo* e *vinculativo* para tais

decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, *o legislador* (a Lei das XII Tábuas, do ano 450 aC, é um marco histórico fundamental dessa época).

Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*), veio outro, que se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase, iniciada no século III dC, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de *fazer agir*, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.*

> As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*.

Para se ter uma idéia de como essas coisas se operam confusamente, observe-se o fenômeno análogo que ocorre com referência aos conflitos internacionais. A *autotutela*, no plano internacional, é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas), ou ainda pelos julgamentos de inimigos por tribunais de adversários; mas coexiste com a autotutela a *autocomposição* (através de tratados internacionais), sendo de certa freqüência a *arbitragem facultativa*. Ninguém é capaz de indicar, com precisão, quando começou a prática dessa arbitragem obrigatória, e muito menos se existirá um super-Estado que venha a impor a todas as nações o seu poder (criando, então, uma verdadeira *jurisdição* supra-estatal).

4. *a função estatal pacificadora (jurisdição)*

Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O *poder estatal*, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da *jurisdição*, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Na realidade, são de três ordens os escopos visados pelo Estado, no exercício dela: *sociais*, *políticos* e *jurídico*.

A *pacificação é o escopo magno da jurisdição* e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.

A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopos políticos); *c*) *a atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico).

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal.

E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.

5. *meios alternativos de pacificação social*

O extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular ("*exercício arbitrário das próprias razões*", art. 345 CP), seja pelo próprio Estado ("*exercício arbitrário ou abuso de poder*", art. 350). A própria autocomposição, que nada tem de anti-social, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado. A arbitragem, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, é praticamente desconhecida no Brasil, quando se trata de conflitos entre nacionais.

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacifica-

ção venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

O processo *é necessariamente formal* (embora não devam ser *formalistas* aqueles que operam o processo), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, *devido processo legal*: Const., art. 5º inc. LIV). No processo as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do *contraditório* (art. 5º, inc. LV) inclui também o direito das partes ao *diálogo* com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const., art. 93, inc. IX).

Pois tudo toma *tempo* e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.

O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

Ao lado da *duração* do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação e pelo arbitramento.

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a *ruptura com o formalismo processual*. A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade* constitui característica marcante dessa

tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a *delegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de eqüidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis), vão sendo incrementados os meios alternativos de pacificação social – representados essencialmente pela *conciliação, mediação e arbitramento*.

Da *conciliação* já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. O procedimento das reclamações trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação (CLT, arts. 847 e 850). O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de "tentar a qualquer tempo conciliar as partes" (art. 125, inc. IV) e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma *audiência preliminar* (ou audiência *de conciliação*), na qual o juiz, tratando-se de causas versando direitos disponíveis, tentará a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados. Tentará a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447-448). A qualquer tempo poderá fazer comparecer as partes, inclusive para tentar conciliá-las (art. 342). A *Lei dos Juizados Especiais* (lei n. 9.099, de 26.9.95) é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela especial destaque ao instituir uma verdadeira *fase conciliatória* no procedimento que disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral (v. arts. 21-26).

Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla poena sine judicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira (*infra*, n. 7). Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de "*juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução... de infrações penais de menor potencial ofensivo... permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro*

grau" (art. 98, inc. I). E agora, nos termos da lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, atinente aos juizados especiais cíveis e criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal.

A conciliação pode ser *extraprocessual* ou (como nos casos vistos acima) *endoprocessual*. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões), ou a *submissão* de um à pretensão do outro (no processo civil, reconhecimento do pedido: v. art. 269, inc. II), ou a desistência da pretensão (*renúncia*: CPC, art. 269, inc. V). Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar ainda à mera *desistência da ação*, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art. 267, inc. VIII).

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos juízes de paz e pela obra dos promotores de justiça em comarcas do interior, ganhou especial alento com a "*onda renovatória*" voltada à solução das pequenas causas. Foram inicialmente os *Conselhos de Conciliação e Arbitramento*, instituídos pelos juízes gaúchos; depois, os *Juizados Informais de Conciliação*, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. A Lei dos Juizados Especiais recebeu em seu sistema a atuação desses e de outros órgãos conciliadores extrajudiciais (Ministério Público inclusive), ao considerar como título hábil à execução forçada os acordos celebrados perante eles (art. 57, *caput* e par.). Na Constituição de 1988 é prevista a restauração da antiga *Justiça de Paz*, com "atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional" (art. 98, inc. II).

Em matéria criminal não há possibilidade de conciliação fora do processo; mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelos arts. 72 ss. da lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, impõe-se sempre a necessidade do controle jurisdicional.

A *mediação* assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera conseqüência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

Nos últimos anos instalaram-se no Brasil muitos *centros de mediação*, que desenvolvem trabalho interdisciplinar com muito êxito. Está em andamento no Congresso Nacional um projeto de lei que visa a implantar a mediação no sistema do processo civil.

A *arbitragem*, tradicionalmente regida pela lei material e pelo Código de Processo Civil (CC-16, arts. 1.037 e 1.048; CPC, arts. 1.072-1.102 CC-02, arts. 851-853), era um instituto em desuso no direito brasileiro. Depois, com a Lei das Pequenas Causas (atualmente, Lei dos Juizados Especiais – lei n. 9.099, de 26.9.95) e com a Lei da Arbitragem (lei n. 9.307, de 23.9.96), ela ganhou nova força e vigor e, em alguma medida, vai passando a ser utilizada efetivamente como meio alternativo para a pacificação de pessoas em conflito. Como se verá mais adiante, ela só se admite em matéria civil (não-penal), na medida da disponibilidade dos interesses substanciais em conflito.

6. *autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno*

Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 *etc.*), o *desforço imediato* (CC, art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 188, 929 e 930).

São *duas as razões* pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição.

Já a *autocomposição*, que não constitui ultraje ao monopólio estatal da jurisdição, é considerada legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na *conciliação* (v. n. ant.). De um modo geral, pode-se dizer que é admitida sempre que não se trate de direitos tão intimamente

ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que a sua perda a degrade a situações intoleráveis.

Trata-se dos chamados *direitos da personalidade* (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de *indisponibilidade objetiva*, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (*indisponibilidade subjetiva*); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público.

Sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição, em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessual). Em todas essas hipóteses, surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas), e que irá validamente substituir aquela vontade da lei que ordinariamente derivara do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo.

A lei processual civil expressamente admite as três formas da autocomposição a ser obtida endoprocessualmente (CPC, art. 269, II, III e V), dando-lhes ainda a eficácia de pôr fim ao processo: compondo-se as partes, não cabe ao juiz mais que reconhecê-lo por sentença. O instituto da conciliação, estimulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Código de Processo Civil e pela Lei dos Juizados Especiais (já estudado no item precedente), visa de modo precípuo a conduzir as partes à autocomposição endoprocessual. Quanto à *transação*, dispõe pormenorizadamente o Código Civil (arts. 840-850).

A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.1995) também admite, para composição civil dos danos, as três formas de autocomposição (art. 74); mas, para a autocomposição penal, só se admite a transação (art. 76).

O *juízo arbitral* é delineado no direito brasileiro da seguinte forma: a) *convenção de arbitragem* (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: lei cit., art. 3º); b) limitação aos *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (art. 4º, § 2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que

esta "se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio" (art. 2º, §§ 2º e 3º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (art. 33, *caput* e §§); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 ss.). Mas os árbitros, não sendo investidos do poder jurisdicional estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas coercitivas (art. 22, § 4º).

Na Lei dos Juizados Especiais o arbitramento recebe tratamento especial, com bastante simplificação e especial recomendação ao juiz para que só passe à fase de instrução e julgamento se não tiver obtido das partes nem a conciliação, nem o compromisso (art. 27). Este independe de termo (art. 24, § 1º) e o árbitro considera-se sempre autorizado a julgar por eqüidade, independentemente da autorização das partes (art. 25). Os árbitros nos juizados especiais serão escolhidos dentre os juízes leigos, instituídos na nova lei (art. 24, § 2º).

7. *controle jurisdicional indispensável (a regra nulla pœna sine judicio)*

Em certas matérias não se admitem exceções à regra da proibição da autotutela, nem é, em princípio, permitida a autocomposição para a imposição da pena. É o que sucedia de modo absoluto em matéria criminal (ordem jurídica brasileira anterior à lei n. 9.099, de 26.9.1995) e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão e perda de pátrio poder etc.). Em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo *etc.*). A lei não admite a autotutela, a autocomposição, o juízo arbitral e nem mesmo a satisfação voluntária de pretensões dessa ordem. Por isso é que se disse acima que a existência de todo o sistema processual decorre, em última análise, da ocorrência de casos em que uma pretensão deixe de ser satisfeita por quem poderia satisfazê-la e também casos em que a lei veda a satisfação da pretensão por ato de qualquer indivíduo.

As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interes-

ses regidos por normas de *extrema indisponibilidade*, como as penais e aquelas não-penais trazidas como exemplo (esp., direito de família). É a indisponibilidade desses direitos, sobretudo o de liberdade, que conduz a ordem jurídica a ditar, quanto a eles, a regra do indispensável controle jurisdicional.

No início da civilização dos povos inexistia a consciência da distinção entre ilícito civil e ilícito penal: o Estado, ainda embrionário e impotente perante o individualismo de seus componentes, não podia aperceber-se da existência de atos que, além e acima do dano que trazem a particulares, prejudicam a ele próprio, Estado. Só na medida em que este foi adquirindo consciência de si mesmo e da sua missão perante os indivíduos é que foi também surgindo a idéia de infração penal, no sentido em que hoje a entendemos (ofensa a valores sociais relevantes, encarada sob o aspecto do dano causado à comunidade); e assim também a idéia da pena e do Estado como titular do direito de punir. Ao cabo de uma longa evolução, chegou-se à mais absoluta proibição da aplicação de qualquer pena sem prévia realização de um processo (*nulla poena sine judicio*).

Esse princípio pode ser encarado sob dois aspectos: a) proibição de autotutela do Estado; b) proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado, ou submissão voluntária deste). A propósito, a Constituição do Brasil, que assegura aos acusados de crime a mais ampla defesa (art. 5º, inc. LV), assegura também que todo processo estatal será feito em contraditório, ou seja, que ambas as partes terão necessariamente conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte adversária, com a oportunidade de discuti-las e contrariá-las.

> Infelizmente, a História registra casos de sistemática eliminação de pessoas sem a celebração de processo, mediante instigação ou tolerância das autoridades, como os *paseos* durante a guerra civil espanhola. A História Universal recentíssima mostra ainda os massacres ocorridos na China e Romênia, seguidos do não menos anti-social extermínio do ditador Ceausescu mediante o simulacro de um processo, que na realidade foi mero pretexto para a vingança.

Alguns ordenamentos jurídicos admitem a *submissão* dos acusados à pena pecuniária; caso de submissão é também o *plea of guilty* do direito inglês. Há também, no direito americano, a *bargaining*, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. No Brasil, o ordenamento vigente também contempla a transação em matéria penal, com base na previsão constitucional (Const., art. 98, inc. I), podendo o autor do fato submeter-se voluntariamente à pena não privativa da liberdade, antes mesmo da instauração do processo, por proposta do Ministério Público.

Nesse quadro, a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduziu no sistema um novo modelo consensual para a Justiça criminal, por intermédio de quatro *medidas despenalizadoras* (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão): a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, par. ún.); b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), mediante transação penal (art. 76); c) as lesões corporais culposas e leves passam a requerer representação (art. 88); d) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).

8. acesso à justiça

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o lavor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídi-

ca justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

A esses princípios dedica-se particular atenção no cap. 4º desta obra, ao qual se remete agora o estudioso.

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos: *supra*, n. 4); e, de outro, superar os *óbices* que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro "*pontos sensíveis*", a saber:

I) *a admissão ao processo* (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6º) está sendo abalada pela *Lei da Ação Civil Pública* (lei n. 7.347, de 24.7.85), que permite ao Ministério Público e às associações pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos, assim como, *v.g.*, pela garantia constitucional do *mandado de segurança coletivo*, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria, mediante uma só iniciativa em juízo (art. 5º, inc. LXX; v. também inc. XXI – v. *infra*, n. 158);

II) *o modo-de-ser do processo*. No desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (*contraditório*), que este seja adequadamente *participativo* na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

III) *a justiça das decisões*. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (*a*) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve "*pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça*" e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se;

IV) *efetividade das decisões*. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

O uso adequado de medidas cautelares (*infra*, n. 203) constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão. A prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel, a aplicação de multas diárias para o descumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer (Const., art. 5º, inc. LXVII) devem concorrer para que o processo cumpra com rapidez e integralmente as suas funções. Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil investem o juiz, já em continuação à fase cognitiva do processo, de amplos poderes destinados a pressionar o obrigado a cumprir obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa, reconhecidas em sentença, sem necessidade de instaurar o processo executivo segundo os modelos tradicionais.

bibliografia

Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, caps. II, III e IV.
Barbosa Moreira, *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*.
Berizonce, *Efectivo acceso a la justicia*.
Betti, *Processo civile: diritto romano*.
Cappelletti, *El acceso a la justicia* (trad.).
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 39-43.
———. *A instrumentalidade do processo*, nn. 9 ss. (sobre jurisdição), nn. 21-25 (sobre escopos do processo, insatisfações etc.) e nn. 34-36 (sobre a efetividade do processo).
———. *Execução civil*, n. 1.
———. Grinover, "Conciliação no Juizado de Pequenas Causas".
———. "A problemática dos interesses difusos".
Grinover, Magalhães, Scarance & Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, pp. 14-20, 104-105, 116-119 e 123-127.
Moreira Alves, *Direito romano*, I, n. 117.
Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir".

CAPÍTULO 2
O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL

9. as funções do Estado moderno

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, "*a providência do seu povo*", no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo* para a *realização da justiça*.

> Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro quer *uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (*welfare state*).

Essa atividade compreende a realização de obras e prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica e compreende

também as providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre pessoas em geral. Tal é a *função jurídica do Estado.*

10. legislação e jurisdição

No desempenho de sua *função jurídica* o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades, distintas mas intimamente relacionadas.

Com a primeira, que é a *legislação*, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros *tipos*, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na *jurisdição*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

> Diz-se que as pessoas a quem se dirigem em concreto os preceitos do direito objetivo estão interligadas por uma *relação jurídica* (nexo, derivado do direito, que une dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus). Através da relação jurídica regulam-se não só os *conflitos de interesses* entre as pessoas, mas também a *cooperação* que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum (são relações jurídicas, por exemplo, tanto aquela que constitui um nexo entre credor e devedor quanto a que interliga os membros de uma sociedade anônima ou os cônjuges na constância do matrimônio).

Quando ocorre, na experiência concreta, um fato que se enquadre na previsão de determinada norma, reproduzindo-lhe a hipótese como

a cópia reproduz o modelo, o preceito abstrato contido nela gera um preceito concreto, o qual disciplinará então as relações entre as pessoas envolvidas. Surge aqui um sério dissenso entre duas correntes de pensamento, a respeito de uma tomada de posição metodológica, de suma importância para o estudo científico do direito processual.

> Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (*teoria dualista* do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à *atuação* (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele.
>
> Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (*teoria unitária* do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de *compor a lide* (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento).

Na grande maioria dos casos não-penais, os preceitos cumprem-se pela vontade livre das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição (ou seja, sem necessidade de qualquer processo). Essa é a vida normal do direito, a sua *fisiologia*; a *patologia* é representada pela dúvida em torno da existência ou significado do preceito concreto, ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste. Nesses casos é que o Estado, se estimulado por aquele que tem poder para tal (ação), exercerá soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo.

> A exposição acima não tem pertinência aos preceitos penais, que de acordo com o princípio *nulla pœna sine judicio* só podem ser atuados por meio do processo. O processo penal é indispensável para a solução da controvérsia que se estabelece entre acusador e acusado, ou seja, entre a pretensão punitiva e a liberdade (mas v. *supra*, nn. 5-7, sobre a hoje admissível transação em processo penal). Isso não signifi-

ca, como é óbvio, que todo processo penal conduza à imposição de uma pena, pois será um instrumento de garantia da liberdade quando pronunciar a inocência do acusado.

O estado de insatisfação, como vem sendo frisado, decorre do veto à satisfação voluntária, ditado pela ordem jurídica (como no caso de pretensões penais e outras), ou da omissão da satisfação por quem poderia ter satisfeito a pretensão.

11. *direito material e direito processual*

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*.

E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.).

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

12. *a instrumentalidade do processo*

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu *poder* (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo).

O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social*.

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (v. *supra*, n. 4) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à "*ordem jurídica justa*". Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (*supra*, n. 8).

Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem

ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (*v.g.*, não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu: *infra*, n. 221).

13. linhas evolutivas

A história do direito processual inclui *três fases metodológicas* fundamentais.

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, *direito adjetivo*, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A *ação* era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A segunda fase foi *autonomista*, ou *conceitual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das *grandes matrizes constitucionais do sistema processual*. O *direito processual constitucional*, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Houve clima metodológico, então, para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sócio-política do sistema.

Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, eqüidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).

A terceira fase está longe de exaurir o seu potencial reformista. Durante ela já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante

a sociedade e o Estado, e não só em face da ordem jurídico-material (os variados *escopos* do processo: v. *supra*, n. 4). Foi possível ainda localizar os *pontos sensíveis* do sistema, o que constitui passo significativo para a definição das estratégias de reforma (v. *supra*, n. 8).

Já se obteve também algum progresso no plano prático, especialmente mediante a legislação brasileira sobre *pequenas causas* (ampla assistência jurídico-judiciária, simplificação das formas, maior acessibilidade popular) e *ação civil pública* (tutela jurisdicional a interesses supra-individuais), além das *garantias constitucionais do mandado de segurança coletivo* (proteção a interesses homogêneos de pessoas integrantes de determinada categoria), da *assistência jurídica aos necessitados*, da *ação direta de inconstitucionalidade* aberta a diversas entidades representativas, da exclusão das *provas obtidas por meios ilícitos etc.* (v. respectivamente, lei n. 7.244, de 7.11.84, lei n. 7.347, de 24.7.85, e Const., art. 5º, incs. LXX, LXXIV, LVI, e art. 103). O *Código do Consumidor* constitui outra conquista dessa fase, especialmente no que toca ao tratamento processual específico ali estabelecido (lei n. 8.078, de 11.9.90).

Sentem-se progressos também em sede pretoriana, com juízes e tribunais gradativamente conscientizados dos valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal e necessidade de tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso à *ordem jurídica justa*. Por exemplo, tem sido dado especial relevo à presunção de inocência do acusado, ao direito das partes ao processo e observância do procedimento, direito à prova etc.

Mas ainda resta muito a fazer. A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três *ondas renovatórias* desenvolvidas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

> O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

bibliografia

Carnelutti, *Istituzioni*, I, n. 17.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 1-7 e 15-16.
_____, *Fundamentos do processo civil moderno*, caps. 2-3.
_____, *A instrumentalidade do processo*, n. 1 (linhas evolutivas), nn. 35-36 (aspectos negativo e positivo), nn. 26 ss. (jurisdição e legislação – direito material e processo).
Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 3 e 26.
Vidigal, "Escopo do processo civil".

CAPÍTULO 3
DENOMINAÇÃO, POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA E DIVISÃO DO DIREITO PROCESSUAL

14. denominação

Diferentes denominações têm sido atribuídas, no curso do tempo, ao conjunto de conhecimentos relativos ao processo judicial. A análise dos diversos nomes propostos para essa ciência jurídica não é irrelevante, pois eles refletem, aproximadamente, momentos diversos da sua evolução.

Data da época da renovação dos estudos romanísticos no século XI o início das investigações dos juristas em torno dos problemas processuais. Num primeiro momento, utilizando o material fornecido pelo direito romano e pelo canônico, os autores procuram penetrar no próprio âmago do processo. Tal período culmina com o *Speculum iudiciale* (1271), de Duranti, que resume e condensa toda a doutrina até então elaborada. Essa obra, contudo, já contém em si as sementes da decadência dos estudos processuais que a sucedem: plasmando seu livro com preponderante sentido prático, em vista de sua ampla experiência forense, Duranti deu especial realce ao aspecto exterior do processo, em que, por largo tempo, passaram a se concentrar os autores, com prejuízo da pesquisa de seus *nexos ocultos*.

Proliferam, de então em diante e por longo tempo, as *práticas* e as *praxes*, cuja simples designação deixava clara a intenção de limitar seu conteúdo ao aspecto externo do fenômeno processual, sem preocupações de ordem científica mas com objetivos meramente pragmáticos.

A denominação *direito judiciário*, vinculada à designação romana do processo (*iudicium*) e ao seu principal sujeito (o juiz, o órgão judiciário), revelou, sem dúvida, um progresso no sentido da visão

mais científica do objeto da nossa ciência. Tal locução, no entanto, mereceu a crítica de indicar demais (porque nem todo o judiciário é processual) ou indicar de menos (porque o juiz é apenas o sujeito imparcial do processo, que exige pelo menos mais dois sujeitos – os litigantes).

Por influência alemã, difundiu-se a expressão *direito processual*, hoje dominante e contra a qual não se podem levantar as mesmas restrições suscitadas contra as demais designações da disciplina.

15. posição enciclopédica do direito processual

Informado por princípios próprios, decorrentes da função do processo e tendo este por objeto específico, o direito processual é uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica. Admitida a autonomia do direito processual, cumpre enquadrá-lo no âmbito geral do direito, relacionando-o com os demais ramos das ciências jurídicas.

Em face da clássica dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito processual está claramente incluído no primeiro, uma vez que governa a atividade jurisdicional do Estado. Suas raízes principais prendem-se estreitamente ao tronco do direito constitucional, envolvendo-se as suas normas com as de todos os demais campos do direito.

O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar os órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (*acesso à ordem jurídica justa*) e a garantia do devido processo legal (*due process of law*).

O direito processual, por sua vez, inclusive por meio de disposições contidas no próprio texto constitucional, cria e regula o exercício dos remédios jurídicos que tornam efetivo todo o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos, com o objetivo precípuo de dirimir conflitos interindividuais, pacificando e fazendo justiça em casos concretos.

Ademais dessa conexão instrumental genérica que se estabelece entre o direito processual e todos os demais ramos da árvore jurídica, outras existem, mais específicas, que o relacionam com cada um dos ramos do direito substancial.

Com o *direito administrativo* relaciona-se o direito processual porque entre os órgãos jurisdicionais e os órgãos auxiliares da justiça,

de um lado, e o Estado, de outro, há vínculos regulados pelo direito administrativo.

O direito processual prende-se ao *direito penal* porque este estabelece a tutela penal do processo ("dos crimes contra a administração da justiça" – CP, arts. 338-359).

Ao *direito civil* fazem freqüente remissão as leis processuais, como, por exemplo, no que diz respeito à capacidade processual, ao domicílio e à qualificação jurídica da pretensão, com reflexo nas regras da competência etc.

Uma ressalva pertinente: tais normas, contidas embora no Código Civil, não são de direito civil propriamente, mas normas gerais de direito, de aplicação geral.

16. divisão do direito processual

Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno (v. esp. cap. 12), uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.

Tanto é assim, que nos domínios do direito comparado já se podem invocar exemplos de regulamentação unitária do direito processual civil com o direito processual penal, em um só Código (*Codex iuris canonici*, de 1917; Código Processual sueco de 1942; Código do Panamá e Código de Honduras).

A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I e 24, inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma *teoria geral do processo*. Pense-se, ainda, nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau da jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual. Aliás, a unidade funcional do processo revela-se inequivocamente na recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual

(repelir a duplicação de atividades para atingir um único objetivo) – e, de outro, da idéia de que há conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato.

Obviamente, a unidade fundamental do direito processual não pode levar à falsa idéia da identidade de seus ramos distintos. Conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal. Processo penal é aquele que apresenta, em um dos seus pólos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado. E civil, por seu turno, é o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista etc. Disciplinando um e outro processo, temos respectivamente o direito processual civil e o direito processual penal, cujas normas espelham as características próprias dos interesses envolvidos no litígio civil e na controvérsia penal. Note-se, por último, que tais características se esbatem e quase se desvanecem no campo do chamado processo civil "inquisitório", que gira em torno de interesses indisponíveis, e da ação penal privada, que se prende a interesses disponíveis da vítima.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, nn. 10-17.
Carnelutti, *Questioni di processo penale*, pp. 1 ss.
Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, §§ 1ª-2ª.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 8-10.
Fairén Guillén, *Estudios de derecho procesal*, pp. 23 ss.
Marques, *Instituições*, I, cap. I.
———. *Manual*, I, nn. 1-19.

CAPÍTULO 4
PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

17. conceito

Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado.

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

> A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jusfilosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da *deontologia* jurídica. O fato é estudado pela *culturologia*. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos.

A doutrina distingue os *princípios gerais* do direito processual daquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram

apontadas, sob o nome de "princípios informativos" do processo: a) o *princípio lógico* (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o *princípio jurídico* (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o *princípio político* (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o *princípio econômico* (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).

Apesar de distintas dos princípios gerais, contudo, tais normas ideais os influenciam, embora indiretamente – de modo que os princípios gerais, apesar do forte conteúdo ético de que dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo.

O estudo comparado das tendências evolutivas do processo tem apontado uma orientação comum que inspira todos os ordenamentos do mundo ocidental, mostrando uma tendência centrípeta de unificação que parece ser o reflexo daquelas normas ideais, a imprimirem uma comum ideologia mesmo a sistemas processuais de diferente matriz (*v.g.*, os países do *common law* e os ligados à tradição jurídica romano-germânica).

Alguns princípios gerais têm aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, apresentando, às vezes, feições ambivalentes. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impera a disponibilidade; a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto a verdade real domina o processo penal. Outros princípios, pelo contrário, têm aplicação idêntica em ambos os ramos do direito processual (princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório, da livre convicção *etc.*).

Aliás, é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo.

> Surge na doutrina moderna (especialmente entre os portugueses – v. Gomes Canotilho e Jorge Miranda) a proposta de classificar os princípios em: a) *estruturantes*, assim considerados aqueles consistentes nas idéias diretivas básicas do processo, de índole constitucional (juiz natural, imparcialidade, igualdade, contraditório, publicidade, processo em tempo razoável *etc.*); b) *fundamentais*, que seriam aqueles mesmos princípios, quando especificados e aplicados pelos estatutos processuais, em suas particularidades; c) *instrumentais*, os que servem

como garantia do atingimento dos princípios fundamentais, como são o princípio da demanda, o do impulso oficial, o da oralidade, o da persuasão racional do juiz *etc.*

18. princípio da imparcialidade do juiz

O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*.

A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as Constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par. ún) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

Aos *tribunais de exceção* – instituídos para contingências particulares – contrapõe-se o *juiz natural*, pré-constituído pela Constituição e por lei.

Nessa primeira acepção, o princípio do juiz natural apresenta um *duplo significado*: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através do *bill of attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.

Mas as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em *três conceitos*: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do *juiz competente* no art. 5º, inc. LIII.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

As organizações internacionais também se preocupam em garantir ao indivíduo a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais competentes.

Como só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça, o moderno direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem, nem relegar a eficácia do sistema de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada país. Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana; entre eles, o direito ao juiz imparcial.

> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação feita pela Assembléia Geral das Nações Unidas reunida em Paris em 1948, estabelece: "toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial*, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

19. princípio da igualdade

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

> Assim, o art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil proclama que compete ao juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento"; e o art. 9º determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora-certa. No processo penal, ao réu revel é dado defensor dativo e nenhum advogado pode recusar a defesa criminal. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade.

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, for-

mal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

Lembre-se, ainda, que no processo penal o princípio da igualdade é atenuado pelo *favor rei*, postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva.

> Consagram a prevalência dos interesses do acusado, dentre outras, as normas que prevêem a absolvição por insuficiência de provas (art. 386, inc. VI), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 607 e 609, par.), a revisão somente em favor do réu (arts. 623 e 626, par.).

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade em armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

> O interesse público e supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em juízo são as razões ordinariamente invocadas para a implantação de verdadeiros privilégios no processo civil, como (a) os prazos em quádruplo e em dobro, em benefício da Fazenda e do Ministério Público (CPC, art. 188); b) a necessária remessa do processo ao tribunal competente para a apelação, mesmo que nenhuma das partes haja recorrido, em caso de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (*cfr.* art. 475, §§ 2º e 3º, que timidamente atenuaram esse indesejável privilégio fazendário); c) o tratamento generoso dedicado a esta quando sai vencida no processo e paga honorários do vencedor em percentual inferior ao que pagaria uma parte comum (art. 20, § 4º). Outras prerrogativas, que se justificam pela idoneidade financeira e pelo interesse público, são a procrastinação do pagamento das despesas processuais (dispensa de preparo) e a concessão da medida cautelar independentemente de justificação prévia e de caução (CPC, arts. 27, 511 e 816, inc. I).

É de absoluta legitimidade constitucional a lei que manda dar prioridade, nos juízos inferiores e nos tribunais, às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (CPC, art. 1.211-A, c/c lei n. 10.741, de 1.10.03, art. 71 – Estatuto do Idoso); toma-se em consideração que as partes idosas têm menor expectativa de sobrevida e, na maioria dos casos, mais necessitam da tutela jurisdicional.

20. princípios do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo (*infra*, nn. 175-176).

> Como veremos, a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. Em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de "colaboradores necessários": cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.

No Brasil, o contraditório na instrução criminal vinha tradicionalmente erigido em expressa garantia constitucional, sendo deduzido da própria Constituição, indiretamente embora, para o processo civil. Idêntica postura era adotada quanto à garantia da ampla defesa, que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação, tradu-

zindo-se na expressão *nemo inauditus damnari potest*. A Constituição de 1988 previu contraditório e ampla defesa num único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º, inc. LV).

> O texto constitucional autoriza o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa são também garantidos no processo administrativo não punitivo, em que não há acusados, mas litigantes (titulares de conflitos de interesses).

No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII).

Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório.

Entre nós, a ciência dos atos processuais é dada através da *citação*, da *intimação* e da *notificação*.

> A legislação brasileira não é uniforme no uso desses vocábulos. Nos Códigos de Processo Civil e Penal, *citação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém da instauração de um processo, chamando-o a participar da relação processual (v. CPC, art. 213). *Intimação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos do processo, contendo também, eventualmente, comando de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CPC, art. 234). Nesses dois diplomas não se usa *notificação* para designar ato de comunicação processual, seguindo a mesma orientação o Projeto de Código de Processo Penal. Já a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei do Mandado de Segurança usam *notificação* onde deveriam dizer *citação*.

Mas a citação, a intimação e a notificação não constituem os únicos meios para o funcionamento do contraditório; é suficiente que se identifique, sem sombra de dúvida, a ciência bilateral dos atos contrariáveis.

Tratando-se de direitos disponíveis (demanda entre maiores, capazes, sem relevância para a ordem pública), não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda que a contrariedade não se efetive. É o caso do réu em processo civil que, citado em pessoa, fica

revel (CPC, arts. 319 ss.). Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo-crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPP, arts. 261 e 263) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado. Por outro lado, a lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, não permite o prosseguimento do processo contra o acusado que, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, suspendendo-se seu curso, juntamente com o prazo prescricional. No processo civil, o revel citado por edital ou com hora-certa será defendido por um curador nomeado pelo juiz (CPC, art. 9º, inc. II) e o incapaz será assistido pelo Ministério Público (art. 82, inc. I).

Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 932, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.

> O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não *acusado*, ou *réu*) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com *litigantes* (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.

21. princípio da ação – processos inquisitivo e acusatório

Princípio da ação, ou da *demanda*, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Como veremos, denomina-se *ação* o direito (ou poder) de ativar os órgãos juris-

dicionais, visando à satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo judex sine actore*.

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E assim, a idéia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao *processo de ação*, que, no processo penal, corresponde ao *processo acusatório*. No *processo inquisitivo*, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão.

> Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório e escrito. Pela mesma razão, desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a "rainha das provas": a confissão.
>
> A rigor, é em tese concebível que, mesmo em um sistema inquisitivo, tais aspectos deixem de se apresentar. Mas, mesmo que possa haver nele, em tese, o exercício da defesa e do contraditório, sempre lhe faltariam elementos essenciais ao denominado *devido processo legal*, como a publicidade e a posição eqüidistante do juiz com relação às partes e às provas.

O *processo acusatório* – que prevaleceu em Roma e em Atenas – é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Ao lado desses dois sistemas ainda existe o *processo penal misto*, em que há somente algumas etapas secretas e não contraditórias.

> É o caso, *v.g.*, do Código de Processo Penal francês, que prevê um procedimento desenvolvido em três fases: a investigação preliminar perante a polícia judiciária, a instrução preparatória e o julgamento. As duas primeiras são secretas e não-contraditórias.

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação.

O ordenamento brasileiro adota, pois, o princípio da demanda quer na esfera penal (CPP, arts. 24, 28 e 30), quer na esfera civil (CPC, arts. 2º, 128 e 262). Existem exceções, todavia, que a própria lei abre à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais: na execução trabalhista, o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho; em matéria falimentar, o art. 162 da Lei de Falências (v. *infra*, n. 63).

> Explicam-se tais exceções em face da natureza particular do próprio objeto do processo. Tendo este caráter instrumental, é preciso atentar à natureza do direito substancial a cuja atuação ele se volta. A disponibilidade é ilimitada quando se trata de um direito privado, mas, tratando-se de direitos públicos, as tendências publicistas do processo podem ser exacerbadas, levando a relegar a um segundo plano o princípio da ação. É o que se nota nos ordenamentos socialistas, onde o direito privado se torna irrelevante e o processo assume características de um publicismo extremado, ampliando-se os poderes de ação e de intervenção do órgão jurisdicional (por exemplo, arts. 340, § 3º, e 351, § 3º, do Código de Processo Civil da antiga União Soviética). Esse critério repugna aos sistemas ocidentais; é sintomático que a Constituição brasileira de 1988 tenha prescrito, no art. 129, inc. I, ser função institucional, privativa do Ministério Público, a promoção da ação penal (com o que vieram perder a eficácia os arts. 26 e 654 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, bem como outros diplomas legislativos, como a lei n. 4.611, de 2 de abril de 1965, na previsão da persecução penal *ex officio*). Como exceção ao princípio da inércia do órgão jurisdicional, no processo penal brasileiro, permanece apenas o *habeas corpus* de-ofício.
>
> O princípio da ação manifesta-se, em primeiro lugar, através da iniciativa de provocar a movimentação do aparelho jurisdicional, confiada à parte: é o que acabamos de ver. Mas não é só: o que vale para o pedido do autor também vale para o pedido que o réu pode formular em juízo contra o autor e que o transforma de réu em verdadeiro autor. Tal é a *reconvenção* do processo civil.
>
> A reconvenção é algo bem diverso da simples defesa do réu: ao reconvir, o réu move uma nova demanda ao autor, exercendo uma pretensão própria e autônoma, com relação à qual são invertidas as posições das partes no processo. O réu não se limita a defender-se, mas passa ao ataque: também exerce uma ação, no mesmo processo em que é demandado (CPC, art. 315).

E, enfim, como terceira manifestação do princípio da ação, decorre a regra pela qual o juiz – que não pode instaurar o processo – também não pode tomar providências que superem os limites do pedido: *ne eat iudex ultra petita partium* (CPC, arts. 459 e 460).

No processo penal, o fenômeno é semelhante. É verdade que o juiz pode dar definição jurídica diversa ao fato delituoso em que se funda a acusação, ainda que daí derive a aplicação de pena mais grave (CPP, arts. 383 e 384, *caput*). Mas nesses casos, observado o contraditório, não se caracteriza julgamento *ultra petita* e sim a livre dicção do direito objetivo pelo juiz, em virtude do conceito *jura novit curia*. O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o requerimento de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional.

Já quando se altera a configuração dos fatos (CPP, art. 384, par. ún.), o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa.

22. *princípios da disponibilidade e da indisponibilidade*

Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir *da ação*) ou a certas situações processuais. Trata-se do *princípio da disponibilidade processual*.

Esse poder dispositivo é quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.

Pela razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade). O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada.

O caráter público das normas penais materiais e a necessidade de assegurar a convivência dos indivíduos na sociedade acarretam a conseqüência de que o *ius puniendi* seja necessariamente exercido; *nec delicta maneant impunita*. O Estado não tem apenas o direito, mas sobretudo o dever de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciarem a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial. O princípio da indisponibilidade está, assim, à base do processo penal, em muitos sistemas jurídicos.

Se as infrações são tão insignificantes, a ponto de a *persecutio criminis* tornar-se inconveniente, cabe ao legislador não configurar tais fatos como ilícitos penais. Mas, uma vez enquadrado um fato na tipificação legal pelo direito objetivo, costuma-se afirmar que nenhuma parcela de discricionariedade pode ser atribuída aos órgãos incumbidos da persecução. Todavia, mesmo os sistemas penais filiados ao princípio da obrigatoriedade admitem alguma atenuação do princípio, abrindo caminho para a discricionariedade, regulada por lei, pelo menos com relação às infrações penais de menor gravidade. A Constituição brasileira, atenta a essa tendência, contempla a transação, em matéria penal, para as denominadas *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 98, inc. I), no que foi secundada pela lei n. 9.099/95 (v. *supra*, nn. 5 e 7).

> Antes disso, os juízes paulistas e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo o pedido de arquivamento de inquérito policial pelo promotor de justiça, nos casos de lesões corporais leves oriundas de contendas entre cônjuges que depois se tivessem composto, voltando à normalidade da vida conjugal.

Como conseqüência do princípio da obrigatoriedade, nos crimes de ação pública a autoridade policial é obrigada a proceder às investigações preliminares (CPP, art. 5º) e o órgão do Ministério Público deve necessariamente apresentar a denúncia (salvo nas infrações penais de menor potencial ofensivo) – ou seja, a deduzir em juízo a pretensão punitiva (art. 24). Diante disso, o art. 28 do Código de Processo Penal exige, para o pedido de arquivamento do inquérito por parte do Ministério Público, a invocação de razões, que podem ser rechaçadas pelo juiz, com subseqüente remessa dos autos ao Procurador-Geral. É certo, porém, que, se este insistir no arquivamento, o juiz será obrigado a atendê-lo, o que indica o risco de alguma mitigação do princípio da indisponibilidade, em benefício, porém, do princípio da ação.

O princípio da obrigatoriedade sofre outras limitações: a) nos casos de ação penal privada, o *jus accusationis* fica confiado ao ofendido ou a quem legalmente o represente, instaurando-se o processo somente se estes o desejarem; b) nos crimes de ação penal pública con-

dicionada à representação, os órgãos públicos ficam condicionados à manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal; c) assim também ocorre nos crimes cuja ação fica subordinada a requisição do Ministro da Justiça; d) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, de ação condicionada à representação, a transação civil acarreta a extinção da punibilidade penal; e) o Ministério Público, ao invés de oferecer denúncia, pode propor a imediata aplicação de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa) quando não houver transação civil ou a ação for pública incondicionada; f) nos crimes de média gravidade o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo.

Tais exceções são legitimadas por razões específicas e não derrogam a regra geral, que é de indisponibilidade do processo criminal.

> Derrogações ao princípio geral são encontradas, em medida maior ou menor, na maioria dos ordenamentos processuais modernos. Assim, *v.g.*, o Código de Processo Penal alemão de 1924 permite ao Ministério Público abster-se da acusação, se a culpabilidade do agente é leve e insignificantes as conseqüências do ilícito; o mesmo quanto aos crimes praticados fora do território alemão, dadas as dificuldades e gastos na persecução. Os ordenamentos italiano e português seguem a linha da "discricionariedade regulada" nos Códigos de Processo Penal de 1988 e de 1987, respectivamente, com atenuação do princípio da indisponibilidade, nas hipóteses previstas em lei e com controle jurisdicional, no que foram seguidas pela lei brasileira 9.099/95.

Tudo que se disse com relação ao princípio da indisponibilidade na instauração do inquérito policial e da ação penal também diz respeito à tramitação desta (regra da *irretratabilidade*). O art. 17 do Código de Processo Penal proíbe à autoridade policial, uma vez instaurado o inquérito, deixar de continuar suas investigações ou arquivá-lo; e o art. 42 dispõe que o Ministério Público não pode desistir da ação penal. Tão importante é o princípio da indisponibilidade da ação penal, que chega a atingir a matéria de recursos, pois não poderá o Ministério Público desistir do recurso interposto (CPP, art. 576). Pode o Ministério Público, porém, pedir absolvição do réu: esse "pedido" não vale por desistência da acusação e não passa, na prática, de mero parecer, podendo o juiz, apesar dele, proferir sentença condenatória (art. 385). Eis mais uma prova de que a pretensão punitiva, pertencente ao Estado, é indisponível.

Também nessa fase da *persecutio criminis* o princípio sofre exceções nos casos de crimes de ação privada, nos quais se admite renúncia, perdão e perempção (CPP, arts. 49, 51 ss. e 60). A situação é diversa na ação pública dependente de representação, pois esta se torna irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 25), ou seja, depois de iniciada a ação (v. tb. CP, art. 102).

Outra decorrência da indisponibilidade do processo penal é a regra pela qual os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* devem *ser estatais* (regra de *oficialidade*). Sendo eminentemente pública a função penal, a pretensão punitiva do Estado também deve ser deduzida por agentes públicos. Em Roma, no período republicano, a função de acusar podia ser cometida a qualquer do povo, *uti civis*; mas a experiência não surtiu efeitos, ocasionando vários inconvenientes práticos. Desse modo, só excepcionalmente as legislações modernas permitem que tal função fique a cargo de qualquer do povo (a Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte, a Espanha permitem, em alguns casos, a qualquer cidadão o exercício da persecução penal).

> É a denominada *ação penal popular*, que, no ordenamento brasileiro atual, só se permite nos crimes de responsabilidade praticados pelo Procurador-Geral da República e por Ministros do Supremo Tribunal Federal (lei n. 1.079, de 10.4.1950, arts. 41, 58, 65 e 66).

Entre nós, o princípio da oficialidade só apresenta restrições nos casos de ação penal privada e nos casos de crimes de responsabilidade supra-referidos. Excluindo tais exceções, o princípio não sofre outras limitações: à polícia judiciária compete a instauração do inquérito (CPP, arts. 4º e 5º); e ao órgão do Ministério Público, a promoção da ação penal (art. 24).

> A regra da oficialidade desdobra-se na *autoridade* (pois o órgão oficial é uma autoridade pública, que tem o poder-dever da persecução penal) e na *oficiosidade* (as autoridades incumbidas da *persecutio criminis* devem exercer suas funções-de-ofício, sem necessidade de provocação ou assentimento de outrem).
>
> Novamente nos defrontamos, aqui, com a exceção constituída pelos crimes de ação privada, em que inquérito policial e ação penal só se iniciam por provocação do interessado (CPP, arts. 5º, § 5º, e 30). Outra exceção é constituída pelos crimes de ação pública dependente de representação ou de requisição do Ministro da Justiça.
>
> A regra da oficiosidade não impede, porém, que qualquer pessoa do povo provoque a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre o fato e autoria nos crimes de ação pública (CPP, art. 27). E mesmo nos crimes de ação pública é admitida ação privada, se aquela não for intentada no prazo legal, embora sem privar o Ministério

Público de seus poderes processuais (CPP, art. 29 – disposição alçada a nível constitucional pelo art. 5º inc. LIX, da Constituição Federal).

23. *princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real*

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet.*

O poder de disposição das partes em relação ao desenvolvimento do processo é conseqüência da própria estrutura deste. Vários fatores influem na regulamentação dos poderes do juiz no processo: uns, político-filosóficos, outros técnicos e outros, ainda, locais – jamais perdendo-se de vista o mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo pela sua imparcialidade.

Na doutrina contemporânea reserva-se a locução *princípio dispositivo*, como no texto acima está, para a regra da iniciativa probatória de parte. Não confundir essa regra com a da *disponibilidade* (*supra*, n. 22), não-obstante a semelhança vocabular.

Tem dito a doutrina que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo parece ser a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz. O princípio é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desses princípios, elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença.

A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes.

À vista disso, quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infortunística, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes.

Eis o fundamento político jurídico do princípio.

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.

No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: *só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal*, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos.

Mas, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, inc. VI), sem falar na Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95).

Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.

> Tal tendência é universal: o sistema da livre investigação não é devido a particulares regimes políticos, pois existe em vários Estados liberais (*v.g.*, Áustria, Suíça, França, Inglaterra) e o próprio Brasil já o conhecia, desde o código estadual da Bahia, de 1915. Essa marcha para o denominado *processo civil autoritário* é conseqüência da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar "socialização do direito".
>
> Mas o poder discricionário do juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age, na direção do processo, *solutus partibus*, mas não *solutus lege*.

Diante disso, vejamos como se assegura, no Brasil, a livre investigação das provas pelo juiz.

No processo penal, é tão absoluto o princípio (*cfr.*, *v.g.*, o cuidado do legislador ao estabelecer a regra do art. 197 CPP, sobre a confissão), que mais correto seria falar nas exceções ao princípio, que são notavelmente escassas; já apontamos a impossibilidade de mover nova ação penal contra o réu absolvido, mesmo que outras provas apareçam depois.

O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial.

Na justiça trabalhista, os poderes do juiz na colheita das provas também são amplos (CLT, art. 765).

24. princípio do impulso oficial

É o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional. Trata-se, sem dúvida, de princípio do direito processual; mas, por prender-se intimamente ao procedimento (veste formal do processo), é preferível analisá-lo em outra sede (v. *infra*, n. 210).

25. princípio da oralidade

Aqui também, por uma questão de método, relega-se a outra sede mais adequada o estudo desse princípio, indissoluvelmente ligado ao procedimento (v. *infra*, n. 209).

26. princípio da persuasão racional do juiz

Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*.

O primeiro (*prova legal*) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no pólo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Exemplo do sistema da prova legal é dado pelo antigo processo germânico, onde a prova representava, na realidade, uma invocação a Deus. Ao juiz não competia a função de examinar o caso, mas somente a de ajudar as partes a obter a decisão divina; a convicção subjetiva do tribunal só entrava em jogo com relação à atribuição da prova. O princípio da prova legal também predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida num sistema de presunções, na tentativa da lógica escolástica de resolver tudo *a priori*.

O princípio *secundum conscientiam* é notado, embora com certa atenuação, pelos tribunais do júri, compostos por juízes populares.

A partir do século XVI, porém, começou a delinear-se o sistema intermediário do *livre convencimento do juiz*, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa.

Um decreto da assembléia constituinte de 1791 determinava aos jurados que julgassem *suivant votre conscience et votre intime conviction*; o código napoleônico de processo civil acolheu implicitamente o mesmo princípio. Mas é sobretudo com os estatutos processuais da Alemanha e Áustria que o juiz se libertou completamente das fór-

mulas numéricas. O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado* (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, art. 335).

O princípio do livre convencimento do juiz prende-se diretamente ao sistema da *oralidade* e especificamente a um de seus postulados, a imediação (*infra*, n. 209).

27. a exigência de motivação das decisões judiciais

Outro importante princípio, voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, é o da necessária motivação das decisões judiciárias.

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c/c art. 458; CLT, art. 832).

Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Por isso, diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX) o princípio que antes se entendia defluir do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciárias, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado. A Constituição de 1988 cuidou também de impedir a exigência da *argüição de relevância*, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – seu art. 102 não formula essa exigência e não deixa ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio a repristinar a antiga *argüição de relevância*, agora com a exigência da *repercussão geral* para que o recurso extraordinário possa ser conhecido – mas, à luz do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação nas decisões a esse respeito.

28. princípio da publicidade

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.

Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. Famosas as palavras de Mirabeau perante a Assembléia Constituinte: *donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe, pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public*. Realmente, o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.

Ao lado dessa publicidade, que também se denomina *popular*, outro sistema existe (chamado de publicidade para as partes ou *restrita*), pelo qual os atos processuais são públicos só com relação às partes e seus defensores, ou a um número reduzido de pessoas. Com isso, garantem-se os indivíduos contra os males dos juízos secretos, mas evitando alguns excessos a que vamos nos referir logo mais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, solenemente proclamada pelas Nações Unidas em 1948, garante a publicidade popular dos juízos (art. 10º) e a ordem jurídica brasileira outorga a esse princípio o *status* constitucional, dispondo que "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" (Const., art. 93, inc. IX, red. EC n. 45, de 8.12.04). Antes da Constituição Federal de 1988, o princípio da publicidade era afirmado exclusivamente em nível infraconstitucional (CPC, art. 155; CPP, art. 792; CLT, art. 770).

O Código de Processo Civil, por sua vez, restringe o direito de consultar autos às partes e a seus procuradores. O terceiro só tem direito a certidões do dispositivo da sentença e de inventário e partilhas resultantes de separação judicial ou divórcio; e somente o tem quando amparado por interesse jurídico (art. 155, par.). O Código de Processo Civil de 1939 não continha tal restrição (arts. 5º e 19). É o princípio da publicidade restrita que o novo Código adotou nesse dispositivo e cuja eficácia deverá agora ser reavaliada em face da norma constitucional superveniente que somente admite a limitação da publicidade às partes ou aos seus procuradores, quando o interesse público o exigir (art. 5º, inc. LX).

A regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados. É o que dispõe o art. 155, incs. I e II, do Código de Processo Civil, bem como arts. 483 e 792, § 1º, do Código de Processo Penal. Também nesses casos adota-se, por motivos óbvios, a publicidade restrita, em plena consonância com o inc. IX do art. 93 e até com expressa autorização concedida no art. 5º, inc. LX da Constituição Federal.

No campo penal, a lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, sobre organizações criminosas, cerca de sigilo o resultado de investigações de que chega a incumbir o próprio juiz, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade (art. 3º); e a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulando as interceptações telefônicas, também trata seu resultado como sigiloso (art. 8º). Mas o sigilo só pode ser temporário, enquanto estritamente necessário, não podendo sacrificar o contraditório, ainda que diferido.

Aliás, toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas vêem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial.

Publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.

Pelas razões já expostas, o inquérito policial é sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. O Estatuto da Advocacia, contudo (lei n. 8.906, de 4.7.94), estabelece como direitos do advogado o de "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos" (art. 7º, inc. XIV) e o de "ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares" (art. 7º, inc. VI, *b*). Com isso, praticamente desapareceu o sigilo dos inquéritos.

29. *princípio da lealdade processual*

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denonina-se *princípio da lealdade processual*.

Por influência do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, o Código de Processo Civil consigna expressamente que a

disciplina moralizadora contida em seus arts. 14 ss. endereça-se a "todos aqueles que de alguma forma participam do processo" – o que inclui o juiz, as partes principais, todos os possíveis intervenientes, seus advogados, o Ministério Público, a Fazenda Pública e os auxiliares da Justiça em geral.

Mas uma coisa é certa: a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos.

O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em *ilícito processual* (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais.

Uma das preocupações fundamentais do Código de Processo Civil é a preservação do comportamento ético dos sujeitos do processo. Partes e advogados, serventuários, membros do Ministério Público e o próprio juiz estão sujeitos a sanções pela infração de preceitos éticos e deontológicos, que a lei define minuciosamente (arts. 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193 ss., 600 e 601).

A jurisprudência tem interpretado com cautela essas disposições, para evitar sérias lesões ao princípio do contraditório. Aliás, o rigor do Código na definição das infrações éticas foi mitigado pela lei n. 6.771, de 27 de março de 1980, que, alterando o seu art. 17, retirou do rol dos atos do litigante de má-fé a conduta meramente culposa. O perigo permanece na *execução*, pois o devedor será afastado do contraditório se "não indicar ao juiz onde se encontram os bens" a ela sujeitos (arts. 600 e 601).

O estatuto processual penal não denota especial preocupação com a lealdade processual (*cfr.*, porém, seus arts. 799 e 801), mas o Código Penal comina pena de detenção para a fraude em processo civil ou procedimento administrativo, determinando a sua aplicação em dobro quando a fraude se destina a produzir efeitos em processo penal.

Parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrariamente ao princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo "instrumento de tortura moral". Hoje, porém, a doutrina tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia individualista do *laissez-faire*, afirmando a oportunidade de um dever

de veracidade das partes no processo civil, diante de todas as conotações publicistas agora reconhecidas ao processo, e negando, assim, a contradição entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional.

30. princípios da economia e da instrumentalidade das formas

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de processos em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 105), a própria reconvenção, ação declaratória incidente, litisconsórcio etc.

Nesses casos, a reunião de duas ou mais causas ou demandas num processo não se faz apenas com vista à economia, mas também para evitar decisões contraditórias.

Importante corolário da economia é o princípio do *aproveitamento dos atos processuais* (CPC, art. 250, de aplicação geral ao processo civil e ao penal).

Exemplos da aplicação desse princípio ao processo civil são encontrados na regra de indiferença na escolha do interdito possessório adequado (CPC, art. 920), bem assim nas regras processuais sobre nulidades processuais, quando os atos tiverem alcançado sua finalidade e não prejudicarem a defesa (arts. 154, 244, 248).

No processo penal, não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 566 e 567).

As nulidades processuais serão objeto de estudo em outro capítulo; tal questão envolve a análise de outro princípio, decorrente do da economia processual: o *princípio da instrumentalidade das formas*, a ser oportunamente analisado (*infra*, n. 221).

Ainda como postulado do princípio da economia processual incluísse a adoção de procedimentos sumaríssimos em causas de pequeno valor, os quais são destinados a proporcionar maior rapidez ao serviço jurisdicional (CPC, art. 275, inc. I e art. 550). O processo das *pequenas causas* civis (lei n. 9.099, de 26.9.95), agora elevado à estatura

constitucional e estendido às pequenas causas penais (Const., arts. 24, inc. X, e 98, inc. I), é mais um sistema de intensa aplicação do princípio econômico.

Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ser sabiamente dosado. A majestade da Justiça não se mede pelo valor econômico das causas e por isso andou bem o ordenamento brasileiro ao permitir que todas as pretensões e insatisfações dos membros da sociedade, qualquer que seja seu valor, possam ser submetidas à apreciação judiciária (Const., art. 5º, inc. XXXV); e é louvável a orientação do Código de Processo Civil, que permite a revisão das sentenças pelos órgãos da denominada jurisdição superior, em grau de recurso, qualquer que seja o valor e natureza da causa (v. n. seg.).

31. princípio do duplo grau de jurisdição

Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da "jurisdição superior", ou de segundo grau (também denominada de *segunda instância*).

O juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo que não está adstrito, entre nós, às decisões dos tribunais de segundo grau, julgando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica. As locuções *jurisdição superior* e *jurisdição inferior* indicam apenas a competência da primeira para julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau – *competência de derrogação*, pois, sem qualquer possibilidade de prévia interferência sobre o modo como o juiz decidirá (*infra*, n. 72). Isso quer dizer que a existência de órgãos superiores e da garantia do duplo grau de jurisdição não interfere nem reduz as garantias de independência dos juízes.

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso. Apesar disso, ainda existe uma corrente doutrinária – hoje reduzidíssima – que se manifesta contrariamente ao princípio. Para tanto, invoca três principais circunstâncias: a) não só os juízes de primeiro grau, mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando

confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário.

Não-obstante, é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragrados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. II; art. 105, inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciários de segundo grau (*v.g.*, art. 93, inc. III). Ademais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária prevêem e disciplinam o duplo grau de jurisdição.

Casos há, porém, em que inexiste o duplo grau de jurisdição: assim, *v.g.*, nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, especificada no art. 102, inc. I, da Constituição. Mas trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar às suas próprias regras.

O direito brasileiro, na esteira do norte-americano, atribui ao órgão de cúpula da jurisdição – o Supremo Tribunal Federal – certas atribuições que o colocam como *órgão de superposição* de terceiro ou até de quarto grau (art. 102, inc. III). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho podem funcionar como órgãos de terceiro grau (arts. 105, inc. III, 111, inc. I, e 118, inc. I).

Em princípio só se efetiva o duplo grau de jurisdição se e quando o vencido apresentar recurso contra a decisão de primeiro grau: ou seja, há necessidade de nova provocação do órgão jurisdicional, por parte de quem foi desfavorecido pela decisão. Só excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei e tendo em vista interesses públicos relevantes, a jurisdição superior entra em cena sem provocação da parte (CPC, art. 475; CPP, art. 574, incs. I-II, c/c art. 411, e art. 746). Tal é a *devolução oficial*, ou *remessa necessária*, que alguns textos legais ainda insistem em denominar "recurso de-ofício".

Nenhuma discriminação estabelecem o Código de Processo Civil e o de Processo Penal quanto às causas de pequeno valor ou de determinada matéria. Qualquer que seja o valor econômico do benefício pleiteado ou a pena cominada para o ilícito penal, admite-se o duplo grau de jurisdição. Contudo, a Consolidação das Leis do Trabalho considera irrecorríveis as sentenças proferidas em causas de pequeno valor, salvo se versarem sobre matéria constitucional (art. 893, § 4º).

> A Lei das Execuções Fiscais (lei n. 6.830, de 22.9.80, art. 34) e a lei n. 6.825, do mesmo dia, dispondo sobre a Justiça Federal (art. 4º, § 2º), ressuscitando os velhos *embargos de alçada*, do art. 839 do Código de Processo Civil de 1939, só admitem os chamados *embargos infringentes* (para o mesmo juiz) em causas de pequeno valor econômico. O critério tem sido considerado de duvidosa constitucionalidade, por parte da doutrina.

Já a Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95) institui o recurso a um órgão colegiado composto de juízes de primeiro grau (art. 41, § 1º). É a mesma linha adotada pelo Projeto de Código de Processo Penal para o procedimento sumaríssimo, previsto para as contravenções e os crimes de lesão corporal culposa, homicídio culposo e os punidos com detenção até um ano (art. 507, par. ún.).

A sistemática adotada na Lei dos Juizados Especiais foi muito bem-sucedida, a ponto de vir a ser consagrada no texto constitucional de 1988 (art. 98, inc. I). Com isso fica resguardado o duplo grau, que

não deve necessariamente ser desempenhado por órgãos da denominada "jurisdição superior".

bibliografia

Allorio, "Giustizia e processo nel momento presente".

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, II, cap. XLII.

Barbi, "Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil".

Calamandrei, *Istituzioni*, II, §§ 117-120.

_____. "Il processo come giuoco".

_____. "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio".

Cappelletti, "Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato".

Carnelutti, "Processo in frode alle legge".

Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, §§ 115-122.

Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*.

Cunha, "O dever de verdade no direito processual brasileiro".

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. VII, nn. 74-79.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, nn. 43-52.

Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, n. 28.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*.

_____. *Novas tendências do direito processual*.

Leone, *Trattado di diritto processuale penale*, I, p. 129.

Liebman, *Manual*, I, nn. 124-130.

_____. "Il principio del contraddittorio e la Costituzione".

_____. *Problemi del processo civile*, pp. 3 ss. ("Fondamento del principio dispositivo").

Machado Guimarães, "Processo autoritário e regime liberal".

Marques, *Elementos*, I, §§ 11, 22 e 24, pp. 192 ss.

_____. *Instituições*, I, § 16, e II, § 68.

Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, pp. 75 ss.

Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil* (trad.).

Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, I, p. 63.

Tolomei, *Principii fondamentali del processo penale*.

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 35 ss.

Watanabe, *Controle jurisdicional*.

Zani, *La mala fede nel processo civile*, pp. 15-18.

CAPÍTULO 5
DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

32. processo e Constituição

É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

> Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da

subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária.

> Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política hão de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.
>
> Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.
>
> É por isso que os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Cappelletti, Denti, Vigoriti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns entre os nomes que vêm se destacando na análise do denominado *processo constitucional*. Seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de Goldschimit, Calamandrei, Couture e Liebman, referidos ao início deste parágrafo.

33. direito processual constitucional

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional.

Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis – e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*,

mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e *ação popular*.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária será objeto de análise em outro tópico (*infra*, cap. 16, esp. nn. 85-86). A jurisdição constitucional é matéria que pertence especificamente ao direito constitucional, ao direito processual civil e ao direito processual penal.

Mas a *tutela constitucional do processo* é matéria atinente à teoria geral do processo, pelo que passamos a examiná-la em sua dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

34. tutela constitucional do processo

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões: "nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país".

Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição como v emenda.

A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça. Reconhecendo a relevância da ciência processual, a Constituição atribui à União a competência para legislar sobre o direito processual, unitariamente conceituado (art. 22, inc. I); quanto a "procedimentos em matéria processual", dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inc. XI).

O direito de ação, com o correlato acesso à justiça, é ainda sublinhado pela previsão constitucional dos juizados para pequenas causas, civis e penais, agora obrigatórios e todos informados pela conciliação e pelos princípios da oralidade e concentração (art. 98, inc. I). E

mesmo fora dos juizados, a Constituição valoriza a função conciliatória extrajudicial, pela ampliação dos poderes do juiz de paz (art. 98, inc. II).

Também se inserem na facilitação do acesso à justiça, mediante a legitimação do Ministério Público e de corpos intermediários (como as associações, entidades sindicais, partidos políticos, sindicatos), todas as regras para a defesa de *interesses difusos e coletivos*, de que a nova Constituição é extremamente rica (art. 5º, incs. XXI e LXX; art. 8º, inc. III; art. 129, inc. III e § 1º; art. 232). O mesmo ocorre com relação à titularidade da ação direta de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, a qual ficou sensivelmente ampliada (art. 103).

> O fenômeno da abertura dos esquemas da legitimação para agir será tratado junto com esta, no tópico atinente às condições da ação (*infra*, n. 158).

Nota a doutrina que desses textos constitucionais decorre a proclamação de valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política: *direito processual* é expressão dotada de conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei.

35. acesso à justiça (ou garantias da ação e da defesa)

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a *direitos individuais*. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

> Essa garantia não é infringida pela Lei da Arbitragem (lei n. 9.307, de 23.9.1996), que não mais submete o laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial (arts. 18 e 31). A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimento da vontade de quem se recusa. Além disso, a lei contempla o acesso aos tribunais para a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos nela previstos.

Para a efetivação da garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5º, inc. LXXIV, c/c art. 134, § 2º, red. EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004).

Além de caracterizar a garantia de acesso à justiça, a organização das defensorias públicas atende ao imperativo da paridade de armas entre os litigantes, correspondendo ao princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica: *infra*, n. 130.

Sobre o reforço dado ao direito de ação mediante a garantia de novos juizados para causas menores e abertura da legitimidade ativa *ad causam*, *supra*, n. 34.

Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a justiça.

Sobre o significado sistemático do acesso à justiça, v. esp. *supra*, n. 8.

36. as garantias do devido processo legal

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório (v. *infra*, nn. 175-177), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*" (art. 5º, inc. LIV).

O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do *juiz competente* (art. 5º, incs. XXXVII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.

Assim o *contraditório* e *ampla defesa* vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja *litigantes* ou *acusado* (art. 5º, inc. LV).

A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada *inquérito policial* não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há *acusado*, mas mero indiciado. Permanece de pé a distinção do Código de Processo Penal, que trata do inquérito nos arts. 4º e 23, e da instrução processual nos arts. 394 e 405.

Procura-se, ainda, dar concretude à *igualdade processual* que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inc. I do art. 5º – transformando-a no princípio dinâmico da *par conditio* ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa, no processo penal.

É o que já ficou observado (*supra*, n. 35), ao analisar a garantia do acesso à justiça por intermédio das defensorias públicas.

Como novas garantias, a *publicidade* e o *dever de motivar as decisões judiciárias* são elevadas a nível constitucional (arts. 5º, inc. LX, e 93, inc. IX).

As *provas obtidas por meios ilícitos* são consideradas inadmissíveis e, portanto, inutilizáveis no processo (art. 5º, inc. LVI).

A garantia constitucional da *inviolabilidade do domicílio* (art. 5º, inc. XI) não chega ao ponto de impedir que esta sofra restrições impostas pela lei, para permitir ao juiz – ou à autoridade policial, em caso de prisão em flagrante – a imposição de medidas coercitivas.

Também o *sigilo das comunicações em geral e de dados* é garantido como inviolável pela Constituição vigente (art. 52, inc. XII). Daquelas, somente as telefônicas podem ser interceptadas, sempre segundo a lei e por ordem judicial, mas apenas para efeito de prova penal.

Ainda há *garantias específicas para o processo penal*. Assim, pela primeira vez é reconhecida a *presunção de não-culpabilidade* do

acusado (art. 5º, inc. LVIII); veda-se a *identificação criminal datiloscópica* de pessoas já identificadas civilmente, ressalvadas as hipóteses a serem previstas em lei (art. 5º, inc. LVIII); prevê-se, a nível constitucional, a *indenização pelo erro judiciário* e pela *prisão* que *supere os limites da condenação* (art. 5º, inc. LXXV). E a *prisão*, ressalvadas as hipóteses do flagrante e das transgressões e crimes propriamente militares, só pode ser *ordenada pela autoridade judiciária competente* (art. 5º, inc. LXI).

> Por força dessa garantia vêm a cair, já *de lege lata*, a prisão administrativa; e, *de lege ferenda*, qualquer possibilidade de prisão policial para averiguações, freqüentemente preconizada para a legislação futura.

Determina a Constituição, ainda, que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz (art. 5º, inc. LXII), o qual a relaxará se ilegal (art. 5º, inc. LXV). Ainda no campo das investigações policiais, é assegurado o *direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório* (art. 5º, inc. LXIV). A *liberdade provisória*, com ou sem fiança, é garantida nos casos previstos em lei (art. 5º, inc. LXVI). Finalmente, a *incomunicabilidade de preso* é vedada pela norma que lhe assegura, junto com a informação sobre os próprios direitos – inclusive o de permanecer calado – a assistência do defensor e da família (art. 5º, inc. LXIII).

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa*. Até porque, apesar de minuciosa, a nova Constituição do Brasil ainda preservou a fórmula norte-americana dos direitos implícitos, ao advertir, no § 2º do art. 5º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

> E sempre sobra espaço para desdobramentos das garantias expressas, por mais minucioso que seja o rol. Lembre-se, por exemplo, o direito à prova, não explicitado, mas integrante da garantia do devido processo legal, como corolário do contraditório e da ampla defesa.

36-A. as garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devidamente ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento pelo dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992. A partir daí, e por imposição do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, acima transcrito, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do devido processo legal. Depois, pelo disposto no § 3º do mesmo artigo (red. EC n. 45, de 8.12.04), "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" – o que significa que, vindo aquela Convenção a ser aprovada com observância de tais requisitos, o que ela contém ganhará pleno *status* de garantia constitucional.

> O art. 8º da Convenção está assim redigido:
>
> "Art. 8º. Garantias judiciais.
>
> 1. Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
>
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido por lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça."

Muitas das garantias supranacionais já se encontram contempladas em nossa Constituição. Em alguns pontos, a Lei Maior brasileira é mais garantidora do que a Convenção (por exemplo, quando não permite a mera autodefesa, entendendo sempre indisponível a defesa técnica no processo penal). Em outros, a Convenção explicita e desdobra as garantias constitucionais brasileiras (assim, em relação ao direito do acusado ao intérprete, à comunicação livre e particular com o defensor, ao comparecimento do perito, à concessão do tempo e meios necessários à preparação da defesa).

E ao menos em um ponto – aplicável ao processo penal e ao não penal – nova garantia surgiu explicitamente da Convenção: o direito ao processo em *prazo razoável*. A Constituição brasileira, inicialmente omissa a esse respeito, foi integrada não só pelos direitos e garantias implícitos, mas também pela Convenção Americana (Const., art. 5º, § 2º). Depois, com a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a promessa de realização do processo em tempo razoável passou a figurar de modo explícito entre as garantias oferecidas pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LXXVIII – "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação").

A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra o conjunto de garantias conhecidas como *devido processo legal* – porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. São expressas nesse ponto, entre outras, a Constituição espanhola de 1978 (art. 24.2) e a canadense de 1982 (art. 11, letra *b*).

Na prática, três critérios devem ser levados em conta para a determinação da duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional.

Ao menos em um ponto a Convenção assegura garantia não contida na Constituição brasileira: o direito, concedido ao acusado, de nomear defensor de sua escolha. Se assim fizer o interessado, o advogado indicado não poderá declinar da defesa sem que haja justo motivo para tanto, cabendo ao Estado providenciar sua remuneração (analogia com o art. 34, inc. XII do Est. Adv.).

O descumprimento da regra do direito ao justo processo, em prazo razoável, pode levar a Comissão e a Corte Americanas dos Direitos do Homem a aplicar sanções pecuniárias ao Estado inadimplente.

bibliografia

Calamandrei, "Processo e democrazia".

Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*.

————. *Processo e ideologie*.

Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*.

Couture, *Fundamentos*, nn. 45, 64 e 93-103.

Cruz e Tucci, "Garantias da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", pp. 73-78.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 12 e 74.

Greco, *Tutela constitucional das liberdades*.

Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*.

————. "Novas tendências do direito processual".

Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 149 ss. ("Diritto costituzionale e processo civile").

Marques, "Constituição e direito processual".

————. "O direito processual em São Paulo", pp. 37-52.

CAPÍTULO 6
NORMA PROCESSUAL: OBJETO E NATUREZA

37. norma material e norma instrumental

Segundo o seu objeto imediato, geralmente se distinguem as normas jurídicas em normas materiais e instrumentais.

São normas jurídicas materiais (ou substanciais) as que disciplinam imediatamente a cooperação entre pessoas e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, escolhendo qual dos interesses conflitantes, e em que medida, deve prevalecer e qual deve ser sacrificado.

As normas instrumentais apenas de forma indireta contribuem para a resolução dos conflitos interindividuais, mediante a disciplina da criação e atuação das regras jurídicas gerais ou individuais destinadas a regulá-los diretamente.

Essa dicotomia e a correspondente nomenclatura, no entanto, somente podem ser aceitas desde que convenientemente entendidas quanto ao seu alcance. Se é evidente a instrumentalidade da segunda categoria de regras jurídicas, não se pode negar, de outro lado, que mesmo as normas materiais apresentam nitido caráter instrumental – no sentido de que constituem instrumento para a disciplina da cooperação entre as pessoas e dos seus conflitos de interesses, servindo, ainda, de critério para a atividade do juiz *in iudicando*. Tanto as normas instrumentais como as substanciais, portanto, servem ao supremo objetivo da ordem jurídica globalmente considerada, que é o de estabelecer ou restabelecer a paz entre os membros da sociedade.

É preciso, pois, admitir a relatividade da distinção entre normas materiais e instrumentais, da qual deflui naturalmente a conseqüência de que há uma região cinzenta e indefinida nas fronteiras entre umas e outras.

Feita esta advertência, pode-se dizer que, na categoria das normas instrumentais, como acima caracterizadas, incluem-se as normas

processuais que regulam a imposição da regra jurídica específica e concreta pertinente a determinada situação litigiosa.

Pelo prisma da atividade jurisdicional, que se desenvolve no processo, percebe-se que as normas jurídicas materiais constituem o critério de julgar, de modo que, não sendo observadas, dão lugar ao *error in iudicando*; as processuais constituem o critério do proceder, de maneira que, uma vez desobedecidas, ensejam a ocorrência do *error in procedendo*.

38. objeto da norma processual

A norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de leis. O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz.

Realmente, a norma processual visa a disciplinar o poder jurisdicional de resolver os conflitos e controvérsias, inclusive o condicionamento do seu exercício à provocação externa, bem como o desenvolvimento das atividades contidas naquele poder; visa, ainda, a regular as atividades das partes litigantes, que estão sujeitas ao poder do juiz; e, finalmente, visa a reger a imposição do comando concreto formulado através daquelas atividades das partes e do juiz.

Costuma-se falar em três classes de normas processuais: a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo.

Teoricamente, tal distinção esbarra no conceito moderno de processo, que é definido como entidade complexa da qual fazem parte o procedimento e a relação jurídica processual (*v. infra*, esp. n. 175): assim, as normas sobre procedimento são também, logicamente, processuais. Por outro lado, existe forte tendência metodológica, na mais recente atualidade, a envolver a organização judiciária na teoria do direito processual (*v. infra*, nn. 89 ss.) – e assim também as normas de organização judiciária integram o direito processual. Mas a Constitui-

ção brasileira de 1988 acata as distinções aqui consideradas, especialmente ao dar à União competência legislativa privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I) e competência concorrente aos Estados para legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inc. XI).

39. *natureza da norma processual*

Incidindo sobre a atividade estatal, através da qual se desenvolve a função jurisdicional, a norma de processo integra-se no direito público. E, com efeito, a relação jurídica que se estabelece no processo não é uma relação de coordenação, mas, como já vimos, de poder e sujeição, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução (processual e, pois, pacífica) dos conflitos e controvérsias.

A natureza de direito público da norma processual não importa em dizer que ela seja necessariamente *cogente*. Embora inexista processo convencional, mesmo assim em certas situações admite-se que a aplicação da norma processual fique na dependência da vontade das partes – o que acontece em vista dos interesses particulares dos litigantes, que no processo se manifestam. Têm-se, no caso, as normas processuais *dispositivas*.

> Por exemplo, o Código de Processo Civil acolhe a convenção das partes a respeito da distribuição do ônus da prova, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito (art. 333, par.); admite também a eleição de foro feita pelas partes, de maneira a afastar a incidência de preceitos legais atinentes à competência territorial (CPC, art. 111).

Em decorrência de sua instrumentalidade ao direito material, as normas processuais, na maior parte, apresentam caráter eminentemente técnico. Entretanto, a neutralidade ética que geralmente se empresta à técnica não tem aplicação ao processo, que é um instrumento ético de solução de conflitos, profundamente vinculado aos valores fundamentais que informam a cultura da nação. Assim, o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, para constituir-se em meio idôneo para obtenção do escopo de pacificar e fazer justiça. Dessa forma, o caráter técnico da norma processual fica subordinado à sua adequação à finalidade geral do processo.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. III.

Carnelutti, *Sistema*, I, cap. III, §§ 26-30.

Chiovenda, "La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo".

_____. *Principii*, § 4º, nn. I e II.

Denti, "Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali".

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 17-20.

Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, cap. XX, §§ 195 e 203.

Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 155 ss. ("Norme processuali nel Codice Civile").

Reale, *Lições preliminares de direito*, cap. IX, nn. 1-2, e cap. XXV, nn. 1 e 5.

CAPÍTULO 7
FONTES DA NORMA PROCESSUAL

40. fontes de direito em geral

Chamam-se fontes formais do direito os meios de produção ou expressão da norma jurídica. Tais meios são a lei (em sentido amplo, abrangendo a Constituição), os usos-e-costumes, o negócio jurídico.

> É controvertida a inclusão da jurisprudência entre as fontes de direito: de um lado encontram-se aqueles que, partindo da idéia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se podem afastar; de outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão às normas jurídicas até então não declaradas por qualquer das outras fontes.

O direito não se confunde com a lei, nem a esta se reduz aquele. Em nosso direito, contudo, adota-se o princípio do primado da lei sobre as demais fontes do direito; assim, entende-se que tais outras fontes somente produzem normas jurídicas com eficácia desde que essas normas não violem os mandamentos expressos pelos preceitos legislativos. Essa regra não é absoluta no entanto, sendo irrealista a posição que negue, de todo, a possibilidade do efeito ab-rogatório da lei produzido por outra daquelas fontes.

41. fontes abstratas da norma processual

Conforme sejam apreciadas em seu aspecto genérico ou particular, as fontes das normas processuais no direito brasileiro podem ser encaradas em abstrato ou em concreto.

As fontes abstratas da norma processual são as mesmas do direito em geral, a saber: a lei, os usos-e-costumes e o negócio jurídico, e, para alguns, a jurisprudência.

Como fonte abstrata da norma processual, a lei abrange, em primeiro lugar, as disposições de ordem constitucional, como aqueles preceitos da Constituição Federal que criam e organizam tribunais, que estabelecem as garantias da Magistratura, que fixam e discriminam competências, que estipulam as diretrizes das organizações judiciárias estaduais, que tutelam o processo como garantia individual.

> Em síntese, pode-se dizer que são de três ordens as disposições constitucionais sobre processo: a) princípios e garantias; b) jurisdição constitucional das liberdades; c) organização judiciária (v. *supra*, cap. 5º e n. 58).

As Constituições estaduais também são fontes da norma processual, quando criam tribunais e regulam as respectivas competências, na órbita que lhes é reservada (Const., art. 125, § 1º).

Também podem ser fontes legislativas da norma processual a lei complementar (Const., art. 93, art. 121, art. 128, § 5º), a lei *stricto sensu* (ordinária) e a lei delegada – salvo no tocante à "organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros" (art. 68, § 1º, inc. I).

> A Constituição Federal exclui de modo explícito e claro a admissibilidade da edição de *medidas provisórias* em matéria processual. Essa exclusão, que já estava implícita no sistema constitucional desde o início da vigência da Constituição, foi explicitada pela emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (Const., art. 62, § 1º, inc. I, letra *b*).

No mesmo plano das leis em geral, são fontes legislativas da norma processual as *convenções e tratados internacionais*.

Por último, ainda no plano materialmente legislativo, embora subjetivamente judiciário, há também o poder normativo atribuído pela Constituição Federal aos tribunais em geral, que, através de seus regimentos internos (Const., art. 96, inc. I, *a*), disciplinam as chamadas questões *interna corporis*. Participam eles do processo legislativo, também, mediante o envio de propostas ao Poder Legislativo sobre organização judiciária (Const., art. 96, inc. I, *d*, e inc. II). Mas, como é óbvio, a fonte de direito nesses casos será a lei e não a proposta.

A lei, como fonte da norma processual *stricto sensu*, será em princípio de origem federal (Const., art. 22, inc. I). Mas, além da tradicional ressalva quanto às normas de organização judiciária no âmbito estadual, que deverão ser formuladas pelos órgãos estaduais (art. 125, § 1º),

a Constituição Federal admite a lei estadual em concorrência com a federal quanto: a) à "criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas"; b) a "procedimentos em matéria processual" (art. 24, incs. X-XI).

No tocante à jurisprudência e aos usos-e-costumes como fontes da norma processual, basta anotar que os últimos na maioria das vezes resultam da própria jurisprudência (*praxe forense* ou *estilos do foro*).

Para quem admitisse a existência de negócios jurídicos processuais (a tendência é negá-los – v. *infra*, n. 212), estes também poderiam ser fonte da norma processual, como na eleição do foro, na convenção sobre a distribuição do ônus da prova, na suspensão convencional do processo etc.

42. *fontes concretas da norma processual*

As fontes concretas da norma processual são aquelas através das quais as fontes legislativas já examinadas em abstrato efetivamente atuam no Brasil.

Tais fontes concretas desdobram-se em fontes constitucionais, fontes da legislação complementar à Constituição e fontes ordinárias. Estas últimas, por sua vez, podem ser codificadas ou extravagantes, que se distribuem em modificativas ou complementares de codificação.

A Constituição Federal, como fonte concreta da norma jurídica processual, contém: a) normas de superdireito, relativas às próprias fontes formais legislativas das normas processuais; b) normas relativas à criação, organização e funcionamento dos órgãos jurisdicionais; c) normas referentes aos direitos e garantias individuais atinentes ao processo; e d) normas dispondo sobre remédios processuais específicos (*supra*, n. 58).

Os direitos e garantias processuais, constitucionalmente previstos, ainda são integrados pelas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao nosso ordenamento por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, mediante o dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992 (v. *supra*, n. 36.a).

Na legislação de nível complementar à Constituição assume primeiro posto o Estatuto da Magistratura (Const., art. 93), que deverá conter: a) normas sobre a carreira dos magistrados (inc. II); b) normas sobre acesso aos tribunais de segundo grau (inc. III); c) "previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados" (inc. IV, red. EC n. 45, de 8.12.04); d) normas sobre vencimentos dos magistrados (inc. V); e) normas sobre aposentadoria com proventos integrais (inc. VI); f) imposição de residência do juiz titular na comarca (inc. VII); g) normas sobre remoção (compulsória ou voluntária), disponibilidade e aposentadoria de magistrado por interesse público (*quorum*, ampla defesa – incs. VIII e VIII-A); h) normas impondo publicidade nos julgamentos e motivação de todas as decisões, inclusive administrativas (incs. IX-X); i) normas sobre a instituição de órgão especial nos tribunais com número superior a vinte-e-cinco membros (inc. XI); j) a determinação de que "a atividade jurisdicional será ininterrupta", com a correspondente proibição de férias forenses nos juízos inferiores e nos tribunais de segundo grau, mais a previsão de plantões judiciários para os dias sem expediente forense (inc. XII); k) uma regra programática dispondo sobre a proporcionalidade entre a quantidade de órgãos judiciários de um lado e, de outro, a efetiva demanda de serviços jurisdicionais e a população da respectiva área (inc. XIII); l) uma regra puramente técnica, mandando que seja delegada aos serventuários da Justiça a prática de atos de administração ou de mero expediente, sem conteúdo decisório (inc. XIV; v. também CPC, art. 162, § 4º – *automatização judiciária*); m) outra regra puramente técnica, estabelecendo que "a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição" (inc. XV) e com isso banindo a *distribuição contida* (ou *represamento*) antes praticada nos tribunais paulistas.

O Estatuto da Magistratura ainda não foi editado. Continua parcialmente em vigor, no que não contraria a Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que também é uma lei complementar à Constituição Federal (lei compl. n. 35, de 14.3.79).

No tocante à legislação ordinária, naturalmente, o Código de Processo Civil (lei n. 5.869, de 11.1.73) e o Código de Processo Penal (dec.lei n. 3.689, de 3.10.41) constituem, juntamente com a Consolidação das Leis do Trabalho (Tít. VIII, IX e X), o Código de Processo Penal Militar (dec-lei n. 1.002, de 21.10.69) e a Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95), o maior manancial de normas processuais, modificado e completado por várias leis extravagantes e por convenções e tratados internacionais.

O Estatuto da Magistratura ainda não foi editado. Continua parcialmente em vigor, no que não contrarie a Constituição Federal, a Lei

Orgânica da Magistratura Nacional, que também é uma lei complementar a ela (lei compl. n. 35, de 14.3.79). Além disso, por disposição trazida na emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, "até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor" (EC n. 45, art. 5º, § 2º).

bibliografia

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 21-29 e 32.
Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.
Limongi, *Das formas de expressão do direito*.
Mariondo, *L'ideologia delle magistrature italiane*.
Ráo, *O direito e a vida dos direitos*.
Reale, *Lições preliminares de direito*.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 100-107.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 145 ss.

CAPÍTULO 8
EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO E NO TEMPO

43. dimensões da norma processual

Toda norma jurídica tem eficácia limitada no espaço e no tempo, isto é, aplica-se apenas dentro de dado território e por um certo período de tempo. Tais limitações aplicam-se inclusive à norma processual.

44. eficácia da norma processual no espaço

O princípio que regula a eficácia espacial das normas de processo é o da territorialidade, que impõe sempre a aplicação da *lex fori*. No tocante às leis processuais a aplicação desse princípio justifica-se por uma razão de ordem política e por uma de ordem prática.

Em primeiro lugar, a norma processual tem por objeto precisamente a disciplina da atividade jurisdicional que se desenvolve através do processo. Ora, a atividade jurisdicional é manifestação do poder soberano do Estado e por isso, obviamente, não poderia ser regulada por leis estrangeiras sem inconvenientes para a boa convivência internacional.

Em segundo lugar, observem-se as dificuldades práticas quase insuperáveis que surgiriam com a movimentação da máquina judiciária de um Estado soberano mediante atividades regidas por normas e institutos do direito estrangeiro. Basta imaginar, por exemplo, o transplante para o Brasil de uma ação de indenização proposta de acordo com as leis americanas, com a instituição do júri civil.

A aplicação do princípio da territorialidade ao processo tem origem nas doutrinas estatutárias medievais que distinguiam entre *ordi-*

natorium litis e *decisorium litis*, no sentido de que o primeiro, que constitui o direito processual, depende sempre e apenas da lei do juiz, enquanto o último, que corresponde ao direito material, pode depender de uma lei diversa.

A territorialidade da aplicação da lei processual é expressa pelo art. 1º do Código de Processo Civil ("a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes em todo o território nacional, *conforme as disposições que este Código estabelece*") e pelo art. 1º do Código de Processo Penal.

Ainda segundo clássica lição doutrinária, o princípio absoluto da territorialidade em matéria processual exclui a existência de normas de direito internacional privado relativas ao processo e, em conseqüência, impede que as normas *processuais* estrangeiras sejam aplicadas diretamente pelo juiz nacional.

Isso não significa que o juiz nacional deva, em qualquer circunstância, ignorar a regra processual estrangeira: em determinadas situações ele tem até por dever referir-se à lei processual alienígena, como quando esta constitui pressuposto para a aplicação da lei nacional (*cfr.* CPC, art. 231, § 1º).

Nem se confunda com aplicação da lei *processual* estrangeira a aplicação da norma *material* estrangeira referida pelo direito processual nacional: p. ex., quando o art. 7º do Código de Processo Civil alude à capacidade das partes para o exercício dos seus direitos, pode ensejar que a capacidade seja aferida conforme critérios estabelecidos pela lei civil estrangeira (v. tb. CPC, art. 337). A intrincada disciplina da aplicação da lei estrangeira, que integra o direito internacional privado, é regulada, no Brasil, pelos arts. 7-11 da Lei de Introdução ao Código Civil.

45. *eficácia da norma processual no tempo*

Estando as normas processuais limitadas também no tempo como as normas jurídicas em geral, são como a seguir as regras que compõem o *direito processual intertemporal*:

a) as leis processuais brasileiras estão sujeitas às normas relativas à eficácia temporal das leis, constantes da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, salvo disposição contrária, a lei processual começa a vigorar, em todo o país, quarenta-e-cinco dias depois de publicada; se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, o prazo começará a correr da nova publicação (LICC – dec.-lei n. 4.657, de 4.9.42, art. 1º e §§ 3º e 4º);

A lei processual em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (LICC, art. 6º). A própria Constituição Federal assegura a estabilidade dessas situações consumadas em face da lei nova (art. 5º, inc. XXXVI).

Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue (dec-lei n. 4.657, art. 2º – Lei de Introdução ao Código Civil).

b) dada a sucessão de leis no tempo, incidindo sobre situações (conceitualmente) idênticas, surge o problema de estabelecer qual das leis – se a anterior ou a posterior – deve regular uma determinada situação concreta. Como o processo se constitui por uma série de atos que se desenvolvem e se praticam sucessivamente no tempo (*atos processuais*, integrantes de uma cadeia unitária, que é o *procedimento*), torna-se particularmente difícil e delicada a solução do conflito temporal de leis processuais.

Não há dúvida de que as leis processuais novas não incidem sobre processos findos, seja porque acobertados pela proteção assegurada à coisa julgada (formada no processo de conhecimento findo), seja pela garantia ao ato jurídico perfeito (no processo de conhecimento e, também, nos processos de execução e cautelar), seja pelo direito adquirido, reconhecido pela sentença ou resultante dos atos executivos (nos processos de conhecimento, execução e cautelar).

Os processos a serem iniciados na vigência da lei nova por esta serão regulados.

A questão coloca-se, pois, apenas no tocante aos processos em curso por ocasião do início de vigência da lei nova. Diante do problema, três diferentes sistemas poderiam hipoteticamente ter aplicação: a) o da *unidade processual*, segundo o qual, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha, de modo que a velha teria de se impor para não ocorrer a retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até a sua vigência; b) o das *fases processuais*, para o qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), cada uma suscetível, *de per si*, de ser disciplinada por uma lei diferente; c) o do *isolamento dos atos processuais*, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais.

Esse último sistema tem contado com a adesão da maioria dos autores e foi expressamente consagrado pelo art. 2º do Código do Processo Penal: "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". E, conforme entendimento de geral aceitação pela doutrina brasileira, o dispositivo transcrito contém um princípio geral de direito processual intertemporal que também se aplica, como preceito de superdireito, às normas de direito processual civil.

Aliás, o Código de Processo Civil confirma a regra, estabelecendo que, "ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes" (art. 1.211).

Para o processo das infrações penais de menor potencial ofensivo, a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, adotou o sistema das fases do procedimento, determinando que as disposições da lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada (art. 90). Mas as normas de caráter processual penal da lei, que beneficiam a defesa, têm incidência imediata e retroativa, por força do princípio da aplicação retroativa da lei penal benéfica (art. 52, inc. XL, Const. e art. 2º, par. ún., CP).

Têm surgido dúvidas quanto à aplicação, aos casos pendentes, da impenhorabilidade da casa residencial do devedor ("bem de família", lei n. 8.009, de 30 de março de 1990, art. 6º). Prepondera a jurisprudência que atribui eficácia retroativa à lei n. 8.009, inclusive para o fim de desconstituir penhoras já realizadas quando ela entrou em vigor.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. IV.
Carnelutti, *Sistema*, I, cap. III, §§ 33 e 34.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 32-36.
Foschini, *Sistema*, I, cap. XX, §§ 205 e 206.
Grinover, Magalhães, Scarance & Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, pp. 92-95.
Leone, *Tratado de derecho procesal penal* (trad), I, parte II, cap. II, §§ 1, 3 e 4; cap. IV.
Marques, *Instituições*, I, cap. II, §§ 10 e 11.
———. *Manual*, I, cap. II, § 5º.
Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, cap. I, § 1º.
Tornaghi, *Instituições*, I, pp. 162 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 77 ss.

CAPÍTULO 9
INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL

46. interpretação da lei, seus métodos e resultados

Interpretar a lei consiste em determinar o seu significado e fixar o seu alcance. Compreendendo diversos momentos e aspectos, a tarefa interpretativa apresenta contudo um tal caráter unitário, que não atinge o seu objetivo senão na sua inteireza e complexidade. A esses diversos aspectos da atividade do intérprete, que mutuamente se completam e se exigem, alude-se tradicionalmente com o nome de *métodos de interpretação*.

Como as leis se expressam por meio de palavras, o intérprete deve analisá-las, tanto individualmente como na sua sintaxe: é o *método gramatical ou filológico*.

De outro lado, os dispositivos legais não têm existência isolada, mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o *ordenamento jurídico*, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram. Desse modo, para serem entendidos devem ser examinados em suas relações com as demais normas que compõem o ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o *método lógico-sistemático*.

Além disso, considerando que o direito é um fenômeno histórico-cultural, é claro que a norma jurídica somente se revela por inteiro quando colocada a lei na sua perspectiva histórica, com o estudo das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que correspondeu: é o *método histórico*.

Nem se pode olvidar que os ordenamentos jurídicos, além de enfrentarem problemas idênticos ou análogos, avizinham-se e se influenciam mutuamente: parte-se, portanto, para o *método comparativo*.

A combinação indivisível de todas essas pesquisas, aliada à consciência do *conteúdo finalístico e valorativo do direito*, completa a atividade de interpretação da lei.

Conforme o *resultado* dessa atividade, a interpretação será declarativa, extensiva, restritiva ou ab-rogante.

É declarativa a interpretação que atribui à lei o exato sentido proveniente do significado das palavras que a expressam.

Quando considera a lei aplicável a casos não abrangidos em seu teor literal, a interpretação é *extensiva* (*lex plus voluit quam dixit*).

Restritiva é a interpretação que limita o âmbito de aplicação da lei a um círculo mais estrito de casos do que o indicado pelas suas palavras (*minus voluit quam dixit*).

Finalmente, diz-se *ab-rogante* a interpretação que, diante de uma incompatibilidade absoluta e irredutível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui pela inaplicabilidade da lei interpretada.

47. interpretação e integração

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas.

O mesmo não acontece com a *lei*; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar. Assim, na busca da norma jurídica pertinente a situações concretas ocorrentes na sociedade, muitas vezes será constatada a inexistência de lei incidente: a situação não fora prevista e, portanto, não fora regulada pelo legislador. Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não-definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a lacuna da lei.

À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante a pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador, dá-se o nome de *integração*. "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" – diz enfaticamente o Código de Processo Civil (art. 126).

O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito.

Consiste a *analogia* em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. Fundamenta-se o método analógico na idéia de que, num ordenamento jurídico, a *coerência* leva à formulação de regras idênticas onde se verifica a identidade da razão jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*. Distingue-se a *interpretação extensiva* da analogia, no sentido de que a primeira é extensiva do significado textual da norma e a última é extensiva da intenção do legislador, isto é, da própria disposição.

Quando ainda a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos *princípios gerais do direito*, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentes. Na utilização dos princípios gerais do direito é de ser percorrido o caminho do crescente grau de abstração, partindo dos princípios gerais atinentes ao ramo do direito em foco.

No desempenho de sua função interpretativa, o intérprete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da *integração*. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Ambas têm caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraindo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame.

48. interpretação e integração da lei processual

A interpretação e a integração da lei processual estão subordinadas às mesmas regras que regem a interpretação e a integração dos demais ramos do direito, conforme disposições contidas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (dec-lei n. 4.657, de 4.9.42). Aliás, o art. 3º do Código de Processo Penal, para evitar dúvidas suscitadas quanto à aplicação daquelas regras a esses ramos do direito processual, é explícito: "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

Realmente, as peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação: basta que sejam convenientemente perquiridas e reveladas, levando em consi-

deração as finalidades do processo e a sua característica sistemática. Daí o entendimento prevalente entre os processualistas no sentido de acentuar a relevância da interpretação sistemática da lei processual. Os princípios gerais do processo, inclusive aqueles ditados em nível constitucional, estão presentes em toda e qualquer norma processual e à luz dessa sistemática geral todas as disposições processuais devem ser interpretadas.

bibliografia

Carnelutti, *Sistema*, I.
Couture, *Interpretação da lei processual*.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 31.
Foschini, *Sistema*, I, cap. XX, n. 207.
Leone, *Trattato di diritto processuale penale* (trad.), I, parte II, cap. II.
Marques, *Instituições*, I, cap. II, § 9º.
———. *Manual*, I, cap. II, § 4º.
Tornaghi, *Instituições*, I, pp. 118 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 133 ss.

CAPÍTULO 10
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

49. continuidade da legislação lusa

A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823, em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro. Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores.

As Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais.

Em seu L. III, as Ordenações Filipinas disciplinaram o processo civil, dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes, cujo procedimento, em forma escrita, se desenrolava através de fases rigidamente distintas. O processo criminal, juntamente com o próprio direito penal, era regulado pelo tenebroso L. V das Ordenações, que admitia o tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo, os açoites, o degredo e outras práticas desumanas e irracionais, manifestamente incompatíveis com o grau de civilização já então atingido no Brasil, várias décadas depois da publicação da humanitária obra mestra de Beccaria.

Diante desse panorama, justificava-se plenamente a primeira e a maior preocupação com o direito penal e o processo penal. A Constituição de 1824 não somente estabeleceu alguns cânones fundamentais

sobre a matéria, como a proibição de prender e conservar alguém preso sem prévia culpa formada (art. 179, §§ 8º, 9º e 10º) e a abolição imediata dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis (art. 179, § 19), como ainda determinou que se elaborasse, com urgência, "um Código-Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da eqüidade" (art. 179, § 18).

Em obediência a essa determinação constitucional foi preparado e afinal sancionado pelo decreto de 16 de dezembro de 1830 o Código Criminal do Império, obra legislativa de grande valor, que procedeu à completa inovação da disciplina positiva penal, inclusive com a consagração do princípio básico da reserva legal. Tornou-se então necessária a substituição das leis esparsas e fragmentárias de processo penal por um novo corpo legislativo adequado à aplicação da recente codificação penal, promulgando-se o nosso primeiro "*Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da justiça civil*".

O Código de Processo Criminal quase nada aproveitou da legislação precedente, inspirando-se antes de tudo nos modelos inglês e francês. Mas, sendo do tipo acusatório o sistema processual inglês e do tipo inquisitório o francês, apartando-se um do outro de forma significativa, eles deram ao legislador brasileiro os elementos para a construção de um sistema misto ou eclético, que combinava aspectos e tendências daquelas legislações estrangeiras. De qualquer forma, o Código de Processo Criminal brasileiro de 1832, por sua clareza, simplicidade, atualidade e espírito liberal, mereceu geral aprovação.

Se o próprio Código foi obra de inegáveis méritos, melhor ainda foi a sintética e exemplar "disposição provisória acerca da administração da justiça civil" que a ele se anexou como título único. Com apenas vinte-e-sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários – enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil, que, infelizmente, não veio a ser elaborado.

Pior do que isso, algumas das reformas introduzidas pela disposição provisória na disciplina do processo civil não tardaram a ser canceladas. Através da lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, alterou-se o Código de Processo Criminal, com o objetivo de aumentar os poderes da polícia, em detrimento do que foi considerado excessivamente liberal no diploma de 1832, aproveitando-se a oportunidade para modificar a disposição provisória, num verdadeiro retrocesso político e legislativo.

Nesse primeiro período da nossa Independência as disciplinas do processo penal e do processo civil caminharam quase *pari passu*.

50. o Regulamento 737

Sancionado o Código Comercial de 1850, o Governo Imperial editou o primeiro código processual elaborado no Brasil: o famoso Regulamento 737, de 25 de novembro daquele mesmo ano, destinado, nos termos do art. 27 do título único que completava o Código do Comércio, a "determinar a ordem do juízo no processo comercial".

O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado "um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado"; e foi elogiado como "o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América". Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.

Anos mais tarde, em virtude de prolongada campanha, restabelecia-se, através da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (regulada pelo dec. n. 4.824, de 22.11.71), a mesma orientação liberal do antigo Código de Processo Criminal do Império.

Nesse meio-tempo, as causas civis continuaram a ser reguladas pelas Ordenações e suas alterações. Sendo inúmeras as leis modificativas das Ordenações, o Governo, dando cumprimento à referida lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, encarregou o Cons. Antonio Joaquim Ribas de reuni-las em um conjunto que contivesse toda a legislação relativa ao processo civil. A Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por Ribas, passou a ter força de lei, em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. O trabalho do Conselheiro Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tal como as interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes.

51. instituição das normas

Uma das primeiras medidas legislativas adotadas pelo Governo Republicano, com relação ao processo civil, consistiu em estender às

causas civis em geral as normas do Regulamento 737, com algumas exceções (dec. n. 763, de 16.9.1890).

Logo após, pelo dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, instituiu-se e organizou-se a Justiça Federal no país, estabelecendo-se, ainda, sobre o modelo do Regulamento 737, as regras do processo para as causas de competência daquela Justiça.

Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça – Justiça Federal e Justiças Estaduais – a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados. Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higino Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal.

Merecem realce especial, por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que animara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália, os Códigos de Processo Civil da Bahia e de São Paulo.

52. *competência para legislar*

Com a Constituição Federal de 1934, concentrou-se novamente na União a competência para legislar com exclusividade em matéria de processo, mantendo-se essa regra nas Constituições subseqüentes. Somente a de 1988 foi que, mantendo em princípio tal competência exclusiva quanto às normas processuais em sentido estrito, deu competência concorrente aos Estados para legislar sobre "*procedimentos* em matéria processual" (art. 24, inc. XI) e a "criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas" (inc. X). O primeiro desses dispositivos parte da distinção entre normas processuais e normas sobre procedimento, de difícil determinação (v., nesta obra, cap. 5º). Sendo bastante recente a novidade constitucional, os Estados ainda não exerceram essas novas competências.

Com a competência da União para legislar sobre processo, ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de novos Códigos de Processo Civil e Penal; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa.

Em face de divergências surgidas na comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, um de seus membros, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um trabalho de sua

lavra. Foi esse trabalho que, depois de revisto pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; adotou o princípio da oralidade, tal como caracterizado por Chiovenda, com algumas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais.

Instituiu-se o vigente Código de Processo Penal através do dec.-lei n. 3.869, de 3 de outubro de 1941, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942. Esse Código baseou-se no projeto elaborado por Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida.

O Código de Processo Penal compõe-se de seis livros, desdobrados em oitocentos e onze artigos: "I – do processo em geral"; "II – dos processos em espécie"; "III – das nulidades e dos recursos em geral"; "IV – da execução"; "V – das relações jurisdicionais com as autoridades estrangeiras"; "VI – disposições gerais".

53. *reforma legislativa*

Chegou um momento em que foi possível a verificação dos graves defeitos apresentados pelos dois estatutos processuais, especialmente à vista dos problemas práticos decorrentes de sua aplicação. Além disso, a apreciação crítica a que os submeteu a doutrina, bem como a assistemática afloração de leis extravagantes (complementares ou modificativas), acabaram por exigir a reformulação da legislação processual, com a preparação de novas codificações.

Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, professores da Faculdade de Direito de São Paulo, receberam do Governo Federal o encargo de elaborar, respectivamente, os anteprojetos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.

O Anteprojeto Buzaid, revisto por uma comissão composta dos professores José Frederico Marques e Luís Machado Guimarães e do des. Luís Antônio de Andrade, foi submetido ao Congresso Nacional (proj. n. 810/72) e afinal, depois de sofrer numerosas emendas, foi aprovado e em seguida promulgado pela lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

O Anteprojeto José Frederico Marques, depois de revisto por uma comissão composta dos profs. Hélio Bastos Tornaghi, Benjamin Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, além do próprio autor, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1975.

Depois de sofrer várias emendas, o projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados (*DOU* de 22.11.77) e encaminhado ao Senado Federal, onde se encontrava quando veio a ser retirado pelo Executivo (entre outras causas, porque havia sido revogado o Código Penal de 1969, antes mesmo de entrar em vigor).

Os trabalhos foram retomados no Governo Figueiredo, que instituiu uma comissão composta dos profs. Francisco de Assis Toledo, Rogério Lauria Tucci e Hélio Fonseca, cujo anteprojeto, revisto por comissão integrada pelos profs. José Frederico Marques e Jorge Alberto Romeiro, foi finalmente encaminhado, pela mensagem n. 240, de 29 de junho de 1983, ao Congresso Nacional (proj. n 1.655/83). O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, mas desde então permanece sem progresso no Senado Federal.

Melhor sorte teve a Lei de Execução Penal (lei n. 7.210, de 11.7.1984, em vigor desde 13.1.1985), que resultou de trabalhos da comissão composta dos profs. Francisco de Assis Toledo, Renê Ariel Dotti, Miguel Reale Jr., Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto.

Em 1993, em face da premente necessidade de modernização do Código de Processo Penal, o Ministério da Justiça encarregou a Escola Superior da Magistratura, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, de oferecer propostas de reforma do Código, constituindo-se a comissão pela portaria 349/93.

A comissão encarregada dos trabalhos e, posteriormente, a comissão de revisão, formadas por juízes, advogados, membros do Ministério Público, delegados e professores, apresentou, sempre sob a direção da Escola, seis conjuntos de anteprojetos de lei ao Ministério, publicados no *DOU* de 25 de novembro de 1994.

Com algumas modificações, o Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados a matéria, veiculada pelos projetos de lei nn. 4.895, 4.896, 4.897, 4.898, 4.899 e 4.900, todos de 1995. Desses, um projeto foi convertido em lei, sendo os demais retirados pelo Executivo.

No fim de 1999, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias, nomeou comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual para apresentar novas propostas de reforma. Substituído o Ministro por José Gregori, este confirmou a comissão, que apresentou aos 6 de dezembro de 2000 sete anteprojetos, amplamente discutidos por todos os segmentos jurídicos.

A comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover e composta de 10 membros (8 dos quais pertencentes à comissão anterior), tomou como ponto de partida os anteprojetos apresentados em 1995 ao Ministério, reformulando-os e ampliando-os.

Os anteprojetos, embora setoriais, renovam inteiros institutos processuais penais, harmonizando-os com as partes inalteradas do Código. Tratam eles dos seguintes temas: a) investigação criminal; b) procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; c) provas; d) interrogatório do acusado e defesa efetiva; e) prisão, medidas cautelares e liberdade; f) júri; g) recursos e ações de impugnação (*infra*, n. 55).

54. *Código de Processo Civil*

O Código de Processo Civil contém 1.220 (mil duzentos e vinte) artigos agrupados em cinco livros: "I – do processo de conhecimento'"; "II – do processo de execução"; "III – do processo cautelar"; "IV – dos procedimentos especiais" e "V – das disposições finais e transitórias".

A sistemática adotada pelo Código e refletida na rubrica de seus três primeiros livros ajusta-se à doutrina que reconhece a existência de três clássicas modalidades de processos realizados em juízo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar.

A distinção entre essas três espécies de processos ficou bastante comprometida pela superveniência da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a qual reduziu drasticamente o âmbito do autêntico processo civil de conhecimento. Sempre que a sentença civil contenha o reconhecimento de alguma obrigação a ser cumprida pelo vencido, a efetivação dessa obrigação far-se-á em continuação ao mesmo processo – sem se instaurar, como tradicionalmente se fazia, um autônomo processo de execução. Nesse regime só haverá um *processo de conhecimento* quando presentes esses dois requisitos cumulativos: a) que a sentença não imponha obrigação alguma a ser cumprida (p.ex., uma sentença declaratória de paternidade, uma anulatória de contrato, uma que extinga o processo sem julgamento do mérito); b) que ela não contenha a condenação de qualquer das partes a reembolsar despesas processuais ou honorários da sucumbência. Ausente qualquer dessas circunstâncias, o processo não será *de conhecimento*, porque prosseguirá para a execução (por quantia) ou para o cumprimento da sentença (obrigações específicas – CPC, arts. 475-I e 475-J, red. lei n. 11.232, de 22.12.05). E, como é natural, antes da prolação da sentença não será jamais possível saber se o processo será *de conhecimento* ou esse misto de conhecimento e *cumprimento de sentença*.

No primeiro livro, dedicado ao processo de conhecimento, o estatuto processual civil regula as figuras do juiz, partes e procuradores; disciplina a competência interna e a internacional dos órgãos judiciários; dispõe longamente sobre os atos processuais e suas nulidades; estabelece o procedimento ordinário e o sumário; inclui normas sobre prova, sentença e coisa julgada; edita regras sobre o processo nos tribunais (compreendendo os institutos da uniformização da jurisprudência, da declaração incidental de inconstitucionalidade, da homologação da sentença estrangeira e da ação rescisória); e institui toda a disciplina dos recursos.

No segundo livro trata do processo de execução, destacando-se a disciplina que dá aos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, sua exigência, embargos do executado, liquidação de sentença. Disciplina também a competência em matéria executiva, a responsabilidade executiva, os atos atentatórios à dignidade da justiça e as sanções que merecem. Disciplina as espécies de execução (procedimentos diferenciados), com especial destaque para a execução por quantia certa contra devedor solvente, em contraposição à execução contra devedor (civil) insolvente.

Pelo disposto na lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (a qual se denominou *Lei do Cumprimento de sentença*), não haverá mais um processo autônomo de execução civil fundado em sentença proferida no processo civil (art. 475-N, inc. I). Quando a sentença reconhece a existência de uma obrigação específica a ser cumprida pelo réu (obrigação de fazer, de não-fazer, de entregar coisa certa), a efetivação do preceito nela contido far-se-á mediante as atividades qualificadas como *cumprimento de sentença* (CPC, art. 475-I, red. lei n. 11.232, de 22.12.05); e, quando a obrigação for em dinheiro, mediante a execução. Nem a execução por título judicial, porém, nem o *cumprimento de sentença* se fazem por um processo autônomo, mas em continuação ao mesmo processo no qual a sentença civil houver sido proferida (arts. 461, 461-A e 475-J). Desse modo, a disciplina de um *processo de execução*, contida no Livro II do Código de Processo Civil, fica reduzida ao *processo de execução por título extrajudicial*. À *execução por título judicial ou ao cumprimento de sentença* (art. 475-R) seus preceitos aplicar-se-ão apenas em caráter subsidiário; eles foram profundamente alterados pela lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, a qual deu nova disciplina a essa parte do Código de Processo Civil.

No terceiro livro, o Código dá ao processo cautelar uma disciplina sistemática e científica que não se vê em nenhum dos melhores códigos dos países civilizados. Disciplina as medidas cautelares específicas (típicas, como arresto, seqüestro, produção antecipada de provas etc.) e

dá uma grande e explícita abertura para o poder cautelar geral do juiz, com a possibilidade de concessão de medidas atípicas (inominadas).

O quarto livro abrange os procedimentos especiais (em número bastante elevado, relativamente aos contemplados nos códigos da atualidade), distribuídos em duas categorias: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária.

Finalmente, o quinto livro, com apenas dez artigos, contém disposições finais e transitórias. Entre elas inclui-se uma que determina a *vigência residual de algumas seções do Código de 1939* (art. 1.218).

55. a reforma processual penal

O projeto de Código de Processo Penal (proj. n. 1.655/83), apresentado ao Congresso Nacional, acompanha em muitos pontos o Projeto José Frederico Marques, refletindo, em sua sistemática e estruturação, as modernas tendências doutrinárias do processo. Seus autores não seguiram as linhas do vigente Código de Processo Penal; quiseram criar um estatuto que obedecesse às exigências científicas da atualidade, até em termos de teoria geral do processo.

São pontos altos do projeto, entre outros, a simplificação dos procedimentos, principalmente nos crimes da competência do tribunal do júri; a instituição do rito sumaríssimo, o julgamento conforme o estado do processo e o saneamento deste; a racionalização em matéria de nulidades e de recursos, a dignificação da função do Ministério Público.

Mas seu principal defeito consiste em não inovar em profundidade, mantendo substancialmente a estrutura inadequada e morosa do processo penal vigente e deixando de enfrentar problemas momentosos, facilmente solucionáveis pela moderna técnica processual-penal. Principalmente em face da posição expressamente assumida pela Constituição de 1988 acerca de muitos desses pontos, o projeto está hoje completamente desatualizado.

Por isso é que a partir de 1993 novos estudos foram empreendidos pela comissão ministerial e da Escola Superior da Magistratura, mencionada no n. 53 *supra*, culminando nos projetos de lei nn. 4.895, 4.896, 4.897, 4.898, 4.899 e 4.900 da Câmara dos Deputados, todos de 1995. Como visto, um projeto foi transformado em lei (lei n. 9.271, de 17.4.96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal), sendo os demais retirados pelo Executivo para aperfeiçoamentos.

A nova comissão, constituída em fins de 1999 pelo Ministro José Carlos Dias e confirmada pelo Ministro José Gregori, apresentou em dezembro de 2000 os sete anteprojetos referidos na parte final do n. 53 *supra*.

A estes se acrescentou mais um anteprojeto sobre prisão especial.

O Executivo encaminhou ao Congresso Nacional os oito projetos, que tomaram os números de 4.203 a 4.210 de 2001. O relator, dep. Abi-Ackel, deu parecer favorável a todos eles, com alterações mínimas, mas o dep. Fleury apresentou substitutivos que assinalaram grande retrocesso. Os projetos de reforma encontram-se aguardando votação na Câmara dos Deputados, sendo que o último, atinente à prisão especial, tramitou em regime de urgência e foi convertido na lei n. 10.258, de 11 de julho de 2001. O projeto sobre interrogatório foi substancialmente incorporado pela lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que lhe conferiu natureza de direito de defesa, preservando plenamente o direito ao silêncio e prevendo a obrigatoriedade da presença do defensor, facultada às partes a formulação de perguntas, por intermédio do juiz. A lei possibilita, ainda, o interrogatório a distância do acusado preso, com a previsão, neste caso, de contato prévio com o defensor. O último, sobre a prisão especial, tramitou em regime de urgência e foi convertido na lei n.10.258, de 11 de julho de 2001. Os demais encontram-se com o Relator, dep. Abi-Ackel.

O espírito da reforma reside, de um lado, na agilização, simplificação e desburocratização do processo penal e, de outro, na rigorosa observância das garantias constitucionais. *Efetividade do processo e garantismo* são, assim, os valores informadores da reforma proposta, que, para tanto, se serve da técnica do modelo acusatório, aderindo às novas tendências do processo penal, consagradas no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América.

> O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, que não é imperativo mas representa um modelo a ser seguido nas reformas legislativas dos países da área, serviu de base para profunda e recente reforma dos sistemas processuais como os da Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, e para os projetos de Honduras e do Equador, também alimentando reformas parciais no Brasil. E nas mesmas idéias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal.

As inovações trazidas pelos projetos incidem profundamente no sistema processual penal vigente, modernizando-o e adequando-o ao modelo acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar devem ser atribuídas a órgãos diversos, no respeito integral ao contraditório.

Examinem-se os projetos, em suas linhas essenciais: 1) Na investigação criminal, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções da polícia, encarregada das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e eqüidistante, para a concessão das medidas cautelares; da defesa, assegurada a partir do indiciamento; do ofendido, que pode exercer diversas atribuições. A investigação deixa de ser cartorial e burocrática e não pode ultrapassar o prazo de 6 meses. 2) Procedimentos: agilizam-se os procedimentos, que se abrem à oralidade, concentração e identidade física do juiz. A defesa do acusado é apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa e o interrogatório é posterior à prova testemunhal. O juiz, no momento do juízo de admissibilidade da acusação, pode absolver sumariamente. Na sentença penal condenatória, o juiz fixa um mínimo de indenização à vítima, a ser imediatamente executada no juízo cível, sem prejuízo da liquidação para apurar a diferença porventura devida. 3) O anteprojeto sobre provas cuida da prova pericial, reduzindo o número de peritos oficiais a um só e permitindo a atuação de assistente técnico das partes; na prova testemunhal, introduz a *cross examination*, com perguntas diretas formuladas pelas partes, sob o controle e com a possibilidade de complementação pelo juiz; as provas ilícitas são expressamente tratadas, determinando-se seu desentranhamento do processo e impedindo-se que o juiz que delas tome conhecimento profira a sentença. Cuida-se, ainda, da prova ilícita por derivação, colocando balizas para sua exclusão. 4) A defesa concreta e efetiva é reforçada, tanto no plano da defesa técnica, como no da autodefesa. O interrogatório passa a ser meio de defesa e o direito ao silêncio é preservado, não podendo surtir efeitos negativos. Estão previstas reperguntas das partes. Como visto, a lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, incorporou substancialmente as linhas deste Projeto. 5) A prisão e a liberdade são completamente reestruturadas, em observância às regras constitucionais. É revitalizada a fiança e, entre a prisão e a liberdade provisória, cria-se um leque de novas medidas cautelares, que o juiz pode utilizar se entender indevida a prisão, mas inconveniente a liberdade sem vínculos. 6) O júri passou por profundas modificações. A fase da instrução perante o juiz singular é simplificada e o recebimento da denúncia corresponde à sentença de pronúncia, enquanto a rejeição corresponde à impronúncia e se preserva a absolvição sumária. Suprime-se o libelo. O relatório sucinto é distribuído previamente aos jurados, e toda a prova será produzida em plenário. Os quesitos são simplificados ao máximo e reduzidos a três: um sobre a materialidade do fato, um sobre a autoria, outro perguntando-se se o acusado deve ser absolvido ou condenado. Em caso de condenação, surgem mais dois quesitos, um se existe causa de diminuição alegada pela defesa, outro, se existe qualificadora ou caso de aumento de pena reconhecidas na pronúncia. Ficam com o juiz a determinação da existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e a fixação da pena. Pode haver desaforamento em caso de demora para a realização do júri superior a seis meses, e o acusado, que pode res-

ponder ao processo solto, não é obrigado a apresentar-se ao julgamento. 7) Finalmente, os recursos são extremamente simplificados. Adotam-se os critérios do Código de Processo Civil para o cabimento da apelação e do agravo, que substitui o recurso em sentido estrito. O agravo, em regra, é retido, podendo ser de instrumento nos casos expressamente previstos. Suprimem-se a carta testemunhável, o protesto por novo júri e os embargos infringentes, sendo estes substituídos pela seguinte técnica: não havendo unanimidade no julgamento da apelação, contrário ao acusado, o reexame da decisão por colegiado ampliado é condição de eficácia da decisão, devendo ser realizado no prazo de 15 dias, facultada às partes a apresentação de razões. A revisão criminal e o *habeas corpus* são tratados como ações de impugnação, e neste se prevê a intimação do impetrante para a sessão de julgamento bem como a fixação do termo inicial do prazo para manifestação do Ministério Público.

Em síntese, as propostas de reforma do Código de Processo Penal visam a dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na ótica de um processo que deve assegurar, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.

56. *leis modificativas dos Códigos vigentes – as minirreformas do Código de Processo Civil*

Sem contar as leis nn. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, e 6.071, de 3 de abril de 1974, que adaptaram ao sistema do novo Código de Processo Civil vários procedimentos regidos em leis especiais, foi ele modificado por mais de duas dezenas de leis nestes seus quase trinta-e-cinco anos de vigência. Está em curso, inclusive, um processo de pequenas reformas parciais desse Código, com vista à simplificação de seus atos e procedimentos, para a maior fluência do serviço jurisdicional (desburocratização). Trata-se do que se chamou *minirreformas* e que se expressa numa série de projetos independentes, cada um visando a determinado instituto ou setor do Código (citação postal, prova pericial, processo de conhecimento, procedimento sumário, recursos, execução, liquidação de sentença, procedimentos especiais). Alguns desses projetos já se converteram em lei, como adiante se verá. A seguir, um resumo das alterações mais significativas sofridas pelo Código de Processo Civil desde sua vigência:

a) antes mesmo que ele entrasse em vigor, a lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973, alterou-lhe perto de uma centena de artigos, estando os seus dispositivos inteiramente incorporados ao Código;

b) a lei n. 6.458, de 1º de novembro de 1977, dando nova redação à lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968 (Lei das Duplicatas), considera título executivo extrajudicial, para os efeitos do art. 586 do CPC, as duplicatas não aceitas e que preencham certos requisitos;

c) a lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), adaptou ao seu sistema diversos artigos do Código (arts. 100, par. ún., 155, 733, *caput* e § 2º, 1.120, 1.124);

d) a lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), além de ditar inúmeros dispositivos sobre organização judiciária, trouxe a plena competência do juiz não-vitalício (art. 22, *caput* e § 2º) e cuidou da responsabilidade civil do magistrado (art 49) (v. CPC, art. 133);

e) a lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei das Execuções Fiscais), subtraiu do CPC a disciplina da execução da dívida ativa pública;

f) a lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984 (Lei das Pequenas Causas), inovou profundamente no sistema processual brasileiro ao disciplinar o processo e procedimento para as causas de pequeno valor. Essa lei foi expressamente revogada pela lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os juizados especiais cíveis e criminais;

g) a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), extremamente significativa como passo fundamental para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, disciplina a ação do Ministério Público, associações e outras entidades, para a defesa do meio-ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (v. ainda Const., art. 129, inc. III);

h) a lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do executado ("bem de família");

i) a lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), contém disposições específicas e conceitos precisos sobre as ações coletivas, tutela de interesses homogêneos etc.;

j) a lei n. 8.455, de 24 de agosto de 1992, altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre prova pericial e revoga seus arts. 430, 431 e 432, par. ún. (todos no capítulo da perícia);

k) a lei n. 8.710, de 24 de setembro de 1993, amplia o cabimento e disciplina mais pormenorizadamente a citação postal (CPC, art. 222), a qual passa a ser admissível a demandados em geral (não mais restrita a empresas e empresários), além de permitir a intimação das partes por correio:

l) a lei n. 8.718, de 14 de outubro de 1993, altera o art. 294 do CPC, permitindo aditamento do pedido antes da citação;

m) a lei n. 8.898, de 29 de junho de 1994, elimina a liquidação por cálculo e dispõe sobre a citação do devedor na pessoa dos advogados, na liquidação por arbitramento ou por artigos (CPC, arts. 603 ss.);

n) a lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994, altera dispositivos sobre recursos, trazendo ao Código a disciplina do recurso extraordinário, do especial, do ordinário constitucional e dos embargos de divergência (arts. 541-546);

o) a lei n. 8.951, da mesma data, simplificou os procedimentos da ação de usucapião e da ação de consignação em pagamento, dando grande sentido prático a esta;

p) a lei n. 8.952, também da mesma data, trouxe significativas inovações ao processo de conhecimento, principalmente ao disciplinar a tutela jurisdicional antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (arts. 273 e 461);

q) a lei n. 8.953, sempre da mesma data, inovou quanto ao processo executivo e aos embargos à execução;

r) a lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, incluiu, no Livro IV do Código de Processo Civil, o processo monitório;

s) a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, disciplina o processo dos juizados especiais (derrogando a antiga Lei das Pequenas Causas);

t) a lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, trouxe profundas inovações à disciplina do recurso de agravo;

u) a lei n. 9.245, de 26 de dezembro de 1995, alterou significativamente o procedimento sumário;

v) a lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe nova disciplina da *arbitragem*, ab-rogando os dispositivos do Código de Processo Civil e do Código Civil que regiam a matéria;

w) a lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, disciplina o *habeas data*;

x) a lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, alterou a disciplina do conflito de competência e recursos (CPC, arts. 120, 481, 511, 542, 544, 545 e 557);

y) a lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999, permite às partes o emprego de transmissão via *fax* "para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita";

z) a lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, disciplinou o processo da ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade;

aa) a lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispôs sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental (CP, art. 102, § 1º);

bb) a lei n. 10.173, de 9 de janeiro de 2001, deu prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figura como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta-e-cinco anos;

cc) a lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, trouxe uma série de inovações a respeito da devolução oficial e dos recursos;

dd) a lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, trouxe regras mais severas sobre o dever de lealdade processual e repressão à deslealdade, além de inovar sobre distribuição por dependência, provas *etc.*;

ee) a lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, com alterações relativas à tutela antecipada, ao procedimento sumário, à execução forçada *etc.*

ff) o Código Civil, lei n. 10.406, e em vigor a partir de 10 de janeiro de 2003 incluiu uma quantidade significativa de normas processuais-civis, especialmente no tocante à prova (arts. 212 ss.), o que poderá gerar sérias dúvidas conceituais e interpretativas.

gg) a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, com importantes modificações na organização judiciária e reflexos no direito processual, além de ditar diretamente algumas regras tipicamente processuais (*supra*, "A reforma constitucional do Poder Judiciário");

hh) a lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências) "disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária" (art. 1º).

ii) a lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005 dá nova disciplina ao recurso de agravo, alargando as hipóteses em que ele deve ser necessariamente retido e não de instrumento;

jj) a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Lei do Cumprimento de Sentença) estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial e deu outras providências (*infra*, n. 59-C).

kk) lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que altera os arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

ll) lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que autoriza a prolação de sentença julgando liminarmente improcedente a demanda.

mm) lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, dispondo sobre incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos e revogando o art. 194 do CC.

nn) a lei n. 11.341, de 7 de agosto de 2006, alterou o parágrafo do art. 541 do CPC para admitir que as decisões disponíveis em mídia

eletrônica, inclusive na *internet*, possam ser utilizadas como prova de divergência jurisprudencial;

oo) a lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, deu nova disciplina ao processo de execução por título extrajudicial (*rectius*: por títulos diversos da sentença produzida no processo civil), revogou dispositivos e trouxe outras modificações;

pp) a lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal;

qq) a lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC, disciplinando a exigência de *repercussão geral* como pressuposto do recurso extraordinário (Const., art. 102, § 3º);

rr) a lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispôs sobre a informatização do processo judicial;

ss) a lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa;

tt) a lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007 alterou o art. 5º da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, para outorgar à Defensoria Pública legitimidade ativa para a ação civil pública;

uu) a lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007 que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça;

vv) a lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008 acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 543-C, estabelecendo o procedimento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça;

xx) a lei n. 11.694, de 12 de junho de 2008 alterou dispositivos do Código de Processo Civil, para dispor sobre a responsabilidade patrimonial dos partidos políticos, inclusive com a impenhorabilidade de certos bens (CPC, art. 549, inc. XI, e art. 655-A, § 4º).

57. *leis modificativas dos Códigos vigentes – Código de Processo Penal*

Quanto ao direito processual penal, além de inúmeras leis que disciplinaram variados assuntos, tendo vigência paralela ao Código, encontram-se também muitas que lhe impuseram alterações, das quais as mais significativas são as seguintes:

a) a lei n. 4.611, de 2 de abril de 1965, que dispõe sobre o rito sumário nos processos-crime por homicídio culposo e lesões corporais culposas (essa lei foi ab-rogada na parte em que dá poder de iniciativa processual ao juiz e ao delegado de polícia, o que é incompatível com a regra constitucional da exclusiva titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público);

b) a lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967, que altera dispositivos do Código de Processo Penal sobre a prisão preventiva (especialmente, eliminando a prisão preventiva compulsória);

c) a lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou os arts. 219, 221, §§ 1º, 2º e 3º, 310, par. ún., 313, 322, 323, 324, 325, 387, 453, 581, 687, 689, 696, 697, 698, 706, 707, 710, 711, 717, 718, 724, 725, 727, 730 e 731 do CPP (além de impor modificações também ao CP);

d) Lei da Execução Penal (lei n. 7.210, de 1.7.84), instituindo normas penais, administrativas e processuais atinentes à execução da pena, de modo que as disposições processuais antes englobadas no CPP integram agora esse estatuto globalmente dedicado à execução;

e) lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, regulando os denominados "crimes hediondos", com dispositivos sobre a inafiançabilidade e proibição de liberdade provisória; prazos de prisão temporária e livramento condicional e outros prazos procedimentais; apelação em liberdade;

f) lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, contemplando a legitimação de associações civis e entidades e órgãos públicos para proporem ação penal subsidiária, na inércia do Ministério Público; bem como a intervenção no processo penal como assistente da acusação (art. 80);

g) lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, com regra sobre a extinção da punibilidade (art. 14) e a *notitia criminis* por qualquer do povo (art. 16);

h) lei n. 8.701, de 1º de setembro de 1993, que alterou o art. 370 do CPP, dispondo sobre a intimação dos advogados pela imprensa;

i) lei n. 8.862, de 28 de março de 1994, que dá nova redação aos arts. 6º, incs. I e II; 159, *caput* e § 12; 160, *caput* e par. ún.; 164, *caput*; 169 e 181, *caput*, do CPP, todos sobre perícias e exame de corpo de delito;

j) lei n. 9.033, de 2 de maio de 1995, modificando o § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal, para retirar o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, antes previsto em decorrência da decisão de pronúncia;

k) lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações por or-

ganizações criminosas, lei essa bastante criticada por investir o juiz de poderes inquisitivos na investigação e colheita das provas;

l) lei n. 9.043, de 9 de maio de 1995, que altera a redação do *caput* do art. 4º do Código de Processo Penal, apenas para corrigir o termo "jurisdições" da polícia judiciária, por "circunscrições";

m) lei n. 9.046, de 18 de maio de 1995, acrescentando parágrafos ao art. 83 da Lei das Execuções Penais, para prever a dotação de berçários, para a amamentação, nos estabelecimentos penais destinados a mulheres;

n) lei n. 9.061, de 14 de junho de 1995, que altera a redação do art. 809 do Código de Processo Penal, referente a Estatística Judiciária Criminal;

o) lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, revolucionário diploma legislativo que dispõe sobre os juizados especiais criminais, introduzindo o processo penal consensual em nosso ordenamento, e que regula o procedimento sumaríssimo das infrações penais de menor potencial ofensivo;

p) lei n. 9.113, de 16 de outubro de 1995, dando nova redação ao inc. III do art. 484 do Código de Processo Penal, atinente à quesitação no Tribunal do Júri sobre circunstância que isente de pena ou exclua o crime ou o desclassifique;

q) lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, que abole a conversão da multa em pena privativa da liberdade;

r) lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, suspendendo o processo, com suspensão do prazo prescricional, quando o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório efetivo. A mesma lei ainda cuida da citação no estrangeiro, por carta rogatória, e da intimação pela imprensa do defensor constituído e dos advogados do querelante e do assistente;

s) lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplina o art. 52, inc. LVI, CF, regendo as interceptações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal;

t) lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, sobre os crimes da tortura, atenuando o rigor da lei dos crimes hediondos, por permitir a liberdade provisória com vínculos pessoais, a progressão dos regimes de pena e o indulto;

u) a lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, determinando a aplicação aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não-autorizada, da composição civil, da transação penal e da necessidade de representação para o exercício da ação penal;

v) lei n. 9.520, de 27 de novembro de 1997, que revogou o art. 35 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que vedavam à mulher casada o exercício do direito de queixa, sem o consentimento do marido;

w) lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que, dispondo sobre os crimes contra o meio ambiente, passou a exigir a prévia reparação do dano ambiental como requisito da transação penal e da suspensão condicional do processo, além de alterar as condições para a declaração da extinção da punibilidade nesse último caso;

x) lei n. 9.613, de 1º de março de 1998, sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos ou valores, que afasta a possibilidade de suspensão do processo, quando o réu revel citado por edital não constitui defensor, além de criar novos crimes insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança;

y) lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999, que acrescentou o art. 90-A à lei n. 9.099/95 (juizados especiais criminais), para excluir de suas disposições o âmbito da Justiça Militar.

z) lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2000, que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras, possibilitando às Comissões Parlamentares de Inquérito, obterem informações e documentos sigilosos diretamente do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários e das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, bem como conferindo às autoridades e agentes fiscais o poder de quebrar o sigilo bancário, desde que necessário para instrução de processo administrativo ou procedimento fiscal, independentemente de ordem judicial.

aa) lei n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000, que regulamenta a identificação criminal, nos termos do inc. LVIII, do art. 5º, da Constituição, estabelecendo os casos em que a pessoa civilmente identificada pode ser submetida a identificação criminal;

bb) lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001, que alterou os arts. 1º e 2º da lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, para permitir, nas investigações sobre organizações criminosas, a captação e registro de interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como a infiltração de agente de polícia ou de inteligência nas mencionadas organizações;

cc) lei n. 10.258, de 11 de julho de 2001, que alterou o art. 295 do Código de Processo Penal, para disciplinar a prisão especial, a qual

passou a consistir, exclusivamente, no recolhimento em local distinto da prisão comum;

dd) lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal, atribuindo-lhes competência para processar e julgar, na esfera federal, as infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas como crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (art. 2º, parágrafo único);

ee) lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, estabelecendo um novo procedimento para os crimes de tóxico, com novidades como a previsão de resposta escrita do acusado, anterior ao recebimento da denúncia, e a previsão de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia contra quem efetivamente colaborar;

ff) lei n. 10.446, de 8 de maio de 2002, que dispõe sobre infrações penais com repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição;

gg) lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal (referente ao chamado *foro privilegiado*).

hh) lei n. 10.695, de 1º de julho de 2003, que dispõe sobre violação de direitos autorais e acrescenta dispositivos ao Código de Processo Penal, fixando regras sobre a apreensão, depósito e destruição dos bens ilicitamente produzidos e sobre o exercício da ação penal, possibilitando às associações de titulares de direitos de autor o ingresso em juízo como assistentes de acusação;

ii) lei n. 10.732, de 5 de setembro de 2003, que altera a redação do art. 359 da lei n. 4.737, de 15 de julho de 1995 (Código Eleitoral), instituindo a obrigatoriedade do depoimento pessoal do acusado no processo penal eleitoral, com a subseqüente previsão de prazo para o oferecimento de alegações escritas e arrolamento de testemunhas;

jj) lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterando profundamente o regime do interrogatório do Código de Processo Penal. Essa lei recolhe substancialmente um dos projetos retro referidos (*supra*, n. 55, n. 4), passando claramente o interrogatório a ser meio de defesa, com a previsão da presença obrigatória do defensor e o pleno resguardo do direito ao silêncio, facultadas as perguntas das partes, por intermédio do juiz.

kk) a lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, revogou os arts. 503 a 512 CPP (não se aplicando aos processos ajuizados anteriormente ao início de sua vigência);

ll) a lei n. 11.113, de 13 de maio de 2005, deu nova redação ao *caput* e ao § 3º do art. 304 do CPC, sobre prisão em flagrante.

mm) a lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Const. e de Convenções adotadas pelo país, alterou o art. 313 do CPP;

nn) a lei n. 11.435, de 28 de dezembro de 2006, alterou os arts. 136 a 141 e 143 do CPP, para substituir a expressão "seqüestro" por "arresto", com os devidos ajustes redacionais;

oo) a lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, alterou o art. 306 do CPP, sobre prisão em flagrante;

pp) a lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 306 do Código de Processo Penal;

qq) a lei n. 11.466, de 28 de março de 2007, que alterou a Lei de Execução Penal e o Código Penal para definir como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular;

rr) a lei n. 11.596, de 29 novembro de 2007, que alterou o inciso IV do *caput* do art. 117 do Código Penal, para definir como causa interruptiva da prescrição a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível;

ss) a lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao tribunal do júri;

tt) a lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, dando tratamento legislativo à inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, inclusive à prova lícita derivada da ilícita, reformulando a prova pericial e afirmando que a decisão do juiz não poderá fundamentar-se *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos no inquérito policial;

uu) a lei 11.719, de 20 de junho de 2008 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e aos procedimentos;

vv) a lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009, alterou dispositivos do Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização

de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dispôs sobre a expedição de cartas rogatórias.

57-A. *modificações no processo trabalhista*

A emenda constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, trouxe importantíssima modificação ao processo do trabalho, ao eliminar as juntas de conciliação e julgamento e os vogais classistas que as integravam, substituindo-as pelas *varas federais*. Pelo que dispõe, os órgãos jurisdicionais de primeiro grau na Justiça do Trabalho passam a ser monocráticos, chamam-se *varas do trabalho* e são integradas por um juiz do trabalho (não mais juiz presidente) (art. 111, inc. III). Novas leis trouxeram outras modificações: a lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista; a lei n. 9.958, da mesma data, que dispôs sobre as Comissões de conciliação prévia, permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho; a lei n. 10.272, de 5 de setembro de 2001, que alterou a redação do art. 467 da CLT, que dispõe sobre o pagamento de verbas rescisórias em juízo; a lei n. 10.288, de 20 de setembro de 2001, que alterou a CLT, disponso sobre o *jus postulandi*, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista; e a lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002, que alterou os arts. 789 e 790 da CLT, sobre custas e emolumentos da Justiça do Trabalho, e acrescentou os arts. 789-A, 789-B, 790-A e 790-B e a lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002, que alterou os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho sobre custas e emolumentos, acrescentando-lhe os arts. 789-A, 789-B, 790-A e 790-B. Mais recentemente, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, na linha da orientação já presente na Constituição de 1988, não mais alude à competência normativa da Justiça do Trabalho (Const., art. 114 – *infra*, n. 164). Referida emenda ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho.

58. *a Constituição de 1988 e o direito anterior*

Sendo a Constituição a base de toda a ordem jurídica, nela assentando-se a legislação ordinária, a rigor de lógica a promulgação de uma nova Constituição deveria ter como efeito a perda de eficácia, não só da Constituição precedente, mas de todas as normas editadas na conformidade dela.

A prática impede a adoção desse critério. Entende-se, por isso, que as normas ordinárias anteriores, que não sejam incompatíveis com a nova Constituição, persistem vigentes e eficazes, em face do fenômeno da *recepção*. Renovando-as, a nova ordem constitucional devolve-lhes de imediato a eficácia. Naturalmente, as normas precedentes incompatíveis não são recebidas pela nova ordem constitucional, perdendo vigência e eficácia.

> Discute-se se a Constituição nova *revoga* as normas anteriores incompatíveis. Com ou sem revogação, porém, é indiscutível o fenômeno da perda de eficácia, por não terem essas normas sido recebidas pela nova Constituição.

Como já se disse (*supra*, cap. 5º), a Constituição brasileira de 1988 dispôs largamente em matéria processual, com o que diversos dispositivos da legislação anterior perderam eficácia, enquanto outros demandam uma releitura em chave constitucional que os interprete de modo consentâneo com a nova ordem jurídica.

> Assim, por exemplo, a *garantia do contraditório e da ampla defesa*, contida no art. 5º, inc. LV, e endereçada a qualquer processo, bem como a do *devido processo legal com relação à perda dos bens* (inc. LIV), põem cobro à antiga disputa sobre a aplicabilidade desses princípios à execução civil, com a conseqüência da necessária adequação à Constituição de dispositivos como o art. 653 do Código de Processo Civil. Ainda para o processo civil, a restrição do direito de consultar autos às partes e procuradores (CPC, art. 155, par.) deve ser reexaminada em face do princípio da publicidade dos atos processuais (Const., art. 52, inc. LX).

Mais profunda foi a reforma processual penal operada pela Constituição, dela decorrendo a perda de eficácia ou uma diversa interpretação de inúmeras disposições da legislação precedente. Destacam-se os seguintes exemplos: a) titularidade absoluta da ação penal pelo Ministério Público (Const., art. 129, inc. I), com a abolição dos processos criminais instaurados na Polícia (ditos processos *judicialiformes*) – conseqüência, a supressão do disposto no art. 17 da Lei das Contravenções Penais e nos arts. 26 e 530-531 do Código de Processo Penal; b) a proibição de identificação criminal (Const., art. 5º, inc. LVIII), com reflexo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Processo Penal; c) a impossibilidade de prisão pela autoridade que preside o inquérito, prevista pela Lei de Segurança Nacional, em face do inciso LXI do art. 5º da Constituição; d) a necessária adequação do disposto nos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal à plena garantia do direito ao silêncio assegurada pelo art. 5º, inc. LXIII, da Constituição; e) a perda de eficácia do art. 240, *f*, do Código de Processo Penal, em face da inviolabilida-

de absoluta do sigilo da correspondência prevista no inc. XII do art. 5º da Constituição; f) a releitura das normas atinentes às buscas domiciliares (CPP, arts. 240-241), em confronto com a regra do mandado judiciário, ressalvado o flagrante, do art. 5º, inc. XI, da Constituição.

Acima de tudo isso e numa visão de conjunto, é preciso ter consciência das *linhas gerais da reforma processual* operada pela Constituição de 1988, salientando as tendências evolutivas refletidas no perfil traçado pela Lei Maior.

Houve um reforço das garantias do *justo processo* (tanto civil como penal), vistas não mais exclusivamente como direitos públicos subjetivos dos litigantes, mas sobretudo como garantias para o correto exercício da jurisdição.

Segura demonstração dessa tendência são as garantias da *publicidade* e da *motivação* (*supra*, nn. 27-28).

Ainda no plano geral, destaca-se a abertura à *participação popular* na administração da Justiça para as causas de menor complexidade (art. 98, inc. I) e, no mesmo campo civil, para a justiça conciliativa (art. 98, inc. II).

O mesmo art. 98, inc. I, ao exigir o procedimento oral e sumaríssimo para as pequenas causas coloca nitidamente o direito a procedimentos adequados, que sejam aderentes à realidade social e consentâneos com a relação jurídica material subjacente.

Especificamente para o processo civil, a facilitação do acesso à justiça (acesso "à ordem jurídica justa"), inclusive mediante o reconhecimento de direitos supra-individuais, dotados do instrumental adequado à sua viabilização, são pontos fundamentais que deverão levar a profundas modificações de todo o sistema processual (v. *supra*, n. 35).

Para o processo penal, saliente-se a insuprimível *regra moral* que deve presidir ao processo, a qual repõe em questão o princípio da denominada verdade real, uma vez que esta não pode ser buscada a qualquer custo, mas sempre de acordo com rigorosos princípios éticos.

Ainda quanto ao processo penal, são estas as novidades constitucionais mais importantes: a) a presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII); b) o direito à identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (inc. LXIV); c) a informação ao preso de seus direitos, inclusive o de permanecer calado (inc. LXIII); d) a imediata comunicação da prisão aos familiares e ao defensor (inc. LXII); e) a necessidade de ordem judiciária para as medidas restritivas de direitos (incs. XI, XII e LXI); f) a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (inc. LVI); g) o controle externo exercido pelo Ministério Público sobre a polícia judiciária (art. 129, inc. VII); h) as garantias contra a tortura (art. 5º, inc. XLIII); i) a reparação pela prisão por tempo superior ao da condenação (inc. LXXV).

Mencione-se ainda a segura opção da Constituição por um processo penal de partes, dominado pelo princípio acusatório, em que a relação jurídica processual é posta em relevo pelas funções claramente delineadas do juiz, da acusação e da defesa. Prova dessa escolha são a regra que torna privativo do Ministério Público o exercício da ação penal pública (art. 129, inc. I) e a que institucionaliza a figura do advogado, privado e público, este pelas Defensorias (arts. 131 e 134).

Finalmente uma relativa disponibilidade da ação penal, para as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, inc. I), constitui outra importante colocação da Constituição de 1988; com isso alinha-se o sistema brasileiro às tendências contemporâneas de ordenamentos jurídicos até há pouco comprometidos, como o nosso, com o princípio da obrigatoriedade em todo seu rigor (v. *supra*, nn. 6, 7 e 22).

Para concluir com uma síntese sistemática e visão de conjunto, os inúmeros dispositivos da Constituição de 1988 relativos ao sistema processual e aos seus valores podem ser agrupados em três categorias:

a) *princípios e garantias constitucionais do processo*, ditados com explicitude e clareza (princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade do controle jurisdicional; presunção de inocência do acusado, dever de motivação de todas as decisões judiciais, proibição das provas obtidas por meios ilícitos etc.);

b) *jurisdição constitucional das liberdades*: *habeas-corpus*, mandado de segurança individual e coletivo, *habeas-data*, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ação de inconstitucionalidade por omissão, rol de legitimados à ação direta de inconstitucionalidade;

c) *organização judiciária*: inovando na estrutura judiciária nacional, criando o Superior Tribunal de Justiça e o juiz de paz eletivo, autorizando a instituição de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo etc.

Lembre-se uma vez mais que as garantias processuais da Convenção Americana dos Direitos Humanos integram o rol de direitos e garantias vigentes no país, enriquecendo os princípios e garantias processuais do nosso ordenamento: v. *supra*, n. 36a.

59. *evolução doutrinária do direito processual no Brasil – o papel de Liebman e a tendência instrumentalista moderna*

O direito processual sempre foi alvo de grande interesse entre os estudiosos brasileiros. Já no século passado tivemos processualistas

como Pimenta Bueno (processo penal), o Barão de Ramalho e Paula Batista (ambos, processo civil), que deram início a um acervo cultural de que as gerações posteriores haveriam de orgulhar-se. O último deles, professor na Faculdade do Recife, é ainda hoje citado e considerado pela sua profunda percepção de problemas fundamentais do processo (ação, demanda, execução civil), descortinando horizontes ainda desconhecidos na própria processualística européia de seu tempo.

Depois haveriam de vir Estevam de Almeida, João Monteiro e João Mendes Júnior, todos catedráticos de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo, além de Galdino Siqueira, voltado ao processo penal. A cátedra de direito processual civil em São Paulo sempre exerceu verdadeiro fascínio sobre os juristas, dado o prestígio dos que a ocuparam e o interesse pela matéria. João Monteiro, por exemplo, ainda nos albores do século vislumbrou a teoria da ação como direito abstrato, hoje geralmente aceita mas que entre nós estava muito longe de ser de moda (a teoria civilista da ação, tradicionalmente prestigiada, era dogma então, como se vê do próprio Código Civil).

João Mendes Júnior, certamente o mais genial de todos, tratou do processo penal e do processo civil à luz de regras comuns a ambos, numa verdadeira teoria geral do processo, ciência que principiou a despontar entre nós, com real pujança, há menos de trinta anos. Preocupou-se também com as raízes constitucionais do direito processual, lançando bases para a compreensão do *due process of law*, que hoje nos é familiar; isso além de sua *teoria ontológica do processo*, que colocava este nos parâmetros da filosofia aristotélico-tomista das quatro causas, fazendo nítida distinção entre processo e procedimento.

Mas a doutrina brasileira de então ressentia-se profundamente de uma grande desatualização metodológica. Nossos estudiosos, habituados à leitura dos clássicos portugueses (Correia Telles, Pereira e Souza, Lobão) e dos exegetas italianos do século passado (Mattirolo, Pescatore e mesmo Mortara), não se haviam alinhado ao movimento que a partir da metade do século passado se instalara na Europa.

Ali, entre 1856 e 1858, travara-se histórica polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio* romana e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação. Ali, e sempre na Alemanha, escrevera-se uma obra verdadeiramente revolucionária, que haveria de tornar clara aos olhos de todos os juristas a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação de direito material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz (trata-se de famoso livro de Oskar von Bulow, do ano de 1868). Ali, a partir des-

ses trabalhos pioneiros, houvera uma efervescência de idéias e de doutrinas, especialmente sobre a natureza da ação, que veio a colocar o direito processual definitivamente como verdadeira ciência, com objeto e método próprios, libertando-o da condição de mero apêndice do direito privado.

Disso, porém, se tiveram os nossos antigos processualistas notícia, seguramente não se embeberam os seus espíritos, que continuavam ligados à velha escola meramente procedimentalista (estudo do processo através da dinâmica dos atos do procedimento e não a partir da conceituação harmoniosa de institutos).

Em época mais recente (anos trinta), surgiram processualistas já mais afeitos às teorias modernas, ao novo método científico do direito processual. É o caso do paulista Gabriel de Rezende Filho, cuja obra didática foi de grande prestígio perante muitas gerações de estudantes e profissionais; do carioca Machado Guimarães e dos mineiros Amílcar de Castro e Lopes da Costa (autor de um tratado institucional de direito processual civil que, embora escrito na vigência do Código de 1939, desafia a ação do tempo e é ainda hoje um dos melhores que já se escreveram em nosso país). Granjeou grande prestígio também a obra didática de Moacyr Amaral Santos, que foi reeditada à luz do Código de Processo Civil de 1973 e se mantém.

Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência européia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento dos seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti. Aqui, veio a dominar por inteiro a obra dos autores luso-brasileiros mais antigos e o espírito da legislação herdada de Portugal.

Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo da sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência da Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à "Escola Processual de São Paulo".

Vieram em seguida os trabalhos de alto nível de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, discípulos de Liebman naqueles colóquios por este promovidos; de Moacyr Amaral Santos, de Celso Agrícola Barbi, de Alcides de Mendonça Lima, de Galeno Lacerda, de Moniz de Aragão, de Barbosa Moreira e de outros mais modernos, em processo civil. Em direito processual penal, destacaram-se o mesmo José Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Romeu Pires de Campos Barros. E, a partir de quando começou a haver interesse pelo direito do trabalho e pelo processo trabalhista, surgiram as obras processuais, nessa área, de Antônio Lamarca, de Coqueijo Costa, de Wagner Giglio, de Amauri Mascaro Nascimento, de Wilson de Souza Campos Batalha.

A *Escola Processual de São Paulo* caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in judicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo.

Pelo que significou em toda essa evolução científica do direito processual no Brasil, foi Enrico Tullio Liebman agraciado pelo Governo Brasileiro, no ano de 1977, com a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul, máxima condecoração que se concede a personalidades estrangeiras beneméritas à nossa nação. Outra significativa homenagem lhe prestou a comunidade jurídica de São Paulo, em novembro de 1984, quando do lançamento da tradução brasileira de seu *Manual de direito processual civil*: na oportunidade, em comovida mensagem telefônica, Liebman externou toda a sua estima pelo povo brasileiro. O Mestre faleceu em setembro de 1986, mas sua influência permanece viva entre nós. Graças ao estímulo sempre dado aos brasileiros na sua Universidade de Milão, foi possível celebrar um convênio cultural entre esta e a de São Paulo, no cumprimento do qual mestres de lá têm vindo ministrar cursos de pós-graduação aqui (Edoardo Ricci, Mario Pisani, Bruno Cavallone e o saudoso Giuseppe Tarzia) e vice-versa (Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco).

Em tempos bem modernos, um grupo crescente de estudiosos brasileiros vai-se alinhando ao movimento internacional interessado no lema da *efetividade do processo*. Trata-se da mais moderna linha metodológica da ciência processual, voltada à investigação das raízes políticas e sociológicas do processo e crítica ao processo que vamos praticando através dos tempos e sem alterações funcionais significativas (sobre as chamadas *três ondas renovatórias* do direito processual, v. *supra*, n. 13). Essas idéias têm sido discutidas e divulgadas através de publicações freqüentes e congressos promovidos por entidades regionais e internacionais e são de crescente aceitação no Brasil.

59-A. linhas evolutivas do direito processual no Brasil

Como resultado de todo esse esforço da doutrina, hoje se podem destacar as linhas evolutivas do direito processual, no exterior e especialmente no Brasil. O processo tradicional vem sendo marcado por profundas alterações metodológicas, passando (a) do plano abstrato ao concreto, (b) do plano nacional ao internacional e (c) do plano individual ao social.

Do abstrato ao concreto. As normas processuais buscam hoje a plena satisfação do direito material, ou seja, um *processo de resultados* (*efetividade do processo*). Inserem-se nessa linha os novos dispositivos do Código de Processo Civil que adotam a chamada *tutela jurisdicional diferenciada*, ou seja, procedimentos sumários e de cognição superficial, necessários a assegurar a fruição do bem antes que o tempo corroa o direito ou seu objeto (como a tutela antecipada) ou a encurtar o tempo do processo (p. ex., ação monitória). Inserem-se também na mesma linha os provimentos jurisdicionais destinados a oferecer tutela específica, atribuindo ao vencedor o adimplemento da obrigação, em espécie e não em seu equivalente monetário (obrigações de fazer ou de não-fazer, obrigações de dar).

Do plano nacional ao internacional. Cada vez mais, as normas processuais cuidam do transporte dos provimentos jurisdicionais para fora dos limites territoriais dos Estados soberanos (o direito processual internacional). Nessa linha, vem-se facilitando a homologação das sentenças estrangeiras, a colaboração nos atos de comunicação processual, o cumprimento das medidas cautelares determinadas por juiz estrangeiro *etc.* Insere-se também nesse plano a *harmonização de normas processuais* em comunidades econômicas e sociais homogêneas, como ocorre entre os países da União Européia. No Mercosul esse caminho é ainda incipiente, mas a comunidade ibero-americana já conta com um Código Modelo de Processo Civil, um Código Modelo de Processo Penal e um Código Modelo de Processos Coletivos, resultado dos trabalhos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Os Códigos-Modelo não são imperativos para os Estados, mas constituem um repositório de princípios e de normas virtuais ali colocados como fonte de inspiração aos diversos países para suas reformas processuais.

Do plano individual ao plano social. O processo eminentemente individualista do século XIX e da primeira metade do século XX (até por volta dos anos *setenta*), que respondia aos anseios de um direito material igualmente individualista, foi se transformando em um processo destinado a atender também a grupos, categorias e classes de pessoas, no que se refere, sinteticamente, à *qualidade de vida* (direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, à segurança dos investidores *etc.*). Trata-se, agora, de dar apoio, com novos instrumentos processuais, aos interesses de massa, em uma sociedade de massa. E, para tanto, institutos inteiros que estavam à base do direito processual tiveram de ser reformulados, para a tutela efetiva dos titulares dos novos direitos, reconhecidos nas modernas Constituições. Surgiram nesse quadro as *ações coletivas*, destinadas à tutela referente aos direitos ou interesses de inteiros grupos, categorias e classes de pessoas, indeterminados e às vezes indetermináveis – e tudo isso possibilita, ao menos no Brasil, o reconhecimento de um *direito processual coletivo*, ao lado do clássico direito processual individual (o qual, por sua vez, vai sendo *revisitado*, como visto neste capítulo e no anterior).

59-B. direito processual coletivo

Sendo caracterizado por *princípios e institutos* próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do *direito processual individual*. Aplicam-se-lhe todos os *princípios gerais* do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, os princípios do acesso à justiça e da universalidade da jurisdição, na medida em que amplos segmentos sociais são legitimados às demandas coletivas e uma série de novas causas são levadas ao conhecimento e julgamento dos tribunais. Assim também a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz *etc.*), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objetiva e subjetiva, uma maior liberdade das formas.

Os *princípios informativos* permanecem os mesmos do direito processual em geral (*supra*, n. 17), mas o princípio jurídico da igualdade também é objeto de uma nova avaliação substancial, em benefício do grupo.

Mas é sobretudo no plano dos institutos fundamentais do processo que o direito processual coletivo se distingue do individual. Para atender aos novos direitos ou interesses foi necessário alterar profundamente os esquemas da *legitimidade ad causam*, uma vez que os membros do grupo, categoria ou classe não são titulares de direito subjetivo algum, dada a indeterminação ou indeterminabilidade desses direitos; age em juízo por eles um *representante adequado*, ou substituto processual, ou seja, uma pessoa ou ente investido de *legitimidade* diante das características que apresenta (Ministério Público, Defensoria Pública, sindicatos, associações, órgãos públicos). Os *limites subjetivos da coisa julgada* e da própria eficácia da sentença (*infra*, n. 200) tiveram de ser profundamente alterados, ganhando uma projeção *erga omnes*, às vezes de acordo com o resultado do processo (*secundum eventum litis*). Caminha-se em direção a uma *coisa julgada segundo a prova* (ou *secundum probationem*), que permite a repropositurа da demanda em face de prova superveniente. Os *limites objetivos* da coisa julgada, embora aparentemente limitados, como no processo individual, ao comando da sentença (*dispositivo*), acabam transcendendo-o pelo menos em relação aos efeitos práticos, quando há controle difuso da constitucionalidade em sede de demanda coletiva (pois os efeitos *erga omnes* do comando da sentença, sobretudo quando de âmbito nacional, equivalem, na prática, aos efeitos da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade nas ações diretas de competência do Supremo Tribunal Federal). Pedido e causa de pedir podem ser interpretados extensivamente. Com vista a agilizar a tutela jurisdicional, redefine-se a dimensão da *litispendência* (abrangendo demandas em que os legitimados ativos são diferentes), bem como a da *conexidade* (mais ampla, para permitir que causas semelhantes sejam agrupadas e julgadas conjuntamente). Na mesma linha, a competência tem regras próprias. Assim também, a liqüidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos pelos membros do grupo. São revisitadas as regras sobre distribuição do ônus da prova. E custas e honorários têm tratamento próprio.

Os poderes do juiz são ampliados sobremaneira (trata-se da *defining function* das *class actions* norte-americanas), exercendo ele o controle não só da legitimidade mas também da *representatividade adequada*, decidindo sobre outros requisitos necessários à propositura da demanda coletiva e podendo reunir e desmembrar ações coletivas, assim como certificá-las como tais *etc.* E as funções do Ministério Público assumem feição diversa, podendo ele ser parte parcial (como

legitimado ativo) ou imparcial (como fiscal da lei, hipótese em que exerce o poder-dever de impulsionar o processo coletivo).

Tudo isto foi o resultado, no Brasil, de uma posição de vanguarda assumida pela doutrina e, depois, pela legislação. Pensar na Lei da Ação Popular, com as modificações introduzidas pela emenda constitucional n. 1/1969; na Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24.7.85); na própria Constituição Federal de 1988; no Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078, de 11.9.90) *etc.* Essas foram as principais fontes legais do processo coletivo brasileiro, responsáveis por seu surgimento, sua evolução e sua conceituação doutrinária (sem descuidar da atuação dos sindicatos nos dissídios coletivos trabalhistas).

Novidades importantes são ainda objeto de análise e propostas, aqui e alhures, devendo ser lembrado o *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, aprovado em Caracas em setembro de 2004 e originário da proposta inicial de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Saliente-se ainda a proposta em andamento de um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, iniciativa dos pós-graduandos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na disciplina *processos coletivos*, regida por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Carlos Alberto de Salles. Essa proposta foi transformada em anteprojeto, após receber contribuições das mais diversas origens, tendo sido apresentada ao Ministério da Justiça em dezembro de 2005.

59-C. o regime do cumprimento de sentença

Uma lei do fim do ano de 2005, oriunda de anteprojeto elaborado pelo Min. Athos Gusmão Carneiro, veio a impor uma transformação muito profunda em todo o processo civil brasileiro e nos conceitos até então aceitos pela generalidade dos estudiosos. Foi a lei n. 11.232, de 22 de dezembro daquele ano, conhecida como *Lei do Cumprimento de Sentença*. Sua principal característica consiste na eliminação da figura do processo autônomo de execução fundado em sentença civil condenatória, generalizando também o disposto nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil; pelo que nela se dispõe, sempre a efetivação dos preceitos contidos em uma sentença civil se realizará em continuação ao mesmo processo no qual esta houver sido proferida.

Essa unidade processual é ditada pelas disposições segundo as quais a provocação do juízo para as medidas de efetivação da sentença se fará mediante mero *requerimento* do credor (arts. 461, § 5º e 475-J, red. lei n. 11.232, de 22.12.05) e não mais pelo ajuizamento de uma petição inicial. O obrigado não será *citado*, justamente porque

não tem vida um novo processo, mas simplesmente *intimado* na pessoa de seu patrono (art. 475-J, § 1º).

A nova lei chama de *cumprimento de sentença*, em sentido genérico, as atividades destinadas à efetivação do preceito contido em qualquer sentença na qual se reconheça a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo vencido (título executivo judicial – art. 475-N, inc. I). Quando se trata de dar efetividade a uma obrigação de pagar dinheiro, o *cumprimento* se faz mediante execução (execução por quantia certa contra devedor solvente – art. 475-I). O conceito de *execução* não se estende à efetivação das obrigações específicas, a qual continua regida pelos arts. 461 e 461-A.

Em conseqüência dessa unidade de processo (cognição-efetivação), já não faria sentido manter a conceituação de *sentença* como "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". Por isso o art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil ganhou nova redação, pela qual sentença passou a ser o "ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei". Sempre que houver julgamento do *meritum causæ* ter-se-á uma *sentença* (art. 269); o mesmo, quando o juiz determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267). Mas, em razão da unidade do processo (cognição-efetivação), a sentença de mérito só porá fim a este em casos excepcionalíssimos – a saber, quando não restar obrigação alguma a ser efetivada, sequer por custas em reembolso ou honorários da sucumbência.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. V, n. 42.

Buzaid, "Exposição de Motivos" do Anteprojeto de Código de Processo Civil.

_____. "Paula Batista: atualidades de um velho processualista".

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. VIII, nn. 98-107.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, nn. 1-11 ("A formação do moderno processo civil brasileiro").

_____. *A reforma do Código de Processo Civil.*

Grinover, "Modernidade do direito processual brasileiro", pp. 273-298.

Ferreira Filho, *Direito constitucional comparado*, pp. 115-120.

Liebman, *Problemi di processo civile*, pp. 483-490 ("Il nuovo 'código de processo civil' brasiliano").

Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, pp. 99-119.

Marques, *Instituições*, I, cap. II, § 7-B.

_____. *Manual*, I, cap. III, §§ 6º-7º.

Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 74 ss.

Vidigal, "Os mestres de direito judiciário civil".

SEGUNDA PARTE

JURISDIÇÃO

CAPÍTULO 11
JURISDIÇÃO: CONCEITO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

60. conceito de jurisdição

Da jurisdição, já delineada em sua finalidade fundamental no cap. 2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder*, *função* e *atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Para caracterizar a jurisdição, muitos critérios foram propostos pela doutrina tradicional, apoiada sempre em premissas exclusivamente jurídicas e despreocupada das de caráter sócio-político. Hoje a perspectiva é substancialmente outra, na medida em que a moderna pro-

cessualística busca a legitimidade do seu sistema na utilidade que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições. Daí a segura diretriz no sentido de afirmar os escopos sociais e políticos da jurisdição e especialmente o escopo de pacificação com justiça, de que se falou em capítulo anterior, nesta mesma obra (*supra*, n. 4).

Mesmo assim, não deixam de ser também importantes as características da jurisdição pelo aspecto jurídico. Dentre os critérios distintivos propostos pela doutrina tradicional, os dois indicados por Chiovenda mostram-se suficientes para a caracterização jurídica da jurisdição: a) caráter substitutivo; b) escopo de atuação do direito. Foi muito importante também a construção proposta por Carnelutti, que caracterizava a jurisdição pela circunstância de ser uma atividade exercida sempre com relação a uma lide: como se verá a seguir, a idéia da lide está presente nos caracteres acima. Essa e outras características secundárias da função jurisdicional serão também estudadas neste capítulo.

61. caráter substitutivo

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.

Essa proposição, que no processo civil encontra algumas exceções (casos raros de autotutela, casos de autocomposição), é de validade absoluta no penal: nunca pode o direito de punir ser exercido independentemente do processo e não pode o acusado submeter-se voluntariamente à aplicação da pena (sobre a abertura constitucional para a conciliação em matéria penal, v. *supra*, nn. 6-7).

As atividades do Estado são exercidas através de pessoas físicas, que constituem seus agentes, ou seus órgãos (o juiz exerce a jurisdição, complementada sua atividade pelas dos órgãos auxiliares da Justiça). E, como essas pessoas não agem em nome próprio mas como órgãos do Estado, a sua *imparcialidade* é uma exigência da lei; o juiz ou auxiliar da Justiça (escrivão, oficial de justiça, depositário, contador) que tiver interesse próprio no litígio ou razões para comportar-se de modo favorável a uma das partes e contrariamente à outra (parentesco, amizade íntima, inimizade capital) não deve atuar no processo: v. CPC, arts. 134, 135 e 312; CPP, arts. 95-103, 252, 254.

62. escopo jurídico de atuação do direito

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).

Essa é a teoria de Chiovenda. Corresponde à idéia de que a norma concreta nasce antes e independentemente do processo. Outra posição digna de nota é a de Carnelutti: só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (*lide*), no momento em que é dada a sentença a respeito: o escopo do processo seria, então, a *justa composição da lide*, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes.

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade).

Isso não quer dizer, contudo, que seja essa mesma a motivação que leva as pessoas ao processo. Quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeita que o demandante vem buscar no processo. A

realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

63. outras características da jurisdição (lide, inércia, definitividade)

Do que ficou dito, resulta que a função jurisdicional exerce-se em grande número de casos (Carnelutti afirmava que *sempre*) com referência a uma *lide* que a parte interessada deduz ao Estado, pedindo um provimento a respeito. A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.

> Quando se trata de lide envolvendo o Estado-administração, o Estado-juiz substitui com atividades suas as atividades dos sujeitos da lide – inclusive a do administrador. Essa idéia também encontra aplicação no processo penal. Quem admitir que existe a lide penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão da acusação pede absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais. Em vez de *lide penal* é preferível falar em *controvérsia penal* (*supra*, n. 8).

Outra característica da jurisdição decorre do fato de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (*nemo judex sine actore, ne procedat judex ex officio*). O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes. Há outros métodos reconhecidos pelo Estado para a solução dos conflitos (conciliação endo ou extraprocessual, autocomposição e, excepcionalissimamente, autotutela – sobre os meios alternativos para a eliminação de conflitos (*supra*, n. 5) e o melhor é deixar que o Estado só intervenha, mediante o exercício da jurisdição, quando tais métodos não tiverem surtido efeitos.

Além disso, a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente. Por isso, fica geralmente ao critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz ao exercício da função jurisdicional: assim como os direitos subjetivos são em princípio *disponíveis*, podendo ser exercidos ou não, também o acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado (mas mesmo no tocante aos direitos indisponíveis a regra da inércia jurisdicional prevalece – *v.g.*, o *jus punitionis* do Estado).

> Em direito processual penal, o titular da pretensão punitiva (Ministério Público) não tem sobre ela o poder de livre disposição, de modo que pudesse cada promotor, a seu critério, propor a ação penal ou deixar de fazê-lo. Vigem aí, como regra geral, os chamados *princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade*, que subtraem ao órgão do Ministério Público a apreciação da conveniência da instauração do processo para a persecução dos delitos de que tenha notícia. Mesmo assim, todavia, o processo não se instaura *ex officio*, mas mediante a provocação do Ministério Público (ou do ofendido, nos casos excepcionais de ação penal de iniciativa privada).

Assim, é sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais através de dispositivos como o do art. 2º do Código de Processo Civil ("nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais") e o do art. 24 do de Processo Penal.

> Em casos raros e específicos, a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais. Assim, por exemplo, pode o juiz declarar *ex officio* a falência de uma empresa sob regime de recuperação judicial, quando verifica que falta algum requisito para o prosseguimento desta (lei n. 11.101, de 9.2.05, arts. 73-74); a execução; a execução trabalhista pode instaurar-se por ato do juiz (CLT, art. 878); o *habeas corpus* pode conceder-se de-ofício (CPP, art. 654, § 2º). A execução penal também se instaura *ex officio*, ordenando o

juiz a expedição da carta de guia para o cumprimento da pena (LEP, art. 105).

Outra característica dos atos jurisdicionais é que *só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis*, não podendo ser revistos ou modificados. A Constituição brasileira, como a da generalidade dos países, estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, inc. XXXVI). Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado (*infra*, n. 198). No Estado-de-Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário.

64. jurisdição, legislação, administração

A preocupação moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como poder, vê-se que não passa de uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o qual é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como é o *poder*, do que cuidar de distingui-las. Como *função* é que, tendo em vista os objetivos do exercício da jurisdição, torna-se possível estremá-la das outras funções estatais.

Ela difere da *legislação*, porque consiste em pacificar situações conflituais apresentadas ao Estado-juiz, fazendo justiça em casos concretos – seja afirmando imperativamente a preexistente vontade do direito (sentença), seja produzindo os resultados que o obrigado não produziu com sua conduta própria (execução). Quanto à atividade *administrativa*, não há dúvida de que também através dela o Estado cumpre a lei (e por isso não faltou quem dissesse inexistir diferença ontológica entre a administração e a jurisdição). Mas a diferença entre as

duas atividades está em que: a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não tem o *escopo* de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum); b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado que realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo; c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos. Acima de tudo, só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade.

Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do *critério orgânico*, isoladamente, para distinguir a jurisdição: esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da petição de princípio (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional: a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (*cfr.* Const., art. 52, inc. I); e há funções absolutamente não-jurisdicionais, que os órgãos judiciários exercem (Const., art. 96).

65. princípios inerentes à jurisdição

Em todos os países a jurisdição é informada por alguns princípios fundamentais que, com ou sem expressão na própria lei, são universalmente reconhecidos. São eles: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia.

O *princípio da investidura* corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. A jurisdição é um monopólio do Estado e este, que é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes: essas pessoas físicas são os juízes. É claro, pois, que, sem ter sido regularmente investida, não será uma pessoa a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais.

O mesmo sucede se o juiz já se aposentou, circunstância em que se pode corretamente afirmar que não é mais juiz: ocorrendo a aposentadoria, deve ele então, segundo preceito expresso da lei processual, passar os autos ao sucessor (CPC, art. 132).

No *princípio da aderência ao território* manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. Além disso, como os juízes são muitos no mesmo país, distribuídos em comarcas (Justiças Estaduais) ou seções judiciárias (Justiça Federal), também se infere daí que cada juiz só exerce a sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição. O princípio de que tratamos é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à autoridade dos juízes.

> Em virtude desse princípio, todo e qualquer ato de interesse para um processo, que deva ser praticado fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, depende da cooperação do juiz do lugar. Se, por exemplo, é preciso citar um réu que se encontra em outra comarca, isso será feito através de uma precatória: o juiz do processo (deprecante) expede uma carta ao juiz do lugar (deprecado), pedindo-lhe que faça citar o réu (CPC, arts. 201 ss.; CPP, arts. 353 ss.). O mesmo acontece se é preciso produzir alguma prova fora do território do juiz, ou mesmo prender o acusado em outra comarca (CPP, art. 289). O princípio da aderência ao território não impede, em processo civil, a citação postal endereçada a pessoas fora da comarca (CPC, art. 222), nem a expedição de ofício para intimação a devedores do executado, com sede ou domicílio em outro foro (art. 671).
>
> Havendo algum ato a praticar fora dos limites territoriais do próprio país, então é preciso solicitar a cooperação jurisdicional da autoridade do Estado em que o ato se praticará; e essa solicitação se fará através da *carta rogatória* (CPC, art. 201; CPP, art. 368), a qual tramita através do Ministério da Justiça e é enviada ao país estrangeiro por via diplomática, após legalizada e traduzida (CPC, art. 210).

O *princípio da indelegabilidade* é, em primeiro lugar, expresso através do princípio constitucional segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior. Além disso, no âmbito do próprio Poder Judiciário não pode juiz algum, segundo seu próprio critério e talvez atendendo à sua própria conveniência, delegar funções a outro órgão. É que cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste). O Estado o investiu, mediante determinado critério de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, invertendo os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram.

> Essa regra, que não tem assento constitucional expresso (resulta de construção doutrinária a partir de princípios de aceitação geral), sofre algumas exceções, como a do art. 102, inc. I, *m*, da Constituição (delegação, pelo Supremo, de competência para a execução forçada), e as dos arts. 201 e 492 do Código de Processo Civil (*cartas de ordem*). Mas através das cartas precatórias não se dá delegação alguma. O que acontece é que, impossibilitado de realizar ato processual fora dos limites da comarca (limitação territorial do poder), o juiz pede a cooperação do órgão jurisdicional competente: seria um contra-senso dizer que o juiz deprecante delega (ou seja, transfere) um poder que ele próprio não tem, por ser incompetente.

O *princípio da inevitabilidade* significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanação do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; a situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.

> Daí a conceituação do direito processual (inclusive o processual civil) como ramo do direito público e o repúdio às teorias privatistas sobre a natureza jurídica do processo.

O *princípio da inafastabilidade* (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei "excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito" (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).

> Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual modernissima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça (*supra*, n. 8).

E o *princípio do juiz natural*, relacionado com o anterior, assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais. A Constituição proíbe os chamados *tribunais de exceção*, instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza, sem previsão constitucional (art. 5º, inc. XXXVII).

É preciso distinguir tribunais de exceção de Justiças especiais (como a Militar, a Eleitoral e a Trabalhista); estas são instituídas pela Constituição com anterioridade à prática dos fatos a serem apreciados e não constituem ultraje ao princípio em epígrafe.

Entende-se que as alterações da competência introduzidas pela própria Constituição após a prática do ato de que alguém é acusado não deslocam a competência criminal para o caso concreto, devendo o julgamento ser feito pelo órgão que era competente ao tempo do fato (em matéria penal e processual penal, há extrema preocupação em evitar que o acusado seja surpreendido com modificações posteriores ao momento em que o fato foi praticado).

Do *princípio da inércia* dos órgãos jurisdicionais, sua compreensão, sua justificação política, e das poucas exceções a ele, falou-se ainda no presente capítulo (*supra*, n. 63).

66. *dimensões da jurisdição*

No direito romano, a jurisdição (*juris dictio*, pronúncia do direito) não abrangia o poder do juiz *in executivis*; a pouca participação que inicialmente tinha o juiz na execução forçada fundava-se em outro poder (*imperium*) e não na jurisdição. No direito intermédio francês, no italiano e no alemão também se acreditava não ser jurisdicional a função exercida pelo juiz na execução forçada (*jurisdictio in sola notione consistit*). No direito ibérico, contudo, essas idéias nunca foram predominantes e hoje prevalece largamente, na doutrina de todos os lugares, a opinião dos que consideram a execução autêntica atividade jurisdicional.

Com efeito, estão ali os elementos básicos do conceito da função jurisdicional: caráter substitutivo e escopo de atuação da vontade da lei que se aplica ao caso, para eliminar conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos. O aspecto da substituição é até mais nítido na própria execução, porque a atividade substituída pela do juiz é justamente aquela que conduziria à satisfação do credor (e não uma eventual atividade das partes, de natureza cognitiva, destinada ao acertamento); nos tempos da autotutela não cogitavam as partes de conhecer e julgar, mas de executar por si mesmas. Também o escopo jurídico de atuação da vontade da lei é mais visível na execução, pois é ali que a vontade da lei será atuada (cumprida, executada), o que não sucede no processo de conhecimento – e com isso se consumará, em termos práticos, a integral erradicação do conflito interindividual.

67. *poderes inerentes à jurisdição*

O juiz dispõe, no exercício de suas funções, do poder jurisdicional e do poder de polícia; este último lhe é conferido, em última análise, para que possa exercer com autoridade e eficiência o primeiro (por exemplo, tem o juiz o poder de *polícia das audiências*, que o autoriza a manter a ordem e o ambiente de respeito – CPP, art. 794).

Quanto aos poderes de fundo propriamente jurisdicional, é uma questão de política legislativa concedê-los em maior ou menor quantidade e intensidade ao juiz; caracteriza-se o processo inquisitivo pelo aumento dos poderes do juiz; caracteriza-se o processo de ação (ou acusatório) pelo equilíbrio do poder do juiz com a necessidade de provocação das partes e acréscimo dos poderes destas. Nosso processo é do tipo do *processo de ação*, tanto em matéria civil como penal.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. VI.
Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 12.
Chiovenda, *Istituzioni*, II (trad.), nn. 137-141.
Corsini, *La giurisdizione*, caps. II-III.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 108-120.
———. *Execução civil*, n. 7.
———. *Fundamentos do processo civil moderno*, nn. 27-42 ("Os institutos fundamentais de direito processual").
Liebman, *Manual*, n. 1.
Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, § 3º.
———. *Manual*, I, cap. IV, § 8º, pp. 10-11.
Tornaghi, *Instituições*, I, pp. 215 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 37 ss.

CAPÍTULO 12
ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

68. unidade da jurisdição

A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano. A doutrina, porém, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em *espécies de jurisdição*, como se esta comportasse classificação em categorias.

Costuma-se classificar a jurisdição nas seguintes espécies: a) pelo critério do seu objeto, jurisdição *penal* ou *civil*; b) pelo critério dos organismos judiciários que a exercem, *especial* ou *comum*; c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, *superior* ou *inferior*; d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição *de direito* ou *de eqüidade*.

Essa divisão em espécies liga-se aos problemas da distribuição da "massa de processos" entre "Justiças", entre juízes superiores e inferiores etc., bem como a alguns dos critérios para essa distribuição (natureza da relação jurídica controvertida etc.). Liga-se, pois, à problemática da competência, não da jurisdição em si mesma (sobre competência, v. *infra*, cap. 25).

69. jurisdição penal ou civil

Em todo processo as atividades jurisdicionais exercidas têm por objeto uma pretensão. Essa pretensão, porém, varia de natureza, conforme o direito objetivo material em que se fundamenta. Há, assim, causas penais, civis, comerciais, administrativas, tributárias etc. Com

base nisso, é comum dividir-se o exercício da jurisdição entre os juízes de determinado país, dando a uns a competência para apreciar as pretensões de natureza penal e a outros as demais. Fala-se, assim, em *jurisdição penal* (causas penais, pretensões punitivas) e *jurisdição civil* (por exclusão, causas e pretensões não-penais). A expressão "jurisdição civil", aí, é empregada em sentido bastante amplo, abrangendo toda a jurisdição não-penal.

A jurisdição penal é exercida pelos juízes estaduais comuns, pela Justiça Militar estadual, pela Justiça Militar federal, pela Justiça Federal e pela Justiça Eleitoral; em suma, apenas a Justiça do Trabalho é completamente desprovida de competência penal. A jurisdição civil, em sentido amplo, é exercida pela Justiça Estadual, pela Federal, pela Trabalhista e pela Eleitoral; só a Militar não a exerce. A jurisdição civil, em sentido estrito, é exercida pela Justiça Federal e pela Justiça dos Estados.

70. relacionamento entre jurisdição penal e civil

A distribuição dos processos segundo esse e outros critérios atende apenas a uma conveniência de trabalho, pois na realidade não é possível isolar-se completamente uma relação jurídica de outra, um conflito interindividual de outro, com a certeza de que nunca haverá pontos de contato entre eles. Basta lembrar que o *ilícito penal não difere em substância do ilícito civil*, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza; a ilicitude penal é, ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as conseqüências da violação de dados valores, que o Estado faz especial empenho em preservar.

Assim sendo, por exemplo, quando alguém comete um furto emergem daí duas conseqüências que, perante o direito, o agente deve suportar: a) obrigação de restituir o objeto furtado (natureza civil); b) sujeição às penas do art. 155 do Código Penal. Outro exemplo: a quem contrai novo casamento, sendo casado, o direito impõe duas conseqüências: a) nulidade do segundo casamento – Código Civil, art. 1.521, inc. VI (sanção civil); b) sujeição à pena de bigamia (CP, art. 235).

Dessas observações resulta que não seria conveniente atribuir competência civil a determinados juízes e penal a outros, sem deixar nenhum traço de união entre eles, sem que de nenhuma forma o exercício da jurisdição penal influísse na civil ou vice-versa. Há na lei, as-

sim, alguns dispositivos que caracterizam uma interação entre a jurisdição civil e penal (afinal, a jurisdição é substancialmente una e seria antieconômica a intransigente duplicação do seu exercício).

Em primeiro lugar, surge a chamada *suspensão prejudicial* do processo-crime. Se alguém está sendo processado criminalmente e para o julgamento dessa acusação é relevante o deslinde de uma questão civil, suspende-se o processo criminal à espera da solução do caso no cível (CPP, arts. 92-94).

> Suponhamos que o réu, no processo-crime por bigamia, alegue que era nulo o casamento anterior: se verdadeira a alegação, inexiste o crime (CP, art. 235, § 2º), mas não compete ao juiz criminal perquirir da validade do casamento (competência das Varas da Família), nem é o processo-crime o meio adequado para anulação deste. Assim sendo, o processo-crime se suspende, "até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado" (CPP, art. 92).

Atente-se também à eficácia que às vezes tem no cível a sentença penal condenatória passada em julgado. O art. 91, inc. I, do Código Penal dá com efeito secundário da sentença penal condenatória "tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime". Em outras palavras, a condenação criminal corresponderá a uma sentença civil que declare a existência de dano a ser ressarcido (embora sem estabelecer o *quantum debeatur*). Passada em julgado a condenação, a autoridade de coisa julgada estende-se também à possível pretensão civil, de modo que não se poderá mais questionar, em processo algum, sobre a existência da obrigação de indenizar. Se o réu for absolvido no crime, também, em alguns casos ter-se-á por definitivamente julgada a pretensão civil: é o que se dá quando a sentença criminal reconhece que o ilícito imputado a ele não foi praticado (CPP, art. 66), ou que ele não foi o seu autor, ou ainda que, nas circunstâncias em que o fato se deu, não havia ilicitude (antijuridicidade), tendo o réu agido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (CPP, art. 65): se o ilícito penal é, como se disse mais acima, o próprio ilícito civil sancionado de conseqüências mais graves, o reconhecimento de que não houve ilicitude deve mesmo valer para ambos os efeitos (civil e penal).

> O supra-referido art. 65, que se harmoniza com as regras do art. 19 do Código Penal e com o art. 160 do Código Civil, deve no entanto ser entendido com as ressalvas dos arts. 929 e 930 deste – porque muito embora no estado de necessidade a conduta do agente seja legítima perante o direito, ditames de ordem prática aconselham que assim mesmo responda ele perante o terceiro, que culpa alguma teve no evento, ressarcindo-se depois perante o eventual causador da situação de perigo (direito de regresso).

Resta observar ainda que, em virtude da ambivalência da decisão proferida no juízo criminal, às vezes é conveniente que o processo civil aguarde a solução da causa penal: por isso é que o art. 64 do Código de Processo Penal (*caput* e par.), após autorizar expressamente a propositura da ação civil na pendência do processo-crime, prevê a suspensão do processo cível, que o juiz *poderá* determinar discricionariamente.

> Não se deve confundir um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória (declaração da existência da obrigação de ressarcir) com o outro efeito secundário que ela tem também no cível e que é a sua aptidão para servir de título para o processo civil de execução. O que diz o art. 94, inc. I, do Código Penal, como foi explicado no texto, é simplesmente que se considera decidida a pretensão civil (o devedor não poderá mais discutir a existência da obrigação); mas só isso não bastaria para que fosse desde logo possível a execução civil da sentença penal condenatória, e por isso foi preciso que o art. 63 do Código de Processo Penal, bem como o art. 584, inc. II, do Código de Processo Civil, estabelecessem expressamente a sua eficácia executiva civil.

Outro ponto de contato ainda é a chamada *prova emprestada*. A prova produzida em um processo pode ser utilizada em outro, desde que com sua utilização não se venha a surpreender uma pessoa que não fora parte no primeiro (por respeito ao princípio do contraditório, sem o qual não pode caracterizar-se o devido processo legal); assim, é admissível que, mediante certidões, se levem do processo crime para o civil contra o mesmo réu (e vice-versa) os elementos de convicção já produzidos, sem necessidade de repetição.

Além disso, a *prova da falsidade de um documento*, realizada em processo crime por delito de falsidade material (CP, arts. 297-298), falsidade ideológica (art. 299); falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300), uso de documento falso (art. 304), falso testemunho, falsa perícia (art. 342) etc., é bastante para a ação rescisória civil, não sendo necessária a sua repetição no curso desta (CPC, art. 485, inc. VI). Naturalmente, ainda por respeito ao princípio do contraditório, tal prova somente terá eficácia perante a pessoa que tenha sido parte no processo crime.

Como exemplo de interação entre a jurisdição penal e a civil lembre-se, finalmente, a disciplina do processo criminal por crimes falimentares. Aqui, sendo a sentença declaratória de falência uma condição objetiva de punibilidade penal (lei 11.101, de 9.2.05, art. 180), é natural que a ação penal só possa ser proposta após essa sentença (CPP, art. 507). E o estado de falido, reconhecido nesta, não poderá ser objeto de discussão no processo-crime (CPP, art. 511), ficando o acusado impedido, inclusive, de discutir a sua qualidade de comerciante.

71. jurisdição especial ou comum

A Constituição instituiu vários organismos judiciários, cada um deles constituindo uma unidade administrativa autônoma e recebendo da própria Lei Maior os limites de sua competência.Trata-se da Justiça Federal (comum), da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho, das Justiças dos Estados (permite-se também que as unidades federadas instituam as suas Justiças Militares Estaduais). E a doutrina costuma, levando em conta as regras de competência estabelecidas na própria Constituição, distinguir entre *Justiças* que exercem jurisdição especial e *Justiças* que exercem *jurisdição comum*. Entre as primeiras estão a Justiça Militar (arts. 122-124), a Justiça Eleitoral (arts. 118-121), a Justiça do Trabalho (arts. 111-116) e as Justiças Militares Estaduais (art. 125, § 3º); no âmbito da jurisdição comum estão a Justiça Federal (arts. 106-110) e as Justiças Estaduais ordinárias (arts. 125-126).

> É que a cada uma das chamadas Justiças Especiais a Constituição atribui competência para causas de determinada natureza e conteúdo jurídico-substancial: Justiça do Trabalho, pretensões oriundas da relação de trabalho (art. 114); Justiça Eleitoral, matéria relacionada com eleições políticas (art. 121); Justiça Militar, causas penais fundadas no direito penal militar e na Lei de Segurança Nacional. E justamente porque cabe a tais *Justiças* a apreciação de litígios fundados em ramos específicos do direito material, essas são as Justiças Especiais. As demais (Justiça Federal e Justiça Estadual), justamente porque conhecem de qualquer matéria não contida na competência especialmente reservada às primeiras, exercem jurisdição comum e são chamadas *Justiças comuns* (*infra*, n. 86). São elas que aplicam, em seu trabalho diuturno, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal comum.

Mas as diversas "jurisdições" não vivem em compartimentos estanques, completamente alheias umas às outras. Há circunstâncias em

que os atos processuais realizados perante uma Justiça são aproveitados em outra, o que é muito natural: a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano que o Estado exerce, é uma só, e não haveria razões para que uma Justiça não considerasse o que outra tivesse feito.

> Isso acontece, por exemplo, na hipótese prevista no art. 109, inc. I, da Constituição: intervindo a União, autarquia federal ou empresa pública federal em processo já pendente perante outra Justiça, a competência desloca-se para a Justiça Federal, sendo então os autos remetidos a esta, onde o feito prossegue a partir do ponto em que se encontra. Acontece, também, quando, em algum processo, o juiz entende que a competência é de outra Justiça e não daquela perante a qual vinha fluindo: os autos serão remetidos à Justiça competente, só se prejudicando os atos decisórios, mas permanecendo a eficácia de tudo mais que se haja feito no processo (CPC, art. 113, § 2º).

72. jurisdição superior ou inferior

É da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes, aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar as suas razões e tentar outra vez o ganho de causa. Por isso, os ordenamentos jurídicos em geral instituem o *duplo grau de jurisdição*, princípio consistente na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário.

> Assim, chama-se *jurisdição inferior* aquela exercida pelos juízes que ordinariamente conhecem do processo desde o seu início (competência originária): trata-se, na Justiça Estadual, dos juízes de direito das comarcas distribuídas por todo o Estado, inclusive da comarca da Capital. E chama-se *jurisdição superior* a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. O órgão máximo, na organização judiciária brasileira, e que exerce a jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais, é o Supremo Tribunal Federal.

Os órgãos de primeiro grau de jurisdição pertencem à chamada *primeira instância* e os de segundo grau à *segunda instância*. Embora o Código de Processo Civil tenha evitado essas expressões, elas são empregadas em outros textos (inclusive na Constituição) e são de uso corrente. Não confundir *instância* (grau de jurisdição) com *entrância*

(grau administrativo das comarcas e da carreira dos juízes estaduais e membros do Ministério Público).

Em alguns casos, a lei entende que o processo deva ter início já perante os órgãos jurisdicionais superiores, em razão de determinadas circunstâncias, como a qualidade das pessoas, a natureza do processo etc. (competência originária dos tribunais).

73. jurisdição de direito ou de eqüidade

O art. 127 do Código de Processo Civil diz que "o juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei". Decidir por eqüidade significa decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal; é que às vezes o legislador renuncia a traçar desde logo na lei a exata disciplina de determinados institutos, deixando uma folga para a individualização da norma através dos órgãos judiciários (CC, arts. 400 e 1.456).

É nesses casos que o juiz exerce a *jurisdição de eqüidade*, a que se refere a doutrina em contraposição à *jurisdição de direito*. No direito processual civil, sua admissibilidade é excepcional (CPC, art. 127), mas nos processos arbitrais podem as partes convencionar que o julgamento seja feito por eqüidade (LA, art. 11, inc. II). Na arbitragem ajustada perante os juizados especiais, o julgamento por eqüidade é sempre admissível, independentemente de autorização pelas partes (lei n. 9.099, de 26.9.1995, art. 25).

> No processo penal o juízo de eqüidade é a regra geral (*individualização judiciária da pena* – CP, art. 42); também nos feitos de jurisdição voluntária, em que o juiz pode "adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna" (CPC, art. 1.109).

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. VI, nn. 49-51.
Calamandrei, *Istituzioni*, II, §§ 73-76.
Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, § 59.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 122-128.
Liebman, *Manual*, I, nn. 5 e 21.
Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, nn. 33-38.
Marques, *Elementos*, I, nn. 95-96.
_____. *Instituições*, I, § 31.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 37 ss.

CAPÍTULO 13
LIMITES DA JURISDIÇÃO

74. generalidades

Se o escopo jurídico da jurisdição é a atuação do direito, seria de crer que em todos os casos de norma descumprida ou de alguém a lamentar uma resistência oposta a pretensão sua, invariavelmente houvesse a possibilidade de acesso aos tribunais e obtenção da prestação jurisdicional. Mas nem sempre assim é. Existem limitações internas de cada Estado, excluindo a tutela jurisdicional em casos determinados; e há também limitações internacionais, ditadas pela necessidade de coexistência dos Estados e pelos critérios de conveniência e viabilidade, como a seguir se verá. Assim sendo, nem sempre há coincidência de extensão entre a legislação e a jurisdição (duas funções do Estado): a vontade do direito nem sempre é atuada por autoridade do mesmo Estado que a editou e mesmo nem sempre é atuada através de um Estado qualquer. Essas limitações e esse descompasso não atingem o direito processual penal, como se verá a seguir.

75. limites internacionais

Quem dita os limites internacionais da jurisdição de cada Estado são as normas internas desse mesmo Estado. Contudo, o legislador não leva muito longe a jurisdição de seu país, tendo em conta principalmente duas ponderações ditadas pela experiência e pela necessidade de coexistência com outros Estados soberanos: a) a *conveniência* (excluem-se os conflitos irrelevantes para o Estado, porque o que lhe interessa, afinal, é a pacificação no seio da sua própria convivência social); b) a *viabilidade* (excluem-se os casos em que não será possível a imposição autoritativa do cumprimento da sentença).

A doutrina, sintetizando os motivos que levam à observância dessas regras, alinha-os assim: a) existência de outros Estados soberanos; b) respeito a convenções internacionais; c) razões de interesse do próprio Estado.

Fala-se também nos princípios da submissão e da efetividade, que condicionam a competência internacional de cada Estado.

Assim, em princípio *cada Estado tem poder jurisdicional nos limites de seu território*: pertencem à sua autoridade judiciária as causas que ali tenham sede. No direito brasileiro, os conflitos civis consideram-se ligados ao território nacional quando: a) o réu tiver domicílio no Brasil; b) versar a pretensão do autor sobre obrigação a ser cumprida no Brasil; c) originar-se de fato aqui ocorrido; d) for objeto da pretensão um imóvel situado no Brasil; e) situarem-se no Brasil os bens que constituam objeto de inventário (CPC, arts. 88-89).

Nas duas últimas hipóteses, a competência da autoridade brasileira é exclusiva (CPC, art. 89), sendo de total inutilidade propor a demanda em outro país que também se declare competente, porque não será admissível aqui a execução do julgado.

Em direito processual penal, a solução é dada por vias diferentes. Como o direito penal (direito material) se rege estritamente pelo princípio da territorialidade, não se impondo além dos limites do Estado, e como as sanções de direito penal não podem ser impostas senão através do processo, segue-se que o juiz de um Estado soluciona as pretensões punitivas exclusivamente de acordo com a norma penal pátria; ou, em outras palavras, a jurisdição penal tem limites que correspondem precisamente aos de aplicação da própria norma penal material.

No processo trabalhista, afirmada a estrita territorialidade do direito material, a doutrina também sustenta que a jurisdição da Justiça do Trabalho nacional tem os mesmos limites da lei substancial.

76. *limites internacionais de caráter pessoal*

Por respeito à soberania de outros Estados, tem sido geralmente estabelecido, em direito das gentes, que são imunes à jurisdição de um país: a) os Estados estrangeiros (*par in parem non habet judicium*); b) os chefes de Estados estrangeiros; c) os agentes diplomáticos.

A tendência é no sentido da ampliação das imunidades, tanto que, ultimamente, tratados e convenções as têm estendido a organismos internacionais, como é o caso da ONU; e a imunidade prevalece, ainda que se trate de atos praticados *jure gestionis* pelas embaixadas e agências comerciais (não se restringindo, pois, aos atos *jure imperii*, inerentes aos próprios fins de representação diplomática). Essa regra é plenamente válida para a jurisdição civil em sentido estrito, mas, ainda na jurisprudência mais recente, põe-se em dúvida sua aplicação à jurisdição trabalhista.

A imunidade das pessoas físicas (chefes de Estado, agentes diplomáticos) refere-se tanto à jurisdição civil como à penal.

Os principais textos a respeito da matéria são: a) a Convenção Sobre Funcionários Diplomáticos (Havana, 1928); b) a Conferência Internacional Sobre Relações Diplomáticas (Viena, 1961).

Cessa a imunidade, nos termos das regras de direito das gentes: a) quando há renúncia válida a ela; b) quando o seu beneficiário é autor; c) quando se trata de demanda fundada em direito real sobre imóvel situado no país; d) quando se trata de ação referente a profissão liberal ou atividade comercial do agente diplomático; e) quando o agente é nacional do país em que é acreditado. A renúncia em direito processual penal é inadmissível, pois corresponderia a uma espontânea submissão às normas de direito penal material do país, o que não se admite.

77. *limites internos*

No direito moderno, em princípio a função jurisdicional cobre toda a área dos direitos substanciais (Const., art. 5º, inc. XXXV; CC, art. 189), sem que haja direitos ou categorias de direitos que não possam ser apreciados jurisdicionalmente. Esse princípio, porém, deve ser entendido com os esclarecimentos e ressalvas que seguem.

Em primeiro lugar, às vezes é o Estado-administração o único a decidir a respeito de eventuais conflitos, sem intervenção do Judiciário. É o que se dá nos casos de impossibilidade da censura judicial dos atos administrativos, do ponto-de-vista da oportunidade ou conveniência (a jurisprudência, no entanto, vai restringindo a área dessa incensurabilidade). Além disso, a lei expressamente exclui da apreciação judiciária as pretensões fundadas em dívidas de jogo (CC, art. 814). Em alguns países (não no Brasil), as causas de valor ínfimo não são conhecidas pelo Poder Judiciário (*minimis non curat praetor* – princípio da insignificância).

Todos os casos alinhados acima são de impossibilidade jurídica da demanda e são excepcionalíssimos porque a garantia constitucional do acesso à justiça tem conduzido a doutrina e jurisprudência a uma tendência marcadamente restritiva quanto às vedações do exame jurisdicional de pretensões insatisfeitas.

bibliografia

Carnelutti, *Istituizioni*, I, nn. 51-58.
Castro, *Direito internacional privado*, p. 523.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 132-133.
Liebman, *Manual*, I, nn. 5-10.
———. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, pp. 11 ss. ("Os limites da jurisdição brasileira").
Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, pp. 60-62.

CAPÍTULO 14
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

78. administração pública de interesses privados

Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade.

> Um casamento, por exemplo, não é de relevância apenas para os cônjuges: interessa à sociedade evitar casamento de pessoas impedidas, interessa dar publicidade aos casamentos realizados e por realizar, interessa definir a situação dos futuros filhos etc.; a constituição de uma sociedade mercantil ou de uma associação, também, não é ato que valha e influa na vida jurídica dos sócios apenas, mas fatalmente irá ter relevância nas relações com terceiros.

Observando isso, o legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação de um órgão público. Mediante essa participação, o Estado insere-se naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados. Ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes. Costuma a doutrina dizer que, através dessa atividade, realiza-se a *administração pública de interesses privados*. Trata-se de manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos – limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada.

> Já no direito romano a administração pública de interesses privados era em parte exercida por órgãos jurisdicionais (a *in jure cessio*) e, em parte, por órgãos alheios à organização judiciária (os testamentos

eram complementados por leis especiais dos *comícios*, órgãos legislativos). No direito moderno exercem-na: a) órgãos jurisdicionais; b) órgãos do chamado *foro extrajudicial*; c) órgãos administrativos, não dependentes do Poder Judiciário.

São atos de administração pública de interesses privados, praticados com a intervenção de órgãos do *foro extrajudicial*, a escritura pública (tabelião), o casamento (juiz de casamentos, oficial do registro civil), o protesto (oficial de protestos), o registro de imóveis (oficial do registro de imóveis) etc. Por outro lado, há intervenção de órgão estranho ao Poder Judiciário quando o Ministério Público participa dos atos da vida das fundações (CPC, art 1.199), ou quando os contratos e estatutos sociais tramitam pela Junta Comercial.

79. *jurisdição voluntária*

A independência dos magistrados, a sua idoneidade, a responsabilidade que têm perante a sociedade levam o legislador a lhe confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima).

A tais atos praticados pelo juiz a doutrina tradicionalmente dá o nome de *jurisdição voluntária*, ou graciosa.

Essa terminologia, que segundo alguns já vem do direito romano e segundo outros está nos textos em virtude de interpolação, seguramente já existia no direito da Idade Média, quando uma glosa se referia à jurisdição *inter volentes*, para distingui-la daquela exercida *inter nolentes* (a primeira seria a *jurisdictio voluntaria*). De jurisdição voluntária fala a nossa lei, sendo que o próprio Código de Processo Civil lhe dedica todo um capítulo, com cento-e-oito artigos (arts. 1.103-1.210).

Mas, segundo a doutrina corrente, nem todos os atos de jurisdição voluntária se praticam sob a forma processual: ou seja, pratica o juiz outros atos de administração pública de interesses privados além daqueles indicados no diploma processual. A doutrina indica três categorias de atos de jurisdição voluntária: a) atos meramente receptícios (função passiva do magistrado, como publicação de testamento particular – CC, art. 1.877); b) atos de natureza simplesmente certificante

(legalização de livros comerciais, *visto* em balanços); c) atos que constituem verdadeiros pronunciamentos judiciais (separação amigável, interdição etc.). Como se vê, só estes últimos é que estão disciplinados no Código de Processo Civil (letra c), sem que com isso entenda a doutrina dominante que são os únicos atos de jurisdição voluntária que o juiz pratica.

80. *jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*

Como ficou dito nos parágrafos precedentes, a doutrina tende a ver toda a atividade em que consiste a administração pública de interesses privados como tipicamente administrativa, mesmo quando exercida pelo juiz. Aliás, no capítulo sobre a jurisdição já ficou demonstrado que o critério funcional, ou orgânico, não serve para conceituá-la (*supra*, n. 53). Analisando os elementos caracterizadores da jurisdição, vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, porque: a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) além disso, o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

Mas nem sempre deixará de ocorrer uma controvérsia entre os interessados na jurisdição voluntária. Em um processo de interdição, por exemplo, pode o interditando discordar frontalmente do requerente e nessa discordância reside a controvérsia (dissenso de opiniões, não conflito de interesses). Na jurisdição voluntária, o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente, como, na hipótese figurada, é o interditando. Exclusivamente com vista ao interesse deste é que o juiz proferirá sua decisão: a) decretando a interdição, se ele precisar de alguém que administre sua pessoa e bens; b) mantendo seu *status* e toda sua disponibilidade sobre seu patrimônio, se mentalmente são. Havendo controvérsia, esta se fará informar pelo princípio do contraditório, tanto quanto nos processos de jurisdição contenciosa.

Costumam os doutrinadores ensinar, ainda, que, não havendo oposição de interesses em conflito, não seria adequado falar em *partes*, pois essa expressão traz consigo a idéia de pessoas que se situam em

posições antagônicas, cada qual na defesa de seu interesse (*infra*, nn. 179 e 187). Além disso, pressupondo-se não se tratar de atividade jurisdicional, seria impróprio falar em *ação*, pois esta se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa (*cfr. infra*, n. 147); pela mesma razão, não há *coisa julgada* em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais. Fala a doutrina, por outro lado, em *procedimento*, e não *processo*, pois este seria também sempre ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa e da ação.

Como também salienta a doutrina mais abalizada, a jurisdição voluntária não é *voluntária*, pois em princípio a instauração dos procedimentos em que tal função é exercida depende da provocação do interessado ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104), vigorando, portanto, a regra da inércia.

Mas essa atividade judicial visa também, tanto como a consistente na jurisdição contenciosa, à pacificação social mediante a eliminação de situações incertas ou conflituosas. Além disso, exerce-se segundo as formas processuais: há uma petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentes (CPC, art. 1.104), como na jurisdição contenciosa; há a citação dos demandados (art. 1.105), resposta destes (art. 1.106), princípio do contraditório, provas (art. 1.107), fala-se em sentença e em apelação (art. 1.110). Por isso, na doutrina mais moderna surgem vozes no sentido de afirmar a *natureza jurisdicional* da jurisdição voluntária. Não há por que restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não-jurisdicionais e mesmo não-estatais). A redação do art. 1º do Código de Processo Civil deixa claro o entendimento de que a jurisdição comporta duas espécies, a saber: contenciosa e voluntária.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. VII, n. 53.
Carnelutti, *Istituzioni*, II (trad.), n. 142.
Chiovenda, *Istituzioni*, II (trad.), n. 142.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 122-123.
Fazzalari, *La giurisdizione voluntaria*, caps. II-IV.
Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, §§ 4º, 5º, 7º, 8º, 9º e 19.
———. *Instituições*, I, §§ 34-37.
———. *Manual*, I, cap. IV, § 12.

CAPÍTULO 15
PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES, ESTRUTURA E ÓRGÃOS

81. conceito

O exercício do poder do Estado, quando dividido e distribuído por vários órgãos segundo critérios funcionais, estabelece um sistema de freios e contrapesos, sob o qual difícil se torna o arbítrio e mais facilmente pode prosperar a liberdade individual.

É a célebre separação de "Poderes", ainda hoje a base da organização do governo nas democracias ocidentais e postulado fundamental do Estado-de-direito.

A Constituição brasileira, no art. 2º estabelece: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu, o Judiciário não tem a importância política dos outros poderes mas ocupa um lugar de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constitui a principal garantia.

A Constituição brasileira dedica-lhe o Cap. III do Tít. IV (arts. 92 ss.) e inscreve, entre os direitos e garantias individuais, o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV).

Principalmente em países que adotam o sistema da *jurisdição una* (em que, contrariamente ao que ocorre onde há o contencioso administrativo, toda a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, salvo raras exceções – v. n. seg.), avulta a importância do "tercei-

ro poder", a quem é confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público, e que tem a função de efetivar os direitos e garantias individuais, abstratamente inscritos na Constituição.

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas, por parte do direito objetivo, é freqüentemente importante para a solução dos conflitos de interesses.

É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo.

O Poder Judiciário é uno, assim como una é sua função precípua – a jurisdição – por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade.

Por outro lado, a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência deste, em obediência ao princípio *una lex, una jurisdictio*. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.

> É tradicional a assertiva, na doutrina pátria, de que o Poder Judiciário não é federal nem estadual, mas nacional. É um único e mesmo poder que se positiva através de vários órgãos estatais – estes, sim, federais e estaduais.

82. *funções do Poder Judiciário e função jurisdicional*

Apesar disso, existem restrições à unidade funcional do Judiciário; de um lado, nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário; de outro lado, nem toda a atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como jurisdicional.

Aliás, a tripartição clássica dos *Poderes do Estado* não obedece, no direito positivo, à rigidez com a qual fora idealizada. O Executivo freqüentemente legisla (Const., arts. 68 e 84, inc. VI), o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções, além da jurisdicional.

Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas.

> Mas o Supremo Tribunal Federal, ao editar as súmulas vinculantes previstas no novo art. 103-A da Constituição Federal (red. EC n. 45, de 8.12.04), estará exercendo uma atividade verdadeiramente normativa que em muito se assemelha à legislação (*supra*, "A reforma constitucional do Poder Judiciário").

A Constituição brasileira atribui expressamente a função jurisdicional:

a) à Câmara dos Deputados, quanto à declaração da procedência de acusação contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, inc. I);

b) ao Senado Federal, para "processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles" (art. 51, inc. I);

c) também ao Senado Federal, para "processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade" (art. 52, inc. II, red. EC n. 45, de 8.12.04);

d) à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quanto à declaração de perda do mandato de seus membros, por infringência das proibições estabelecidas no art. 54 da Constituição, ou por procedimento incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes (art. 55, § 2º).

> Nos demais casos do art. 55 da Constituição Federal ou há controle judiciário posterior (§ 3º), ou já houve pronunciamento anterior do Poder Judiciário (art. 55, incs. V-VI). Assim sendo, apenas as hipóteses dos incs. I, II e VI e do art. 55, a que se reporta o § 2º, configuram exercício de função jurisdicional.

A emenda n. 7 à Constituição brasileira de 1967 previu impropriamente, sob a denominação *contencioso administrativo*, tribunais administrativos desprovidos de função jurisdicional. Ainda que a lei ordinária tivesse chegado a criá-los, suas decisões sujeitar-se-iam sempre ao controle do Poder Judiciário (Const. 67, arts. 111, 203, 204 e 122).

É lícito afirmar, portanto, que na ordem constitucional precedente o contencioso administrativo não só não chegou a ter efetividade como ainda não estava adequadamente previsto. Diversamente ocorre em ou-

tros países, filiados ao sistema continental europeu, onde vige o verdadeiro contencioso administrativo (também denominado sistema "dualista" de jurisdição, porque atribui à Administração funções judicantes para processar e julgar conflitos entre a Fazenda Pública e os administrados).

> Desde os primórdios da República, o Brasil abolira o sistema do contencioso administrativo. Com ele não se confundem tribunais administrativos, cujos procedimentos estão sempre sujeitos à revisão pelo Poder Judiciário e que existem mesmo no sistema de jurisdição una, como é o nosso. A emenda constitucional n. 1, de 1969, fez surgir na Lei Maior a expressão *contencioso administrativo*, no art. 111. Não tendo sido jamais criados aqueles órgãos, a doutrina se dividia quanto à verdadeira natureza do instituto cuja criação a emenda de 1969 possibilitava.
>
> A Constituição de 1988 silencia deliberadamente a respeito e o nosso sistema é hoje, iniludivelmente e sem qualquer insinuação em contrário, o da *jurisdição una*.

Assim como outros Poderes podem ser investidos de função jurisdicional, o Judiciário não se limita ao exercício da jurisdição, que é sua função precípua, mas exerce também funções legislativas e administrativas.

Funções normativas são exercidas pelos tribunais na elaboração dos seus regimentos internos, o que constitui aspecto do seu poder de autogoverno (art. 96, inc. I, *a*). Constitui atividade legislativa, ainda, a iniciativa de leis de organização judiciária, conferida com exclusividade aos tribunais (arts. 93 e 125, § 1º).

Funções administrativas o Judiciário as exerce em variadas atividades inerentes ao autogoverno da Magistratura (Const., art. 96). Diante disso, podemos dizer que tudo quanto é atribuído ao Poder Judiciário tem o caráter genérico de atividade *judiciária*; esta compreende não só a função jurisdicional (precípua do Judiciário, mas também atribuída a outros poderes), como ainda, em casos excepcionais e restritos, a administrativa e a legislativa.

> Tais interferências funcionais não se confundem com *delegações de atribuições*, vedadas pela Constituição e pelo princípio da indelegabilidade da jurisdição.

83. órgãos da jurisdição

Nos expressos termos do disposto no art. 92 da Constituição brasileira, o Poder Judiciário é composto pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Superior Tribunal de Justiça; III – Tribunais Regionais Federais e juízes federais; IV – tribunais e juízes do trabalho; V – tribunais e juízes eleitorais; VI – tribunais e juízes militares; VII – tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Entre os órgãos de primeiro grau das Justiças Estaduais, prevê a Constituição, também expressamente, os juizados de pequenas causas (hoje, juizados especiais cíveis e criminais – art. 24, inc. X). Prevê ainda a instituição de "juizados especiais, providos por juízes togados ou por togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo" (art. 98, inc. I). Outra novidade proposta pela Constituição Federal de 1988 foram os juízes de paz, "eleitos pelo voto direto, universal e secreto", os quais no entanto não exercerão funções jurisdicionais (art. 98, inc. II).

> A Justiça estadual paulista, que, conforme já se viu, integra o Poder Judiciário (o qual tem caráter nacional), compreende por sua vez: a) o Tribunal de Justiça; b) os tribunais do júri; c) o Tribunal de Justiça Militar e os Conselhos de Justiça Militar; d) os juízos de direito; e) os juizados especiais cíveis e criminais.

Todo esse complexo sistema judiciário coordena-se sob a égide do Supremo Tribunal Federal, que constitui sua cúpula e será objeto de análise em outro capítulo.

83-A. órgãos não-jurisdicionais – o Conselho Nacional de Justiça, as ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura

Por expressa disposição constitucional, deverão também integrar o Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça, as ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura – órgãos que, embora não sejam dotados de qualquer competência jurisdicional, serão, rigorosamente, *órgãos judiciários*.

O *Conselho Nacional de Justiça* será o mais elevado órgão, no cenário judicial brasileiro, encarregado do controle do Poder Judiciário e de seus integrantes.

Por disposição agora inserida na Constituição Federal, esse Conselho deverá ser instalado em cento-e-oitenta dias da promulgação da nova emenda constitucional (ou seja, até 6 de junho de 2005: Const., art. 92, inc. I-A e EC n. 45, art. 5º, § 2º). Terá sede no Distrito Federal

e atuação sobre todo o território do país, compondo-se de quinze membros, entre os quais nove magistrados (inclusive um Ministro do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal de Justiça), dois representantes do Ministério Público, dois advogados e "dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal" (art. 103-B, incs. I-XIII). A Presidência e a Corregedoria-Geral do Conselho serão ocupadas, respectivamente, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal e pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça que o integrarão. Terá competência administrativa, não-jurisdicional, ligada à defesa da autonomia do Poder Judiciário, às suas finanças, zelo pela observância do Estatuto da Magistratura, às normas disciplinares e correcionais referentes a juízes e auxiliares *etc.* (art. 103-B).

As *ouvidorias de Justiça* terão competência para "receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça" (art. 103-B, § 7º). Elas serão instituídas pela União, inclusive no Distrito Federal (art. cit.), para atuar sobre todas as Justiças, inclusive as estaduais. Se bem constituídas e conduzidas, as ouvidorias de Justiça serão eficientes canais democráticos para a legítima participação popular na fiscalização da regularidade dos serviços judiciários.

As *Escolas da Magistratura*, que constituem um antigo anseio da comunidade jurídica e judiciária, já estavam previstas na Constituição Federal (art. 93, inc. IV), cuja disposição passa a ter uma dimensão maior, a partir da redação que lhe foi dada pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Está agora disposto que o Estatuto da Magistratura conterá a "previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados". Vários Estados já têm as suas Escolas da Magistratura, estando também operante há muitos anos a Escola Superior da Magistratura.

Também está disposto que funcionarão perante o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados, "cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira" (art. 105, par., inc. I e art. 111, § 2º, inc. I).

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. VIII, nn. 56-58.
Calamandrei, *Processo e giustizia*.
Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 150 e 157 ss.
Ferreira Filho, *Curso*, pp. 211 ss.
Grinover, "O contencioso administrativo".
Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915.
Marques, *Instituições*, I, §§ 14 e 17.
_____. *Manual*, I, cap. V, § 13.

CAPÍTULO 16
A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E SUAS GARANTIAS

84. a independência do Poder Judiciário

A posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade. Por isso é de primordial importância, no estudo desse Poder do Estado, a análise das garantias que a Constituição institui para salvaguardar aquela imparcialidade e aquela independência.

Algumas dizem respeito ao Poder Judiciário entendido como um todo, servindo para resguardá-lo da influência de outros poderes; outras concernem diretamente aos órgãos do Judiciário e particularmente a seus juízes.

Essas garantias correspondem à denominada independência política do Poder e de seus órgãos, a qual se manifesta no autogoverno da Magistratura, nas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e na vedação do exercício de determinadas atividades, que garantem às partes a imparcialidade do juiz.

Além dessa independência política e estribada nela, existe ainda a denominada *independência jurídica dos juízes*, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência.

A *hierarquia dos graus de jurisdição* nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz.

85. as garantias do Poder Judiciário como um todo

Ao Poder Judiciário a Constituição assegura a prerrogativa do *autogoverno*, que se realiza através do exercício de atividades normativas e administrativas de auto-organização e de auto-regulamentação. Na ordem constitucional brasileira, a garantia do autogoverno compreende, ao lado da autonomia administrativa, a financeira consistente na prerrogativa de elaboração de proposta orçamentária (art. 99) e na gestão das dotações pelos próprios tribunais.

Assim, compete aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (Const., art. 96, inc. I, *a*); organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, inc. I, *b*); prover os cargos de juiz de carreira (art. 96, inc. I, *c*); propor a criação de novas varas judiciárias (art. 96, inc. I, *d*); prover os cargos necessários à administração da justiça (art. 96, inc. I, *e*); conceder licenças, férias e afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores (art. 96, inc. I, *f*).

Ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a Constituição ainda confere a iniciativa legislativa para a alteração do número de membros dos tribunais inferiores (art. 96, inc. II, *a*) a criação e extinção de cargos e afixação de vencimentos de seus membros, dos juízes e dos serviços auxiliares e dos juízos vinculados (art. 96, inc. II, *b*); a criação ou extinção dos tribunais inferiores (art. 96, inc. II, *c*); a alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, inc. II, *d*).

As garantias do art. 96 da Constituição visam essencialmente a estabelecer a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Mas se é absoluta essa independência no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, a qual depende freqüentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos.

Como veremos, prevalece entre nós, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores federais, o sistema de nomeação dos magistrados pelo Executivo, com aprovação do Senado Federal. É por isso que a independência do Judiciário, absoluta quanto ao exercício de suas funções, não o é no que respeita à constituição dos tribunais.

86. as garantias dos magistrados

As garantias políticas dos magistrados complementam as garantias políticas do Poder Judiciário, entendido como um todo.

Dividem-se em duas espécies: as garantias dos magistrados *propriamente ditas*, que se destinam a tutelar sua independência, inclusive perante outros órgãos judiciários, e determinados *impedimentos* que visam a dar-lhes condições de imparcialidade, protegendo-os contra si mesmos e garantindo conseqüentemente às partes seu desempenho imparcial.

As primeiras – as garantias de independência – são a *vitaliciedade*, a *inamovibilidade* e a *irredutibilidade de vencimentos* (art. 95). As segundas – os impedimentos que garantem sua imparcialidade – estão arroladas no art. 95, par.

Quando a Constituição assegura tais garantias aos juízes (art. 95), ela o faz com referência apenas aos magistrados, também chamados *juízes togados*. Excluem-se os jurados, os juízes de paz, os juízes leigos, os árbitros e, obviamente, os conciliadores (LJE, arts. 7º, 25 *etc.*).

87. garantias de independência

A *vitaliciedade* consiste em não poder o magistrado perder o cargo, senão por sentença judiciária (art. 95, inc. I). Aí reside a diferença entre a vitaliciedade (assegurada pela Constituição brasileira somente aos magistrados e aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas) e a *estabilidade* dos demais funcionários públicos (art. 41, § 1º), que consiste em não poderem eles perder o cargo senão por sentença judiciária ou por procedimento administrativo.

> Por isso a doutrina manifesta-se preponderantemente pela inconstitucionalidade do art. 26, inc. II, da ainda (parcialmente) vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que regula a perda do cargo do magistrado vitalício, por procedimento administrativo, nas hipóteses do art. 114 da Constituição de 1967 (antecedente do art. 95, par., da vigente – *infra*, n. 88). A perda do cargo só pode dar-se, sem exceção, por sentença judiciária (art. 95, inc. I).

O juiz de primeiro grau só adquire a vitaliciedade após dois anos de exercício, podendo perder o cargo, nesse período, por deliberação do tribunal a que estiver vinculado (Const., art. 95, inc. I).

> A vitaliciedade não impede que o juiz seja aposentado compulsoriamente por interesse público ou aos setenta anos ou por invalidez comprovada (art. 93. inc. VI), ou ainda colocado em disponibilidade pelo voto de dois-terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa (art. 93, inc. VIII).
>
> A colocação do juiz em disponibilidade, bem como sua aposentação pelo procedimento do art. 93, inc. VIII, da Constituição, que se resolvem em processos administrativos conduzidos pelo Poder Judiciário, são passíveis de revisão jurisdicional por sentença judiciária. Assim também ocorre com a perda do cargo pelo juiz, durante o estágio probatório (art. 95, inc. I).

A *inamovibilidade* consiste em não se permitir, sem seu consentimento, a remoção de um juiz, de um lugar para outro (art. 95, inc. II). Abrangem-se na inamovibilidade o grau, a sede, a comarca ou a seção judiciária, o cargo, o tribunal e a câmara. A inamovibilidade não pode sofrer exceção sequer em caso de promoção, sem consentimento do magistrado. Em caso de interesse público, porém, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal, dispensa-se essa anuência (art. 93, inc. VIII).

> Vale, para tal remoção, o que se disse acima quanto à disponibilidade, pois se trata de decisão administrativa, sujeita a revisão jurisdicional através de processo.

A *irredutibilidade de vencimentos*, assegurada pelo art. 95, inc. III, não impede a incidência de quaisquer tributos sobre os vencimentos dos juízes, nos termos do próprio dispositivo (c/c esp. arts. 150, inc. II, e 153, inc. III).

88. impedimentos como garantia de imparcialidade

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

O art. 95, par., impede ao juiz exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (inc. I); receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo (inc. II); dedicar-se a atividade político-partidária (inc. III); "receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em

lei" (inc. IV); "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração" (inc. V – essa é a regra da chamada *quarentena*).

Para a efetividade da observância dos impedimentos e cumprimento dos deveres pelos magistrados, oficiará o Conselho Nacional de Justiça, dotado de severo poder censório e disciplinar sobre eles (Const., art. 92, inc. I-A). O Conselho poderá ser provocado por qualquer interessado ou pelas ouvidorias de Justiça, às quais tocará esse relevante papel de captação e encaminhamento de reclamações contra condutas irregulares (art. 103-B, § 4º, incs. II-III; § 5º, inc. I; § 7º – *supra*, n. 83-A).

bibliografia

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 155 e 171-190.
Ferreira Filho, *Curso*, pp. 221 ss.
Guimarães, *O juiz e a função jurisdicional*, caps. III e X.
Marques, *Instituições*, I, §§ 15 e 18.
———. *Manual*, I, cap. V, § 14, *b*.
Moura Bittencourt, *O juiz*, 1966.

CAPÍTULO 17
ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: CONCEITO, CONTEÚDO, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

89. conceito

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

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

processual" (art. 24, inc. XI) e dispondo que "os Estados organizarão a sua Justiça" (art. 125 – v. *supra*, n. 16).

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

90. competência legislativa

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

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

Ainda está parcialmente em vigor a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (lei compl, n. 35, de 14.3.79, alterada pela lei compl. n. 37, de 13.11.79), prevista pelo art. 112, par. único, da Constituição de 1967 (red. EC. n. 7, de 13.4.77) e que estabelece "normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes". As suas normas não colidentes com a nova ordem constitucional foram recebidas por esta e, enquanto não sobrevier o Estatuto da Magistratura ou alguma outra lei complementar que a revogue, tais dispositivos continuam vigentes. Pelo disposto no art. 5º, § 2º da emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, "até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor".

Aquela mesma emenda constitucional n. 7 derrogara o antigo § 5º do art. 144 da Constituição de 1967, que dava aos Tribunais de Justiça competência legislativa para dispor, em resolução, sobre a organização e a divisão judiciárias. Existem resoluções ainda em vigor (como, em São Paulo, a res. n. 1, de 1971, e a res. n. 2, de 1976), mas agora a competência é do Legislativo Estadual, cabendo privativamente ao Tribunal de Justiça (ou ao órgão especial previsto no art. 93, inc. XI, da Const. 88) a proposta de leis estaduais de organização judiciária (Const. 88, art. 125, § 1º).

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

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

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

91. conteúdo da organização judiciária

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

92. Magistratura

Magistratura é o conjunto dos juízes que integram o Poder Judiciário. Fala-se, assim, em magistratura estadual ou federal, em ma-

gistratura trabalhista *etc.*; fala-se também em magistratura vitalícia e em magistratura temporária ou honorária (Const., art. 98, inc. II).

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

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

O mesmo sucederá na Justiça dos Territórios, a cujo respeito silenciava a ordem constitucional anterior, deixando-a composta de cargos isolados de provimento efetivo, com os respectivos juízes sem qualquer possibilidade de promoção. A Constituição de 1988, ao mandar que a lei (federal) disponha sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios, determina também que, naqueles com mais de cem mil habitantes, haja "órgãos judiciários de primeira e segunda instância" (art. 33, *caput* e § 3º). Trata-se de preceito de duvidosa utilidade, porque a própria Constituição ditou a transformação dos Territórios Federais de Roraima e Amapá em Estados (ADCT, art. 14) e incorporou o de Fernando de Noronha ao Estado de Pernambuco (art. 15).

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

No Brasil prevalece o *concurso* para a Justiça dos Estados, para a Federal comum e para a do Trabalho (Const., art. 93, inc. I). A nomeação para o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar faz-se mediante livre escolha do Presidente da República, com a aprovação do Senado (Const., arts. 101, par. ún., 104, par., e 123). Os advogados e membros do Ministério Público que passam a integrar os tribunais estaduais (Const., art. 94: o *quinto constitucional*) são escolhidos pelo Governador do Estado de uma lista tríplice oferecida pelo próprio tribunal. Para o ingresso ao Tribunal Superior do Trabalho (Const., art. 111, § 1º) e ao Tribunal Superior Eleitoral (art. 119), utilizam-se critérios heterogêneos.

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

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

São temas que também têm cabimento neste capítulo o das *garantias da Magistratura* e o dos *impedimentos* dos magistrados (v. *supra*, nn. 85-87).

93. duplo grau de jurisdição

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

Fala-se, então, na terminologia brasileira, em *juízos* (órgãos de primeiro grau) e *tribunais* (órgãos de segundo grau). Quer a Justiça dos Estados, quer as organizadas e mantidas pela União, todas elas têm órgãos superiores e órgãos inferiores. Acima de todos eles e sobrepairando a todas as Justiças, estão o Supremo Tribunal Federal (cúpula do Poder Judiciário) e o Superior Tribunal de Justiça; a função de ambos é, entre outras, a de julgar recursos provenientes das Justiças que compõem o Poder Judiciário nacional.

Mas entre juízos e tribunais não há qualquer hierarquia, no sentido de estes exercerem uma suposta competência de mando sobre aqueles, ditando normas para os julgamentos a serem feitos. O que ocorre é que as decisões dos órgãos inferiores podem ser revistas pelos órgãos superiores, mas cada juiz é livre ao proferir a sua sentença, ainda que contrarie a jurisprudência dos tribunais.

Há também uma hierarquia no plano administrativo: os Tribunais de Justiça, especialmente através do Conselho Superior da Magistratura, administram a Justiça dos Estados, provendo cargos, realizando con-

cursos, aplicando penalidades. O Supremo Tribunal Federal, que não pertence a nenhuma das Justiças e paira acima de todas, não tem poder hierárquico (em termos administrativos) sobre juízo algum. Mas o Conselho Nacional de Justiça terá poder de controle administrativo, censório e disciplinar em todo o território nacional, sobre todas as Justiças e sobre os magistrados de todas elas (*supra*, n. 83-A).

94. composição dos juízos

No Brasil, em regra os juízos de primeiro grau da Justiça comum são *monocráticos* (isto é, o julgamento é feito por um só juiz) e *colegiados* os órgãos superiores (tribunais). Existem órgãos colegiados de jurisdição inferior nas juntas eleitorais, nos conselhos de Justiça Militar, no Tribunal do Júri. Por outro lado, em casos raros o julgamento em grau de recurso é feito por um juiz só: *v.g.*, embargos infringentes em execuções fiscais de pequeno valor (lei n. 6.830, de 22.9.80, art. 34).

Na tradição européia, já em primeiro grau o julgamento é feito ordinariamente por um órgão colegiado, sendo que apenas a instrução (colheita de provas e de todo o material de convicção) faz-se por um juiz só: é o que se dá na Alemanha, Áustria e França. A Itália, que também decidia colegialmente em primeira instância, no ano de 1998 passou para o sistema do *giudice unico* (c.p.c., art. 50-bis, red. dec. legislat. n. 51, de 19.2.98).

95. divisão judiciária

Dada a circunstância de que conflitos interindividuais surgem em todo o território nacional, e considerando que seria sumamente embaraçosa para as partes a existência de juízos e tribunais em um só ponto do país, surge a necessidade de dividi-lo da melhor forma possível para que as causas sejam conhecidas e solucionadas pelo Poder Judiciário em local próximo à sua própria sede. Assim é, por exemplo, que, para efeitos da Justiça Federal, o país está dividido em tantas *seções judiciárias* quantos são os Estados, havendo também uma seção que corresponde ao Distrito Federal (Const., art. 110); nas Justiças Estaduais há a divisão de cada unidade federada em *comarcas*.

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

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

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

96. épocas para o trabalho forense

Com vista a implantar a continuidade dos serviços judiciários, os quais devem ser *ininterruptos* para que a tutela jurisdicional não seja tão demorada como vem sendo, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, pôs fim às tradicionais férias forenses que antes vigoravam em ambos os graus das Justiças dos Estados. Assim está redigido o art. 93, inc. XII da Constituição Federal, com a redação dada por essa emenda: "a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente". Isso significa que, a partir de agora, somente poderá haver férias forenses no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores da União – uma vez que, claramente, a emenda n. 45 não as quis proibir. Não há mais as férias forenses nos juízos estaduais de primeiro grau, que foram objeto das legislações de todos os Estados, nem há mais as férias de janeiro e julho nos Tribunais de Justiça, como constava do art. 66, § 1º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; na primeira instância da Justiça Federal já não havia férias (lei n. 5.010, de 30.5.66, art. 51, par.).

As *férias dos juízes*, que são um direito de cada um deles no plano administrativo, não interferem no funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Como a Constituição proíbe que elas sejam coletivas, cada qual gozará as suas segundo escalas a serem organizadas pelos respectivos tribunais.

No Supremo Tribunal Federal consideram-se férias os meses de janeiro e julho (RISTF, art. 78, *caput* e § 1º) e, assim também, no Tribunal Superior do Trabalho (RITST, art. 11). No Superior Tribunal de Justi-

ça e no Superior Tribunal Militar, elas recaem nos períodos entre 2 e 31 de janeiro e entre 2 e 31 de julho (RISTJ, art. 81; RISTM, art. 43).

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

Continuam porém em vigor as disposições legais atinentes aos *feriados* (CPC, arts. 172, § 2º, e 173; CPP, arts. 797-798). "São feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados por lei" (CPC, art. 175), ou seja: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 12 de outubro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro (lei n. 1.266, de 8.12.50). Além disso, suspende-se o trabalho forense nos dias em que, mediante portaria, o determina o presidente de cada tribunal. Mas *os processos* ou os prazos não se reputam suspensos em razão dos feriados, embora nesses dias não se realizem atos processuais.

bibliografia

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

CAPÍTULO 18
ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: A ESTRUTURA JUDICIÁRIA NACIONAL

97. a Constituição e a estrutura judiciária nacional

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

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

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

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

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

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

Há também a Justiça do Distrito Federal e Territórios, organizada e mantida pela União, mas que é Justiça local.

Atendendo à existência desses organismos judiciários, costuma a doutrina distingui-los em *Justiça comum* e *Justiça especial* (exercendo jurisdição comum ou especial: v. *supra*, n. 71).

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

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

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

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

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

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

bibliografia

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 157 e 170.
Marques, *Instituições*, I, § 17.
_____. *Manual*, I, cap. V, § 14, *a*.
Pereira, *Justiça Federal*.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 213 ss.

CAPÍTULO 19
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

98. órgãos de superposição

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

a) na Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais;

b) na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho;

c) na Justiça Eleitoral, o Superior Tribunal Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais;

d) na Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar; e) na Justiça de cada Estado, o Tribunal de Justiça.

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

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

No exercício de sua competência de superposição, esses dois tribunais julgam o recurso extraordinário (STF) e o especial (STJ). Esses dois recursos têm a marca da extrema excepcionalidade e permitem somente a apreciação de questões de direito (nunca, questões de fato). Mais ainda: por se tratar de Tribunais da União, no sistema federativo brasileiro, compete-lhes somente o exame do direito *nacional* (direito decorrente de fontes federais, de aplicação em todo o território brasileiro) e não o do direito local (estadual, municipal).

O fundamental critério de distinção entre a competência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reside na atribuição ao primeiro de questões constitucionais (Constituição Federal); e, ao segundo, de questões federais infraconstitucionais. Mas esse critério não é absoluto, pois o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para uma série de causas cíveis ou criminais sem necessária ligação a temas constitucionais (Const., art. 102, inc. I, letras *b, c, d, e, f, g, i, j, l, m, n, o, p, q*, e, além disso, compete-lhe agora também o recurso extraordinário contra decisão que "julgar válida lei local contestada em face da lei federal" (Const., art. 102, inc. III, letra *d*, red. EC n. 45, de 8.12.04).

99. Supremo Tribunal Federal: funções institucionais

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

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

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

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

Como *guarda da Constituição*, cabe-lhe julgar:

a) a ação declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra *a*), inclusive por omissão (art. 103, § 2º);

b) a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);

c) o recurso extraordinário interposto contra decisões que contrariarem dispositivo constitucional, ou declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgarem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal (art. 102, inc. III, letras *a*, *b*, *c* e *d*);

d) o mandado de injunção;

e) o mandado de injunção contra o Presidente da República ou outras altas autoridades federais, para a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais etc. (art. 102, inc. I, *q*, c/c art. 5º, inc. LXXI).

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

Por outro lado, pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, essa missão unificadora atribuída ao recurso extraordinário fica limitada aos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhecer a ocorrência, ou a perspectiva de ocorrência, da "repercussão geral das questões discutidas no caso" (art. 102, § 2º); isso significa que o Supremo Tribunal Federal só se ocupará de recursos extraordinários interpostos em causas cujo julgamento seja de interesse geral da população ou do Estado, não daquelas cuja solução se confine nos lindes das exclusivas esferas de direitos das partes.

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

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

100. graus de jurisdição do Supremo Tribunal Federal

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

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

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

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

A grande classificação dos recursos (pedidos de novo julgamento, dirigidos geralmente a órgãos da jurisdição superior) apresenta-os em duas categorias: a) *ordinários*, que são aqueles de admissibilidade geral, não sujeitos a requisitos especialíssimos (apelação, agravo *etc.*); b) *extraordinários*, quando sujeitos a regras estritas de cabimento excepcional. O *recurso extraordinário* brasileiro (Const., art. 102, inc. III) é o recurso extraordinário por antonomásia, mas ao lado dele figura, na mesma classe, o recurso especial (art. 105, inc. III). O *recurso ordinário*, da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça nos casos constitucionalmente estabelecidos (art. 102, inc. II, e art. 105, inc. II), pertence à categoria dos recursos ordinários em geral e é um recurso ordinário por antonomásia. Trata-se de recurso interposto contra o julgamento da causa em sua instância inicial, assemelhando-se nisso à apelação, de cabimento geral (CPC, art. 513; CPP, art. 593). Sobre os recursos e processos originários nesses tribunais, v. CPC, arts. 541-546 e lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

101. ingresso, composição e funcionamento (STF)

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

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

Assim nomeados, os ministros gozam de todas as garantias e impedimentos dirigidos aos juízes togados (esp. art. 95 – v. *supra*, cap. 16), bem como de uma prerrogativa: nos crimes de responsabilidade são processados e julgados pelo Senado Federal (art. 52, inc. II) e nos comuns, pelo próprio Supremo (art. 102, inc. I, *b*).

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

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

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

Havendo sido extinto pela Constituição Federal de 1988 o *Conselho Nacional da Magistratura*, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 veio a instituir um novo órgão de controle do Poder Judiciário, agora com o nome de *Conselho Nacional de Justiça* (Const., art. 92, inc. I-A). Integram-no nove magistrados, entre os quais um Ministro do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal de Justiça, mais dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos nomeados pelas Casas do Congresso Nacional (art. 103-B, *caput* e incs. I-XIII). Não dispõe de competência jurisdicional, mas administrativa, notadamente com objetivos censórios e disciplinares (*supra*, n. 83-A).

102. Superior Tribunal de Justiça: funções institucionais e competência

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

Constitui inovação da Constituição de 1988 sobre a estrutura judiciária brasileira e relaciona-se com os sistemas judiciários das cha-

madas *Justiças comuns* (Justiça Federal e Justiças Estaduais); ele próprio é um órgão exercente da chamada *jurisdição comum*, na medida em que somente lhe cabem causas regidas pelo direito substancial comum (direito civil, comercial, tributário, administrativo) e não as regidas por ramos jurídico-substanciais especiais (eleitoral, trabalhista, penal militar) (v. *supra*, n. 71).

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça dispõe de supervisão administrativa e orçamentária sobre a Justiça Federal (Const., art. 105, par. ún.). Compreende-se esse dispositivo, no contexto da inexistência de um órgão centralizador da cúpula da Justiça Federal, cuja segunda instância é representada pelos plúrimos Tribunais Regionais Federais distribuídos pelas capitais de Estado.

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

Também dispõe de competência originária, apesar dessa superposição, tanto quanto o Supremo (v. casos no art. 105, inc. I). Pela competência que lhe dá, a Constituição Federal apresenta-o como *defensor da lei federal e unificador do direito*.

Como *defensor da lei federal*, compete-lhe julgar recursos interpostos contra decisões dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, que contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal (art. 105, inc. III, letra *a*).

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

Nas duas hipóteses acima trata-se do *recurso especial*, que tem aguçada natureza extraordinária, considerada a grande classificação dos recursos em ordinários e extraordinários (*supra*, n. 100).

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

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

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

103. ingresso, composição e funcionamento (STJ)

O art. 104 da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Superior Tribunal de Justiça, prevê que se componha de, *no mínimo*, trinta-e-três ministros. À falta de disposição diferente, prevalece atualmente esse número de ministros.

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

A escolha é feita pelo Presidente da República, a partir de listas elaboradas na forma constitucional (v. tb. art. 94), sendo a nomeação feita depois da aprovação pelo Senado Federal. Prevalecem as mesmas exigências de condições pessoais impostas para o preenchimento de cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, exceto a de tratar-se de brasileiro nato (basta ser brasileiro: *cfr.* Const., art. 12, § 2º).

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

O Superior Tribunal de Justiça funciona em *Plenário, seções e turmas*, sobre cuja composição e competência dispõe o seu Regimento Interno, com as alterações da emenda regimental n. 4, de 2.12.93 (art. 2º, § 1º, c/c art. 10º, art. 2º, §§ 3º e 4º, c/c art. 12; arts. 13-14). As seções são três e as câmaras são seis ao todo, sendo cada uma composta de cinco ministros. Há no Tribunal três áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria (art. 8º), mas a competência das seções e das respectivas turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa (cf. art. 9º).

A competência e funcionamento do Conselho da Justiça Federal são definidos na Constituição Federal, em lei e no Regimento Interno (Const., art. 105, par., inc. II; lei n. 8.472, de 14.10.92; RISTJ, arts. 6º e 7º). Também deverá funcionar perante o Superior Tribunal de Justiça "a escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, cabendo-lhe, entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira" (Const., art. 105, par., inc. I).

bibliografia

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

CAPÍTULO 20
ORGANIZAÇÃO DAS JUSTIÇAS ESTADUAIS

104. fontes

Como já se disse, a organização das Justiças dos Estados pauta-se fundamentalmente pelas regras estabelecidas na Constituição (arts. 93-100 e 125), bem como pelas ditadas pela ainda vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelo futuro Estatuto da Magistratura (Const., art. 93) e pelas Constituições dos Estados. No Estado de São Paulo, a legislação básica sobre a organização da Justiça ordinária reside também no Código Judiciário do Estado de São Paulo (dec-lei compl. est. n. 3, de 27.8.69), no dec-lei est. n. 158, de 28 de outubro de 1969, na lei compl. est. n. 225, de 13 de novembro de 1979, nas resoluções nn. 1 e 2 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e em muitas outras leis, provimentos, resoluções *etc.*, responsáveis pela complexa estrutura judiciária paulista. Muito importante, depois do advento da emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (que impôs a extinção dos Tribunais da Alçada), foi a lei compl. est. n. 972, de 30 de março de 2005, que converteu os cargos de juiz de Tribunal de Alçada em cargos de desembargador, criando ainda vinte-e-dois cargos de desembargador – com o que esses cargos chegaram ao número de trezentos-e-sessenta. Tem também muita importância a lei compl. est. n. 980, de 21 de dezembro de 2005, que reclassificou as comarcas do Estado, sendo elas agora agrupadas em apenas três entrâncias – inicial, intermediária e final (e não mais quatro, como até então).

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

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

Sobre as despesas do processo, dispõe a lei est. n. 11.608, de 29 de dezembro de 2003, que disciplina a taxa judiciária sobre os serviços públicos de natureza forense.

105. duplo grau de jurisdição – a composição dos tribunais

Para que tenha efetividade o princípio do duplo grau de jurisdição existem em todas as Justiças juízos de primeiro e de segundo graus; os de segundo grau de jurisdição (ou de *segunda instância*, segundo a terminologia da Constituição e dos códigos mais antigos, que o vigente Código de Processo Civil evitou) são os Tribunais de Justiça, aos quais compete toda a administração superior do Poder Judiciário. Há também, no Estado de São Paulo, como na maioria dos Estados, o *órgão especial* a que se refere o art. 93, inc. XI, da Constituição Federal, o qual concentra as funções administrativas mais elevadas e gerais, como também competência jurisdicional em alguns casos. Esse colegiado é composto no mínimo por onze e, no máximo, por vinte e cinco desembargadores, "provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno" (art. 93, inc. XI, red. EC n. 45, de 8.12.04).

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

O Tribunal de Justiça de São Paulo é composto do Órgão Especial e três Seções, com um total de trezentos-e-sessenta desembargadores. A Seção de Direito Privado divide-se em trinta-e-quatro câmaras, a de Direito Público em dezenove e as Criminais, em catorze; são ao todo sessenta-e-sete câmaras, cada uma abrigando cinco desembargadores. Além disso, em cada uma das câmaras oficiam geralmente dois juízes auxiliares de segunda instância, que no jargão forense paulista são

tradicionalmente conhecidos como *pingüins*. O Órgão Especial tem vinte-e-cinco desembargadores e seus integrantes não participam das Câmaras; fazem parte dele, necessariamente, o Presidente do Tribunal de Justiça, o Corregedor-Geral da Justiça, o Vice-Presidente, o *Decano* e os Presidentes das três Seções do Tribunal (de Direito Público, de Direito Privado e de Direito Penal). A Câmara Especial é integrada pelo *Decano* e por cinco juízes substitutos de segunda instância.

106. divisão judiciária – os juízos de primeiro grau

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

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

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

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

107. classificação das comarcas

As comarcas do Estado de São Paulo são classificadas em três entrâncias, assim designadas em lei: entrância inicial, entrância inter-

mediária e entrância final. A capital é classificada em entrância final, bem como as comarcas mais importantes do interior (lei compl. est. n. 980, de 21.12.05, arts. 1º, 2º e 3º). A classificação é feita segundo os critérios do movimento forense, população, número de eleitores e receita tributária, levando-se em conta ainda as "condições de auto-suficiência e de bem-estar necessárias para a moradia de juízes e demais servidores da justiça" (res. n. 2, art. 28; LOMN, art. 97).

Atualmente, são vinte-e-sete as comarcas de entrância final, cinqüenta-e-oito as de entrância intermediária e duzentas-e-cinqüenta-e-três as de entrância inicial (arts. 2º, 3º e 4º).

A palavra *entrância*, que não deve ser confundida com *instância*, quer dizer grau de classificação administrativa das comarcas; não há qualquer hierarquia, de espécie alguma, entre as comarcas de entrância diferente, tendo cada uma a sua competência territorial distinta das demais.

108. a carreira da Magistratura: os cargos

A Magistratura paulista é composta dos seguintes cargos: juiz substituto, juiz de direito de entrância inicial, juiz de direito de entrância intermediária, juiz de direito de entrância final, juiz substituto de segunda instância e desembargador. Os juízes substitutos de segunda instância são classificados na entrância final, constituindo um quadro à parte.

Os juízes de direito pertencem ordinariamente à entrância da comarca ou vara de que sejam titulares; e as varas distritais existentes em comarcas do interior são de uma entrância abaixo da entrância da comarca. Os juízes de direito auxiliares da Capital são classificados em entrância intermediária.

109. a carreira da Magistratura: ingresso, vitaliciamento, promoções e remoções

O ingresso ao cargo inicial da carreira (juiz substituto) é feito mediante concurso de provas e títulos (Const., art. 93, inc. I; Cód. Jud., art. 134), podendo a lei "exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, títulos de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura" (LOMN, art. 78, § 1º – v. Const., art. 93, inc. IV); tal exigência não é feita ainda. Os candidatos aprovados e classificados

no concurso de *provas* são indicados em uma lista tríplice e depois nomeados para ocuparem por dois anos, *sem vitaliciedade*, o cargo de juiz substituto (Const., art. 93, inc. I; Cód. Jud., art. 137); esse concurso é realizado perante uma comissão composta de três desembargadores e um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ao cabo do biênio serão os candidatos submetidos a uma prova de *títulos*, consistente na apreciação, pelo Tribunal de Justiça, ou por seu Órgão Especial, da conclusão que, com base nos prontuários, lhe houver proposto a Comissão de Concurso (Cód. Jud., art. 139). Durante período de estágio probatório pode o juiz substituto ser exonerado, atendidos os requisitos do art. 57, § 2º, da res. n. 2. A inscrição ao concurso de provas e títulos depende de requerimento, comprovados certos requisitos (Cód. Jud., art. 135. Por disposição constitucional expressa, deverão ser instituídos "cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados".

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

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

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

Nas promoções por merecimento e nas remoções, o Órgão Especial organiza uma *lista tríplice*, da qual será escolhido um para ocupar o cargo vago. Antes da Constituição Federal de 1988 essa escolha era feita pelo Governador do Estado, mas, dispondo ela que "compete privativamente aos tribunais prover [...] os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição" (art. 96, inc. I, letra *c*), agora a escolha é feita pelo Presidente do Tribunal. Mas permanece a proibição de recusar o candidato que figurar pela terceira vez consecutiva ou pela quinta vez não-consecutiva na lista de merecimento (Const., art. 93, inc. II, letra *a*). As remoções são preferenciais às promoções (Cód. Jud., art. 157).

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

A Constituição prevê, também, como critério para aferição do merecimento, a "freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento" (art. 93, inc. II, *c*).

110. Justiça Militar estadual

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

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

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

bibliografia

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

CAPÍTULO 21
ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA UNIÃO

111. as Justiças da União

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

112. organização da Justiça Federal (comum)

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

O regime específico dessa Justiça é ditado pela Constituição (arts. 106-110), pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 89-90) e, no plano da lei ordinária, principalmente pela lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, a qual constitui sua *lei orgânica*; esta foi sucessivamente alterada e aditada, especialmente pelos seguintes diplomas: dec-lei n. 30 (17.11.66), dec-lei n. 81 (21.12.66), dec-lei n. 253 (28.2.67), lei n. 5.345 (3.11.67), lei n. 5.368 (1.12.67), dec-lei n. 384 (26.12.68), lei n. 5.632 (2.12.70), lei n. 6.032 (30.4.74 – Regimento de Custas da Justiça Federal) e lei n. 6.825 (22.9.80), lei n. 8.472 (14.10.92 – composição e competência do Conselho da Justiça Federal).

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

A Constituição Federal de 1988, ao enumerar os órgãos da Justiça Federal, eliminou o Tribunal Federal de Recursos (que tinha competência sobre todo o território nacional) e instituiu os Tribunais Regionais Federais.

Os Tribunais Regionais Federais têm a sede e competência territorial que a lei lhes atribui (Const., art. 107, par. ún.) e sua previsão constitucional corresponde ao intuito de regionalizar os serviços jurisdicionais de segundo grau, na Justiça Federal. Em seu Ato das Disposições Transitórias, a própria Constituição fixou em cinco o número dos Tribunais Regionais Federais a serem criados (v. ADCT art. 27, § 6º), os quais vieram a ser instalados no Distrito Federal e em quatro capitais de Estados (Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre). Em conjunto, cobrem todo o território nacional. Cada um deles tem a composição determinada na lei n. 7.727, de 9 de janeiro de 1989, sendo que o da Terceira Região foi alterado pela lei n. 8.418, de 27 de abril de 1992. Uma quinta parte dos juízes de cada Tribunal é composto por advogados e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; os demais são juízes federais, promovidos alternadamente por antiguidade e por merecimento.

Os Tribunais Regionais Federais têm *competência originária e recursal* (esta, para as causas conhecidas originariamente pelos juízes federais), sendo que as hipóteses indicadas no art. 109 da Constituição abrangem processos civis e criminais (v. tb. art. 108).

A Justiça Federal de primeiro grau de jurisdição é representada pelos *juízos federais*, que se localizam em todos os Estados e no Distrito Federal; trata-se de juízos monocráticos ao lado dos quais funciona também o tribunal do júri (um em cada Estado – dec-lei n. 253, de 28.2.67, art. 4º).

Para efeito da Justiça Federal de primeiro grau, o território brasileiro é dividido em *seções judiciárias* (uma no Distrito Federal e uma correspondendo a cada Estado, com sede na respectiva capital "e varas localizadas segundo o estabelecido em lei" – v. Const., art. 110). As seções judiciárias são agrupadas em regiões, que são cinco e correspondem a cada um dos Tribunais Regionais Federais (res. n. 1, de 6.10.88, do extinto TFR). É variável o número de varas em cada seção judiciária. A Justiça Federal de primeiro grau vem sendo ampliada mediante instalação de varas em muitas cidades do interior dos Estados; no Distrito Federal e em todas as Capitais de Estado essas varas estão implantadas desde a vigência da lei que criou a Justiça Federal (lei n. 5.010, de 30.5.66).

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

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

113. organização da Justiça Militar da União

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

A Lei de Organização Judiciária Militar (lei n. 8.457, de 9.9.92), que, ao lado da Constituição (arts. 122-124), dispõe sobre a organização dessa Justiça, indica ainda, como órgãos da Justiça Militar, a Auditoria de Correição e os auditores. Mas, como veremos, os auditores são juízes civis que compõem os Conselhos. A Auditoria de Correição, como o nome indica, é órgão censório (administrativo) e não jurisdicional.

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

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

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

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

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

114. organização da Justiça Eleitoral

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

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

O *Tribunal Superior Eleitoral*, órgão máximo dessa Justiça especial, com sede no Distrito Federal e competência em todo o Brasil, compõe-se de sete membros (Const., art. 119): três ministros do Supremo Tribunal Federal, dois do Superior Tribunal de Justiça (uns e outros escolhidos pelos seus respectivos pares) e dois advogados (escolhidos pelo Presidente da República, de uma lista sêxtupla elaborada pelo Supremo). Tem competência originária e recursal, sendo esta para os recursos de decisões proferidas pelos Tribunais Regionais (Cód. Eleit., art. 22, inc. II).

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

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

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

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

Como se vê, dos órgãos da Justiça Eleitoral apenas é monocrático o juiz eleitoral; os demais, colegiados.

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

115. organização da Justiça do Trabalho

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

Constituem fontes de direito positivo a respeito a Constituição (arts. 111-116), a Consolidação das Leis do Trabalho (dec-lei n. 5.452, de 1.5.43) e a legislação modificativa desta, especialmente: dec.-lei n. 6.353 (20.4.44), dec.-lei n. 8.737 (29.1.46), lei n. 9.797 (9.9.46), lei n. 409 (25.9.48), lei n. 2.244 (23.7.54), dec.-lei n. 229 (28.2.67), lei n. 5.442 (24.5.68), lei n. 5.584 (26.6.70), lei n. 5.630 (2.12.70), lei n. 5.657 (4.7.71), lei n. 5.839 (5.12.72), lei n. 6.598 (1.12.78), lei n. 6.667 (3.7.79), lei n. 7.305 (2.4.85), lei n. 7.351 (27.8.85), lei n. 7.701 (21.12.88), lei n. 8.432 (11.6.92), lei n. 9.022 (5.4.95), lei n. 9.957 (12.1.2000), lei n. 9.958 (12.1.2000) *etc.*

O *Tribunal Superior do Trabalho*, órgão de cúpula dessa Justiça especial, tem sede na Capital Federal e competência em todo o território brasileiro, sendo composto de vinte-e-sete Ministros togados e vitalícios, escolhidos entre brasileiros com mais de trinta-e-cinco e menos de sessenta-e-cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. Um quinto de seus componentes vem do Ministério Público do Trabalho e da advocacia e os demais são escolhidos entre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho (Const., art. 111-A, red. EC n. 45, de 8.12.04).

Estabelecendo a Constituição Federal que "a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho" (art. 111, § 1º, red. EC n. 45, de 8.12.04), enquanto nada de novo dispuser a lei ordinária prevalecerão as competências ditadas em diplomas anteriores à emenda e recepcionados por ela. Atualmente, esse Tribunal tem competência originária e competência recursal, funcionando em cinco turmas (de cinco juízes cada), em seções especializadas (uma em dissídios coletivos, outra em individuais) ou em Plenário (CLT, art. 699). A competência originária compreende os dissídios coletivos que excedam a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho (CLT, art. 702), além de ações rescisórias contra suas próprias decisões e mandados de segurança. A competência recursal refere-se a processos já conhecidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e limita-se, em princípio, a matéria de direito; só aprecia matéria de fato quanto aos processos de competência originária daqueles tribunais porque, do contrário, nesses casos ficaria comprometido o princípio do duplo grau de jurisdição.

Os Tribunais Regionais do Trabalho, também compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade da composição do Tribunal Superior do Trabalho (Const., arts. 112 e 115), têm em cada região número variável de membros. Funcionam em turmas, grupos de turmas ou em composição plena. A lei prevê também as seções especializadas, das quais pelo menos uma competente para dissídios coletivos do trabalho (lei n. 8.480, de 7.11.92). A competência dos Tribunais Regionais do Trabalho é originária e recursal, referindo-se esta às reclamações trabalhistas julgadas pelas varas do trabalho ou pelos juízos de direito estaduais, no limite de sua competência trabalhista.

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

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

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

A Magistratura do Trabalho *é organizada em carreira*, que tem início no cargo de juiz do trabalho substituto (mediante concurso), sendo este promovido a juiz do trabalho, alternadamente por antigüidade e merecimento. Os juízes do trabalho, pelos mesmos critérios, são promovidos a *juiz do Tribunal Regional do Trabalho* (Const., art. 115, red. EC n. 45, de 8.12.2004; CLT, art. 654). A carreira limita-se a cada região, cada qual dispondo de seu próprio quadro. Mas os Tribunais têm permitido a permuta e até a remoção de uma para outra região, desde que haja assentimento de ambas as cortes envolvidas, ingressando o magistrado no último lugar na lista de antiguidade do quadro para o qual se transfere.

A administração da Justiça do Trabalho compete (a) ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e ao de cada Tribunal Regional do Trabalho (CLT, art. 707, letras *b* e *c*; art. 682), assim como (b) ao corregedor que, no Tribunal Superior do Trabalho, entre outras funções exerce a de "inspeção e correção permanente" (art. 709). Nos Tribunais Regionais a corregedoria pode ser exercida pelo Presidente (art. 682, inc. XI) ou por Corregedor eleito, quando o cargo estiver criado por lei.

bibliografia

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

CAPÍTULO 22
SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

116. órgãos principais e órgãos auxiliares da justiça

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

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

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

Tampouco são auxiliares da Justiça os órgãos do chamado *foro extrajudicial* (tabelião, oficial de registros públicos, de protestos etc.). Eles desfrutam de fé-pública (*infra*, n. 121) e são administrativamente subordinados aos juízes estaduais; por isso, a doutrina menos recente os incluía entre os órgãos auxiliares, ao lado daqueles que compõem o chamado "foro judicial" (a inclusão é feita também pelo vigente Código Judiciário paulista: art. 193 c/c art. 195). Mas, como eles não desempenham qualquer função no processo, nem cooperam com o juiz quando este exerce a jurisdição, a doutrina de hoje nega-lhes o caráter de órgãos auxiliares da Justiça (suas funções ligam-se, antes, à administração pública de interesses privados).

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

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

O Código de Processo Civil cuida dos auxiliares da Justiça no cap. V, do tít. IV de seu liv. I (arts. 139-153); o Código de Processo Penal, nos caps. V e VI do tít. VII do liv. I (arts. 274-281); a Consolidação das Leis do Trabalho, no cap. VI do tít. VIII (arts. 710-721); a lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966 (Justiça Federal de primeiro grau), no cap. IV (arts. 35-44); a Lei das Pequenas Causas, nos arts. 6º, 7º e 15, § 4º. Na Justiça Estadual de São Paulo os serviços auxiliares são disciplinados pelo Código Judiciário (livs. III e IV, arts. 193-251), pela res. n. 1 (tít. IV, cap. I, arts. 63-68), pela res. n. 2 (caps. XII e XIII, arts. 67-104), pelo dec.-lei n. 159 (28.10.69) e pelo dec.-lei n. 206 (25.3.70), bem como pelos regimentos dos quatro tribunais e provimentos do presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor Geral da Justiça.

117. classificação dos órgãos auxiliares da Justiça

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

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

118. auxiliares permanentes da Justiça

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

O que os distingue é que os servidores só recebem vencimentos dos cofres públicos e os serventuários (às vezes cumulativamente), custas e emolumentos; estes são ligados aos cartórios não-oficializados (Cód. Jud., arts. 211 ss.). Nos órgãos superiores (tribunais) os serviços auxiliares são prestados exclusivamente por *servidores*. Mas, apesar de suas diferenças perante o direito administrativo, as funções processuais desempenhadas por servidores e serventuários são as mesmas.

A lei de organização judiciária dita o regime de ambos, dispondo que o ingresso às carreiras se dá mediante concurso (Cód. Jud., arts. 213 e 221; dec.-lei n. 159, de 28.10.69, art. 5º), disciplinando o acesso (Cód. Jud., arts. 218 e 222-224), impondo um regime disciplinar aos serventuários (Cód. Jud., arts. 233-246); o regime disciplinar dos servidores da Justiça é o do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Cód. Jud., art. 220). Para os servidores dos tribunais legislam estes próprios (Const., art. 96, inc. I, *b*). Do impedimento dos auxiliares diz a lei processual (CPC, art. 138, inc. II; CPP, art. 274).

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

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

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

Do ponto-de-vista administrativo, o escrivão é também um chefe de seção (ofício de justiça), com funcionários subalternos sob sua direção (escreventes); e a lei processual permite que o escrivão se faça substituir por um escrevente na realização de atos de seu ofício (CPC, art. 141, III; CPP, art. 808). Os serventuários, no cargo de escrivão, exercem anomalamente uma função pública em caráter privado e desfrutam de privilégios outorgados pela Constituição e pela lei (sendo que aqueles nomeados até 15 de março de 1967 têm a garantia de vitaliciedade). O art. 31 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, porém, dita a regra da oficialização de todas as serventias do foro judicial, respeitados os direitos adquiridos pelos atuais titulares. No Estado de São Paulo, já ao tempo da anterior Constituição Federal

a oficialização dos cartórios do chamado "foro judicial" chegou a um índice bastante elevado.

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

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

Essa última função era cometida, no Código de Processo Civil anterior, ao *porteiro dos auditórios* (CPC-39, arts. 125 e 264). Transferidas algumas funções deste ao oficial de justiça, o novo Código deu a impressão de pretender eliminar a figura do porteiro, mas a este continua fazendo referências, como se vê no trato da *arrematação* que tem lugar no processo de execução forçada (v. arts. 688, par. ún., e 694).

O oficial de justiça deve cumprir estritamente as ordens do juiz, não lhe cabendo entender-se diretamente com a parte interessada no desempenho de suas funções; percebe vencimentos fixos e mais os emolumentos correspondentes aos atos funcionais praticados (no Estado de São Paulo vige o Regimento de Custas, consubstanciado na lei n. 4.476, de 20 de dezembro de 1984, complementado por tabelas que são periodicamente atualizadas).

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

O *distribuidor* tem funções que se ligam diretamente à existência de mais de um escrivão no mesmo foro: ele distribui os feitos entre estes, segundo o critério instituído em lei (v. CPC, arts. 251-257; CLT, arts. 713-715).

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

O *partidor* realiza as partilhas (CPC, arts. 1.022 ss.), que têm oportunidade, precipuamente, nos inventários.

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

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

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

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

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

Perito é aquele que vem cooperar com o juízo, realizando exames, vistorias ou avaliações que dependam de conhecimentos técnicos que o juiz não tem (CPC, art. 145 c/c art. 420). Assim, o *avaliador* é um perito, merecendo destaque a função do *arbitrador*, que é encarregado de realizar estudos e indicar o valor de uma obrigação (honorários, indenização etc. – v. CPC, arts. 18, § 2º, 606 e 607). Há também o arbitrador que oficia nas ações demarcatórias (art. 956). São peritos todos os engenheiros, médicos, contadores etc. que venham trazer ao juízo a cooperação de seus trabalhos especializados.

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

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

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

O *depositário particular* tem as mesmas funções do depositário público, nas hipóteses do art. 666 do Código de Processo Civil.

O próprio executado, proprietário do bem penhorado, se recebe em depósito o bem, será, a partir desse momento, um auxiliar eventual da Justiça (na qualidade de depositário).

O síndico, o comissário e o inventariante são os administradores que o juiz nomeia para a falência, para a concordata ou para o inventário (LF, arts. 59 ss.; CPC, arts. 990 ss.).

O *administrador judicial* e o *inventariante* são os administradores nomeados pelo juiz para a recuperação judicial de empresa, para a falência, para o inventário e, em alguns casos, para a execução por quantia (CPC, arts. 148-150, 716-729 e 990 ss.; LF, arts. 22 ss.).

120. auxiliares eventuais da justiça (órgãos extravagantes)

Para o desempenho das funções jurisdicionais, muitas vezes o juiz necessita da cooperação de diversas entidades (públicas ou privadas), como por exemplo: a) a Empresa de Correios e Telégrafos, para a expedição de precatórias, de cartas citatórias; b) a Imprensa Oficial do Estado e as empresas jornalísticas particulares, para a publicação de editais; c) a Polícia Militar nos casos de resistência aos oficiais de justiça; d) os órgãos pagadores de entidades públicas e privadas, encarregados de descontar em folha a prestação de alimentos devida pelo funcionário ou empregado (CPC, art. 734; lei n. 5.478, de 25.7.68, art. 16). Tais órgãos, que não são em si mesmos auxiliares da Justiça, funcionam como tais no momento em que prestam sua cooperação ao desenvolvimento do processo.

121. fé-pública

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

O escrivão e o oficial de justiça são, assim, ao lado dos órgãos do chamado *foro extrajudicial*, dotados de fé pública; e, como já se disse, esse traço comum tem contribuído para considerar-se, erroneamente, que estes também sejam auxiliares da Justiça.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XIII.
Calamandrei, *Instituzioni*, II, §§ 101, 102, 103 e 105.
Carnelutti, *Instituzioni*, I, nn. 114-120.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 340-368.
Marques, *Instituições*, I, cap. IV.
_____. *Manual*, I, cap. VII, § 26.

CAPÍTULO 23
MINISTÉRIO PÚBLICO

122. noção, funções, origens

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Define-o a Constituição como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127).

Esses valores recebem a atenção dos membros do *Parquet*, seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando no juízo civil os *curadores* se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio-ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos), ou de certas pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho).

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

agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.

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

> Até tempos relativamente recentes tinha o Ministério Público brasileiro o encargo anômalo de representação dos interesses do Poder Executivo em juízo (Const. 67, art. 126); essa função destoava inteiramente dos objetivos da Instituição e contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros desta. Por isso, a Constituição de 1988 veda-lhe expressamente "a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129, inc. IX).
>
> Ainda que, como ensina a doutrina mais autorizada, a verdadeira origem da Instituição seja na França, identificam-se nos *procuradores Caesaris* remotos precursores dos atuais promotores e curadores (embora apenas com funções de defensores do patrimônio do imperador). No Egito de 4.000 anos aC um corpo de funcionários com atribuições que substancialmente se assemelham às do Ministério Público moderno era encarregado de: "I – ser a língua e os olhos do rei do país; II – castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III – acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV – ser o marido da viúva e o pai do órfão; V – fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI – tomar parte nas instruções para descobrir a verdade".

123. Ministério Público e Poder Judiciário

A definição constitucional do Ministério Público, já transcrita, coloca-o como "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado" (v. tb. a Lei Orgânica do Ministério Público, lei n. 8.625, de 12.2.93, art. 1º). Tal texto encontra-se no capítulo constitucional dedicado às "funções essenciais à Justiça" (ao lado da Advocacia-Geral da União e da Defensoria Pública – v. Tít. IV, Cap. IV). O Ministério Público é, portanto, configurado no Brasil como instituição autônoma, que não integra o Poder Judiciário embora desenvolva as suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais.

> A emenda n. 1 à Constituição de 1967 colocava o Ministério Público entre os órgãos do Poder Executivo (Tít. I, Cap. VII, Seç. VII, arts.

94-96), ao contrário do que se dava no texto original de 1967, que o incluía no Poder Judiciário. Em outros países, como na Itália, inexiste o Ministério Público como instituição: as suas funções pertencem ao próprio Poder Judiciário e os magistrados ora desempenham funções de juiz (magistratura judicante), ora de órgãos do Ministério Público (magistratura requerente).

Oficiando os membros do Ministério Público junto ao Poder Judiciário e compondo-se este de diversos organismos distintos (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e as *Justiças* comuns e especiais, da União e dos Estados), é compreensível que também o Ministério Público se apresente diversificado em vários organismos separados, cada um deles oficiando perante um daqueles.

Assim, a Constituição apresenta o Ministério Público da União integrado pelo Ministério Público Federal (oficiando perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Justiça Federal), Ministério Público do Trabalho (Justiça do Trabalho), Ministério Público Militar (Justiça Militar da União) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Justiça do Distrito Federal e Territórios) (art. 128, inc. I). Não existe mais cada um desses corpos como instituição autônoma. Autônomo é o Ministério Público de cada Estado, oficiando perante a respectiva Justiça, de que se falará ainda neste tópico.

A lei complementar n. 75, de 20.5.93, que é a Lei Orgânica do Ministério Público da União, dispõe sobre o Ministério Público Federal (arts. 37-82), sobre o Ministério Público Militar (arts. 116-148), sobre o Ministério Público do Trabalho (arts. 83-115) e sobre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 149-181), dizendo-os todos *independentes entre* si (art. 32).

Há, além disso, junto à Justiça de cada Estado, um Ministério Público Estadual (Const., art. 128, inc. II). Eles são organizados segundo as normas gerais contidas na própria Constituição e na Lei Orgânica federal que dá normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (lei n. 8.625, de 12.2.93). A Constituição prevê leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, as quais devem estabelecer "a organização, as atribuições e o estatuto" do Ministério Público da União e dos estaduais segundo os princípios, garantias e regras fixadas a nível constitucional (art. 128, § 5º).

Cada Estado organiza o seu *Parquet* mediante legislação própria e a do Estado de São Paulo é a lei orgânica n. 734, de 26 de novembro de 1993.

124. princípios

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

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

Ser *independente* significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (v. lei n. 8.625, de 12.2.93, art. 1º, par. ún.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para "propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos" (Const., art. 127, § 2º) e para elaborar "sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (art. 127, § 3º).

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

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

A Constituição de 1988, inovando e valorizando a instituição do Ministério Público, define as *funções institucionais* deste, ou seja, os encargos que o caracterizam e identificam em face dos demais agentes ou organismos. Merece destaque especialíssimo, por dizer respeito à própria essência do *Parquet* e sua legitimação na sociedade e no Estado contemporâneos, *a responsabilidade de* "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos di-

reitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, inc. II).

Outras regras de primordial importância, também ali contidas, são a *exclusividade da ação penal pública* (inc. I) e a titularidade da ação civil pública "para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (inc. III) etc. A proibição de prestar serviços a entidades públicas (inc. IX) é também um fator de valorização do Ministério Público e sua independência, a qual fica valorizada, ainda, pelas limitações impostas ao Chefe do Executivo, para a nomeação e destituição do Procurador-Geral (v. *infra*, n. 125).

Além disso, existem algumas *regras fundamentais* estabelecidas na Lei Orgânica (federal) do Ministério Público Estadual (lei n. 8.625, de 12.2.93). Seu art. 59 pressupõe a organização do Ministério Público dos Estados *em carreira*, o que não está dito diretamente na própria lei nem na Constituição mas resulta de diversas referências no texto constitucional (art. 128, §§ 1º e 3º, art. 129, §§ 2º e 3º *etc.*).

125. garantias

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

Entre as *garantias do Ministério Público como um todo* destacam-se: a) sua estruturação em carreira (*supra*, n. 124); b) sua relativa autonomia administrativa e orçamentária (Const., art. 127, §§ 2º e 3º); c) limitações à liberdade do Chefe do Executivo para a nomeação e destituição do Procurador-Geral (Const., art. 128, §§ 1º a 4º); d) a exclusividade da ação penal pública e veto à nomeação de promotores *ad hoc* (Const., art. 129, inc. I e § 2º).

Aos promotores individualmente são estas as principais garantias outorgadas pela Constituição e Lei Orgânica: a) o tríplice predicado da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tradicionalmente reservados aos juízes e agora concedidos aos promotores de justiça na mesma dimensão que a estes (art. 128, § 5º, inc. I – v. *supra*, nn. 86-87); b) ingresso aos cargos iniciais mediante concurso de provas e títulos, "observada, nas nomeações, a ordem de classificação" (art. 129, § 3º); c) promoção voluntária, por antiguidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incs. III e VI, da Constituição Federal (LOMP, art. 61, inc. I), "com prevalência de critérios de ordem objetiva" para a apuração da antiguidade e do merecimento (inc. II); d) sujeição à competência originária do Tribunal de Justiça, "nos crimes comuns e nos de responsabilidade", ressalvada exceção de ordem constitucional (LOMP, art. 40, inc. IV).

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

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

126. impedimentos e mecanismos de controle

A Constituição Federal de 1988, haurindo o espírito da anterior LOMP (lei compl. 40, de 14.12.81) e de algumas Constituições e leis estaduais precedentes, impõe aos membros do Ministério Público uma série de impedimentos destinados a preservar-lhes a independência funcional e, por via desta, a indispensável imparcialidade no exercício de suas funções. Além do veto à representação judicial e consultoria de entidades públicas (art. 129, inc. IX), consigna ainda o do *exercício da advocacia* (art. 128, § 5º, inc. I, *b*) o de receber honorários, percentuais ou custas (letra *a*), o de participar de sociedade comercial (letra *c*), o do exercício de outra função pública, salvo uma de magistério (letra *d*), e o de atividades político-partidárias (letra *e*) e o de "receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei" (letra *f*) – aplicando-se ainda aos promotores em geral a chamada *quarentena*, ou seja, a proibição de "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do

afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração" (Const., art. 128, § 6º, c/c art. 95, par., inc. V, red. EC n. 45, de 8.12.04).

> A sadia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional.
>
> Infelizmente, por casuísmo e atendendo a notórios interesses espúrios, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu aos promotores que já o eram quando da promulgação da Carta de 1988 optar pelo regime precedente, quanto às vedações. Com isso, só para os novos integrantes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscriminados e por tempo indeterminado, para prestar serviços de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim.

Em simetria com o que se dá em relação à Magistratura, para a efetividade da observância dos impedimentos e cumprimento dos deveres também pelos promotores, oficiará um órgão censório, que é o *Conselho Nacional do Ministério Público*, dotado de poderes análogos ao do Conselho Nacional de Justiça (Const., art. 130-A). Esse Conselho poderá ser provocado por qualquer interessado ou pelas *ouvidorias do Ministério Público*, às quais tocará esse relevante papel de captação e encaminhamento de reclamações contra condutas irregulares (art. 130-A, § 2º, inc. III, e § 5º – *supra*, n. 83-A). O Conselho Nacional do Ministério Público será composto por oito representantes do *Parquet*, entre eles o Procurador-Geral da República, ao lado de dois magistrados, dois advogados e "dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal" (art. 130-A, incs. I-VI).

127. órgãos do Ministério Público da União

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

As carreiras do Ministério Público da União são distintas, segundo os ramos em que se divide a Instituição, a saber: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (lei compl. n. 75, de 20.5.93, art. 32). O Procurador-Geral da República, sendo chefe do Ministério Público da União, é quem exerce, direta ou indiretamente, a direção geral da Instituição (art. 128, § 1º).

> Os procuradores da República (integrantes do Ministério Público Federal) oficiam não só perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como ainda perante todos os órgãos da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral. Perante a Justiça do Trabalho oficia o Ministério Público do Trabalho e perante a Justiça Militar, o Ministério Público Militar (lei compl. n. 75, de 20.5.93, arts. 37, 83, 116 *etc.*). Como é natural, o Ministério Público da União não tem funções perante as Justiças dos Estados.
>
> Com o sadio veto constitucional à representação e consultoria a órgãos estatais (art. 129, inc. IX) e correlata implantação da Advocacia-Geral da União (arts. 131-133), o Ministério Público da União fica afastado daquelas funções espúrias, que até um passado relativamente próximo comprometiam sua independência funcional e intelectual. Mas, infelizmente, são muitos os procuradores que ainda não se conscientizaram dessa modificação e mantêm um linha de obcecada defesa dos cofres públicos.

128. órgãos do Ministério Público estadual

Fiel à Lei Orgânica Federal, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (lei compl. n. 734, de 26.11.93) indica os órgãos do *Parquet* estadual: a) órgãos de *administração superior* (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público); b) órgãos de *administração do Ministério Público* (Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça); c) órgãos de *execução* (Procurador-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores da Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, procuradores de justiça, promotores de justiça); d) órgãos *auxiliares* (centros de apoio operacional, Comissão de Concurso, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional, órgãos de apoio técnico e administrativo, estagiários) (v. art. 7º).

A Procuradoria-Geral da Justiça e o próprio *Parquet* estadual são dirigidos pelo Procurador-Geral da Justiça, que será necessariamente

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

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

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

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

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

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

Seja na Capital ou no interior, há promotores de justiça em exercício perante juízos criminais ou cíveis (a lei vigente já não fala em *curadores*). A Lei Orgânica (art. 294, § 6º) discrimina-os em promotores de justiça (a) especializados, (b) cumulativos ou gerais. Os especializados são promotores de justiça (a) de falências, (b) de acidentes do trabalho, (c) de família, (d) da infância e juventude, (e) de registros públicos, (f) do meio ambiente, (g) do consumidor, (h) de mandados de segurança, (i) da cidadania, (j) da habitação e urbanismo, (k) de execuções criminais, (l) dos Tribunais do Júri e (m) da Justiça Militar

(art. 295). Por aí se vê a larguíssima gama de funções assumidas pelo Ministério Público moderno, como reflexo das novas tendências do direito de massa e da tutela jurisdicional coletiva.

Perante os juizados especiais oficia sempre pelo menos um membro do Ministério Público, sob pena de inviabilidade do próprio juizado (lei 9.099, de 26.9.95, art. 56).

Os procuradores da justiça oficiam perante o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça Militar e os Tribunais de Contas do Estado e do Município da Capital (LOMP-SP, arts. 119-120).

Os estagiários (acadêmicos do 4º e 5º anos das Faculdades) integram transitoriamente os quadros do Ministério Público e auxiliam os promotores de justiça no exercício de suas funções, sem vínculo estatutário ou empregatício com o Estado (arts. 76-79).

128-A. Conselho Nacional do Ministério Público

De modo muito análogo ao que dispõe com referência à Magistratura (*supra*, n. 83-A), manda a Constituição Federal que o Ministério Público seja submetido a controle pelo *Conselho Nacional do Ministério Público*, um colegiado misto do qual participam oito membros da própria Instituição, entre os quais o Procurador-Geral da República, ao lado de outros seis conselheiros de outras origens institucionais (dois magistrados, dois advogados e dois indicados pelas Casas do Congresso Nacional). Compete-lhe zelar pela autonomia do *Parquet* e regularidade no exercício de suas funções, com poder censório e disciplinar sobre os promotores (Const., art. 130-A, red. EC n. 45, de 8.12.04). Sempre em paralelismo com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público não é um órgão de atuação no processo, ou um *órgão de execução*, mas puramente censório e administrativo.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XII.
Calamandrei, *Instituzioni*, II, §§ 121-122.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 369-374.
Freitas Camargo, "Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira".
Frontini, "Ministério Público, Estado e Constituição".
Marques, *Instituições*, I, cap. V.
_____. *Manual*, I, cap. VII, § 3ª, *b*.
Penteado e outros, "Ministério Público: órgão de Justiça".
Petrocelli, "O Ministério Público, órgão de Justiça".
Spagna Musso, "Problemas constitucionais do Ministério Público na Itália".
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 291 ss.

CAPÍTULO 24
O ADVOGADO

129. noções gerais

Dá-se o nome de *jurista* às pessoas versadas nas ciências jurídicas, como o professor de direito, o jurisconsulto, o juiz, o membro do Ministério Público, o advogado. Como o mister da advocacia se insere na variada gama de atividades fundadas nos conhecimentos especializados das ciências jurídicas, o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.

A Constituição de 1988 deu, pela primeira vez, estatura constitucional à advocacia, institucionalizando-a no Cap. IV de seu Título IV (denominado "da organização dos Poderes"), entre as "funções essenciais à Justiça", ao lado do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União. Assim, a seção III desse capítulo trata "da Advocacia e da Defensoria Pública", prescrevendo, no art. 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

O art. 2º da lei 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – reafirma a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, no *caput*; e, no § 3º do mesmo dispositivo, estabelece sua inviolabilidade por atos e manifestações ocorridos no exercício da profissão, nos limites da própria lei (art. 7º, § 2º).

Por outro lado, em face do objetivo específico da advocacia e tendo em vista que a denominação *advogado* é privativa dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, conceitua-se este como *o profissional legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como a defender-lhes os direitos e interesses em juízo ou fora dele*. Com efeito, prescreve o art. 1º, do Estatuto: "são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas".

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

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

Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima *parcialidade institucional*. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.

Expresso, nesse sentido, o § 2º do art. 211 do Estatuto: "no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público". Sobre a natureza jurídica da advocacia, v. *infra*, n. 132.

130. Defensoria Pública

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

grande relevância é também sua legitimidade ativa para a ação civil pública, com a qual a Defensoria Pública se integra ao sistema da tutela jurisdicional coletiva (LACP, art. 5º, inc. II, red. lei n. 11.448, de 15.1.07).

Dado o valor da assistência jurídica aos necessitados na sociedade contemporânea (a atenção a ela constituiu uma das *ondas renovatórias* do direito processual moderno: *supra*, n. 13), as Defensorias Públicas são consideradas *instituições essenciais à função jurisdicional do Estado* (art. 134) e estão incluídas em capítulo constitucional ao lado do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União (Tít. IV, Cap. IV, arts. 127 ss.). O § 2º do art. 134 da Constituição Federal, trazido pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, assegura-lhes *autonomia funcional e administrativa*, para que possam desempenhar eficientemente e com independência as suas funções.

As Defensorias são essenciais, a teor do disposto no art. 134 da Constituição, perante todos os juízos e tribunais do país. Por essa razão, não só a União estruturará adequadamente a sua, como também os Estados deverão fazê-lo (art. 134, § 1º). A função de Defensoria perante os juizados especiais é essencial à própria existência destes (lei 9.099, de 26.9.95, art. 56).

No Estado de São Paulo só no ano de 2006 veio a ser promulgada uma lei complementar implantando a Defensoria Pública como instituição autônoma (lei compl. n. 988, de 9.1.06; v. Const-SP, art. 103); as funções de assistência judiciária pelo Estado vinham sendo exercidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), integrante da Procuradoria-Geral do Estado.

131. a Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União é o organismo criado pela Constituição de 1988 e instituído pela lei complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 para a advocacia judicial e extrajudicial da União (que inclui as atividades de consultoria) (Const., art. 131). Somente a cobrança judicial executiva da dívida ativa tributária é que fica a cargo de outra instituição federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional (Const., art. 131, § 3º). A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação do Presidente da República e sem as garantias de que dispõe o Procurador-Geral da República (Const., art. 131, § 1º – *supra*, n. 127).

Em simetria com esse organismo representativo na ordem federal, nas estaduais existem as Procuradorias-Gerais do Estado.

132. natureza jurídica da advocacia

Diz-se tradicionalmente que a advocacia é uma atividade privada, que os advogados são profissionais liberais e que se prendem aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviço.

Modernamente formou-se outra corrente doutrinária, para a qual, em vista da indispensabilidade da função do advogado no processo, a advocacia tem caráter público e as relações entre patrono e cliente são reguladas por contrato de direito público.

Diante de nosso direito positivo parece mais correto conciliar as duas facções, considerando-se a advocacia, ao mesmo tempo, como *ministério privado* e *indispensável serviço público* (Const., art. 133; lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, art. 2º, §§ 1º e 2º), para concluir que se trata do *exercício privado de função pública e social*. Assim é que o mandato judicial institui uma representação voluntária no que toca à sua outorga e escolha do advogado, mas representação legal no que diz respeito a sua necessidade e ao modo de exercê-la.

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

Quando a defesa gratuita fica a cargo da Defensoria Pública (*supra*, n. 130), quem patrocina os interesses do necessitado é a própria Instituição e não cada um de seus integrantes. Daí a dispensa de outorga de poderes. Mas quando a indicação recai sobre advogado no exercício de profissão liberal, ao *provimento* há de seguir-se a outorga do mandato *ad judicia*.

No *habeas corpus*, a dispensa destes decorre da legitimação que tem qualquer pessoa, advogados inclusive, naturalmente, para impetrá-lo em nome próprio (CPP, art. 654, e Est., art. 1º, § 1º).

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

Com relação às sustentações orais perante os tribunais, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de parte do inc. IX do art. 7º do Estatuto, que determina que a sustentação se daria após o voto do relator – e não, como estabelecem os regimentos internos, após o relatório – entendendo haver defeito de iniciativa do Poder Legislativo, por tratar-se de regra sobre funcionamento dos órgãos jurisdicionais, cuja iniciativa é reservada ao Poder Judiciário (art. 96, inc. I, *a*, Const.).

O advogado que renunciar ao mandato continuará a representar o outorgante pelos dez dias seguintes à intimação da renúncia, salvo se for substituído antes do término desse prazo (Est., art. 5º, § 3º; CPC, art. 45). O processo não se suspende em virtude da renúncia (inclusive, não deixam de fluir eventuais prazos).

Entre os juízes de qualquer instância, os advogados e os membros do Ministério Público não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos (Est., art. 6º).

133. abrangência da atividade de advocacia e honorários

Nos termos do Estatuto da Advocacia, exercem essa atividade, sujeitando-se ao regime da lei, além dos *profissionais liberais*, os *advogados públicos* enumerados no art. 3º, quais sejam, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

O Estatuto dispõe também sobre o *advogado empregado* nos arts. 18 a 21, assentando que a relação de emprego não lhe retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia – não sendo ele obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego (art. 18).

O art. 20, muito discutido, estabelece que a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não pode exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva. Quanto ao salário mínimo profissional do advogado, o art. 19 dispõe que será estabelecido em sentença normativa, salvo ajustes em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

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

A matéria atinente aos *honorários advocatícios* vem regulada nos arts. 22 a 26 do Estatuto, que garantem aos inscritos na Ordem o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento judicial e aos da sucumbência.

O § 1º do art. 22 assegura ao advogado indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, o direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da Ordem, a serem pagos pelo Estado.

134. deveres e direitos do advogado

Para assegurar o bom desempenho de sua elevada missão social, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei n. 4.215, de 27.4.1963) atribuía ao advogado uma longa série de deveres e direitos, nos arts. 87 e 89.

O novo Estatuto mudou a sistemática. Todo o capítulo II do tít. I é dedicado aos direitos do advogado (arts. 6º e 7º). Mas, com relação aos deveres, foram substituídos pelo cap. VIII, intitulado "Da Ética do Advogado" (arts. 31 a 33), sendo que este último dispositivo faz remissão expressa à obrigatoriedade de se cumprirem rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Ademais disso, o cap. IX (art. 34), ao tipificar as infrações e sanções disciplinares, arrola algumas condutas antes correspondentes a deveres (como a violação do sigilo profissional).

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

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

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

135. Ordem dos Advogados do Brasil

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

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

O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais, com personalidade jurídica própria, são sediados, respectivamente, na Capital da

República e nos territórios dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios. O Conselho Federal é o órgão supremo da Ordem.

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

> Para os fins e efeitos de inscrição, a Ordem dos Advogados do Brasil compreende *dois quadros*: o de advogados e o de estagiários. São requisitos comuns para a inscrição em qualquer desses quadros: a) capacidade civil; b) título de eleitor e quitação com o serviço militar, se brasileiro; c) não exercer atividade incompatível com a advocacia; d) idoneidade moral; e) prestar compromisso perante o Conselho (art. 81, incs. I, III, V, VI e VII, art. 9º, inc. I, Est.). Quanto ao requisito de idoneidade moral, o § 42 do art. 81 não o considera atendido em caso de condenação por crime infamante, salvo reabilitação judicial; e, a teor do § 3º, a inidoneidade moral, que pode ser suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do Conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar regulado nos arts. 70 a 74 do próprio Estatuto.
>
> São requisitos especiais para a inscrição no quadro de advogados: a) diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada (se o diploma é obtido em instituição estrangeira, por brasileiro ou estrangeiro, deve ser devidamente revalidado); b) aprovação em exame de ordem (art. 8º, incs. II e IV, e § 2º).
>
> Para a inscrição no quadro de estagiários é requisito especial a admissão em estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, durante os últimos do curso jurídico, podendo ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da Ordem, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados por esta, sendo obrigatório o estudo do Estatuto e do Código de Ética e Disciplina (art. 9º inc. II, e § 1º).

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

136. exame de ordem e estágio

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

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

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

Pelo estatuto anterior, era possível substituir o exame de ordem pelo estágio profissional, período de estreito contato com o funcionamento prático das instituições junto às quais o advogado atuava profissionalmente ou de efetivo exercício, sob o controle e orientação de advogado, de algumas atribuições da profissão, tudo de acordo com um programa preestabelecido. Ao estágio eram admitidos os bacharéis em direito e os alunos matriculados no 4º ou 5º ano de faculdade de direito mantida pela União ou sob fiscalização do Governo Federal.

O atual estatuto revogou expressamente a lei n. 5.842, de 6 de dezembro de 1972 (art. 87). Além disso, exige para a inscrição de todos os bacharéis o exame de ordem (art. 8º, inc. IV).

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

bibliografia

Azevedo, "Direitos e deveres do advogado".

Azevedo Sodré, *O advogado, seu estatuto e a ética profissional.*

Calamandrei, "Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile".

_____. *Istituzioni*, II, §§ 117-120.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 375-381.

Lewis, *A trombeta de Gedeão.*

Marques, *Instituições*, II, § 71, *b* e *c*.

_____. *Manual*, I, cap. VII, § 30, *a*.

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 395 ss.

CAPÍTULO 25
COMPETÊNCIA: CONCEITO, ESPÉCIES, CRITÉRIOS DETERMINATIVOS

137. conceito

Como são inúmeros os processos que podem ser instaurados em decorrência dos conflitos interindividuais que surgem em um país e múltiplos também os órgãos jurisdicionais, é facilmente compreensível a necessidade de distribuir esses processos entre esses órgãos. A jurisdição como expressão do poder estatal é uma só, não comportando divisões ou fragmentações: cada juiz, cada tribunal, é plenamente investido dela. Mas o exercício da jurisdição é distribuído, pela Constituição e pela lei ordinária, entre os muitos órgãos jurisdicionais; cada qual então a exercerá dentro de determinados limites (ou seja, com referência a determinado grupo de litígios).

Chama-se competência a *quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos* (Liebman).

Nessa mesma ordem de idéias é clássica a conceituação da competência como *medida de jurisdição* (cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência).

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

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

138. distribuição da competência

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

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

Sobre a competência internacional no quadro dos limites à jurisdição brasileira, v. *supra*, esp. n. 75.

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

139. órgãos judiciários diferenciados

Cada país estrutura seus órgãos judiciários de determinada forma, segundo seus próprios critérios, guiando-se o legislador pelas diretrizes históricas do ordenamento jurídico nacional e levando em conta as conveniências atuais da conjuntura social e política. Assim, para estudar a competência perante o direito brasileiro é preciso, antes de tudo, ter presente a estrutura dos órgãos judiciários brasileiros, entre os quais se distribui o exercício da jurisdição nacional (v. *supra*, esp. n. 97, quanto à estrutura judiciária nacional).

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

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

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

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

a) *competência de jurisdição* (qual a Justiça competente?);

b) *competência originária* (competente o órgão superior ou o inferior?);

c) *competência de foro* (qual a comarca, ou seção judiciária, competente?);

d) *competência de* juízo (qual a vara competente?);

e) *competência interna* (qual o juiz competente?);

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

Como se vê, em duas etapas apresenta-se o problema da *competência hierárquica*, ou competência em sentido vertical (órgão superior ou inferior?): primeiro para determinar-se qual deles conhece originariamente da causa, depois na escolha do órgão que conhecerá dos recursos interpostos. Naturalmente, o primeiro dos quesitos acima envolve a determinação da competência de uma das Justiças ou de um dos *órgãos de superposição* (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça), que não pertencem a nenhuma delas e sobrepairam a todas.

Nas demais etapas trata-se de distribuição horizontal da competência.

140. elaboração dos grupos de causas

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

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

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

141. dados referentes à causa

Toda causa trazida a exame judiciário apresenta necessariamente uma série de elementos essenciais que a identificam e diferenciam das demais. São os *elementos da ação*, ou da demanda, de que se cuida mais pormenorizadamente a seu tempo e lugar (*infra*, n. 160).

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

a) as *partes*, ou seja, a identificação da pessoa que vem pedir uma medida jurisdicional ao juiz e daquela com relação à qual essa medida é postulada (autor e réu – exeqüente e executado);

b) o *pedido*, no qual se traduz a pretensão do autor da demanda e que consiste na solicitação da medida judicial pretendida (condenação do acusado, decretação de um despejo *etc.*);

c) os *fatos* dos quais, segundo a exposição do demandante, decorre o direito que afirma ter (p. ex., o fato criminoso concretamente imputado ao acusado, os fatos caracterizadores de grave violação aos deveres do casamento na ação de divórcio, a despedida injusta nas reclamações trabalhistas);

d) os *fundamentos jurídicos*, ou seja, as regras de direito pertinentes ao caso e das quais o demandante extrai a sua conclusão (*v.g.*, a norma penal incriminadora, as regras sobre locação e despejo *etc.*). Neste tópico e no precedente reside o que tecnicamente se chama *causa de pedir*.

O legislador leva em conta o modo como se apresenta em concreto cada um desses elementos em cada demanda, valendo-se deles no seu trabalho de elaboração de grupos de causas para fins de determinação da competência.

Das *pessoas* em litígio, ou seja, das *partes*, considera a lei ao traçar as regras de competência: a) sua *qualidade* (*v.g.*, competência originária do Supremo para processar o Presidente da República nos crimes comuns; competência da Justiça Federal para os processos em que for parte a União); e b) sua *sede* (esp., domicílio do réu para fins de competência civil).

No tocante aos *fatos e fundamentos jurídicos do pedido* é levada em conta, em primeiro lugar, (a) a *natureza da relação jurídica controvertida*, ou seja, o setor do direito material em que tem fundamento a pretensão do autor da demanda (assim, varia a competência conforme se trate de causa penal ou não e, se de causa penal, de infração penal de menor potencial ofensivo ou não; varia conforme se trate ou não de pretensão referente a relação empregatícia – Justiça do Trabalho; varia conforme se trate ou não de pretensão fundada em direito de família – Vara da Família e Sucessões *etc.*). Importa também, às vezes, (b) o lugar em que se deu o fato do qual resulta a pretensão apresentada (lugar da consumação do crime, ou da prática da infração penal de menor potencial ofensivo ou, ainda, da prestação de serviços ao empregador). Importa ainda, em mais um exemplo, o lugar em que deveria ter sido cumprida voluntariamente a obrigação reclamada pelo autor (CPC, art. 100, inc. IV, *d*).

A competência pela natureza da relação jurídica é conhecida como *competência material*. A expressão *ratione materiæ* tem um sentido mais amplo e geralmente significa *competência absoluta* (*infra*, n.144).

Do *pedido* (objeto da ação, objeto "da lide") leva em conta o legislador, para fixação da competência, os seguintes dados: a) *natureza do bem* (móvel ou imóvel – CPC, art. 95); b) seu *valor* (competência dos juizados especiais cíveis para conflitos civis de valor patrimonial não excedente a quarenta salários mínimos – v. lei n. 9.099, de 26.9.95, art. 3º); c) sua *situação* (o foro da situação do imóvel: CPC, arts. 89, inc. I, e 95).

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

rias diversas da brasileira e portanto não se amolda com perfeição à nossa realidade.

142. dados referentes ao processo

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

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

143. atribuição das causas aos órgãos

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

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

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

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

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

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

A *competência originária* é, em regra, dos órgãos inferiores (órgãos judiciários de primeiro grau de jurisdição, ou de "primeira instância"). Só excepcionalmente ela pertence ao Supremo Tribunal Federal (Const., art. 102, inc. II), ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. II) ou aos órgãos de jurisdição superior de cada uma das Justiças (p. ex., art. 29, inc. VIII, em que é levada em conta a condição pessoal do acusado – prefeito). Demais casos de competência originária dos tribunais de cada Justiça são estabelecidos em lei federal (tribunais trabalhistas, eleitorais, militares: Const. Fed., arts. 113, 121 e 124, par. ún.) ou nas Constituições dos Estados (Const. Fed., art. 125, § 1º).

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

Em processo penal, quando os tribunais têm competência para processar certas autoridades, fala-se em competência *por prerrogativa de função*.

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

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

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

Considera-se *foro comum* aquele que corresponde a uma regra geral, que só não vale nos casos em que a própria lei fixar algum *foro especial* (p. ex., a residência da mulher, nas ações de anulação de casamento, separação ou divórcio – CPC, art. 100, inc. I). Há também casos em que a lei fixa *foros concorrentes*, à escolha exclusiva do autor (local do fato ou domicílio do autor, na ação para indenização de danos causados em acidente de veículos – CPC, art. 100, par.). Quando não for possível determinar a competência pelos critérios primários fornecidos pela lei, em muitos casos há o *foro subsidiário* (*v.g.*, o domicílio ou residência do acusado, se não for conhecido o local da consumação da infração – CPP, art. 72).

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

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

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

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

A *competência interna* dos órgãos judiciários é problema decorrente da existência de mais de um juiz (pessoa física) no mesmo juízo, ou de várias câmaras, grupos de câmaras, turmas ou seções no mesmo tribunal. A Constituição estabelece que, havendo questão de constitucionalidade a decidir em um processo em trâmite perante algum tribunal, essa questão será decidida necessariamente pelo plenário ou pelo *órgão especial* (arts. 93, inc. XI, e 97), ainda que o julgamento da causa ou recurso esteja afeto a uma câmara ou turma (o dado relevante reside então na natureza do fundamento da demanda). Além disso (só em processo civil), havendo dois juízes em exercício na mesma comarca ou vara, aquele que tiver iniciado a instrução oral em audiência prosseguirá no processo até ao fim, dando sentença: só se afasta do processo se transferido, promovido ou aposentado (CPC, art. 132). A

competência das câmaras, grupos de câmaras, seções, turmas e plenário dos tribunais é ditada pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelas Constituições estaduais, leis de organização judiciária e regimentos internos.

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

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

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras Linhas*, I, caps. XIX-XXIV.
Carnelutti, *Istituzioni*, I, nn. 125-158.
————. *Sistema*, I, nn. 230-248.
Chiovenda, *Istituzioni* (trad.), §§ 25-29.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 191-294.
Lent, *Zivilprozessrecht* (trad. it.), §§ 9-12.
Liebman, *Manual*, I, nn. 24-34.
Marques, *Instituições*, I, cap. VIII.
————. *Manual*, I, cap. VII, § 24.
Schönke, *Lehrbuch dos Zivilprozessrechts* (trad. esp.), §§ 36-38.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 59 ss.

CAPÍTULO 26
COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

144. prorrogação da competência

Como de passagem já se disse antes (*supra*, n. 138), a distribuição do exercício da função jurisdicional entre órgãos ou entre organismos judiciários atende, às vezes, ao interesse público e outras, ao interesse ou comodidade das partes. Essa distinção comporta, agora, uma especificação mais aproximada.

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

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

Há na doutrina a tendência a considerar *inexistente* o processo instaurado perante Justiça incompetente (porque há violação das nor-

mas constitucionais, sendo que a Constituição não ressalva os atos não-decisórios: a ressalva é dos códigos de processo, os quais não podem impor exceções aos preceitos constitucionais). Há também os que consideram inexistentes apenas os processos da competência da Justiça comum, quando instaurados perante a especial (o órgão judiciário não teria o poder jurisdicional para tais casos, agindo *sub praetextu jurisdictionis*); na hipótese inversa, dizem, age a Justiça comum com mero *excessus jurisdictionis*, pois os juízes ordinários são "idealmente investidos de toda a jurisdição". Essa última tendência, contudo, perde força em face da Constituição Federal, cujo art. 50, inc. LIII, determina que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; desse modo, o princípio do juiz constitucionalmente competente vem integrar as garantias do devido processo legal, podendo considerar-se inexistente o processo conduzido pelo juiz desprovido de competência constitucional.

No processo civil a coisa julgada sana (relativamente) o vício decorrente de incompetência absoluta (*infra*, n. 198); mas, dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado, pode a sentença ser anulada, através da ação rescisória (CPC, arts. 485, inc. II, e 495).

No processo penal, a anulação virá através da revisão criminal ou do *habeas corpus*, a qualquer tempo, mas somente quando se tratar de sentença condenatória (CPP, arts. 621 e 648).

A coisa julgada é considerada, por muitos, sanatória geral, inclusive dos atos processuais juridicamente inexistentes. Mas se a própria sentença é inexistente, não tem o condão de fazer coisa julgada material, podendo a inexistência ser declarada a qualquer tempo (no processo penal, porém, se o acusado já tiver sido absolvido, não poderá ser submetido a novo processo em face dos princípios gerais que impedem que alguém seja processado duas vezes pelo mesmo fato).

Tratando-se de *competência de foro*, o legislador pensa preponderantemente no interesse de uma das partes em defender-se melhor (no processo civil, interesse do réu; no trabalhista, do economicamente fraco – v. CPC, art. 94, e CLT, art. 651). Assim sendo, a intercorrência de certos fatores (entre os quais, a vontade das partes – *v.g.*, a eleição de foro: CPC, art. 111) pode modificar as regras ordinárias de competência territorial. A competência, nesses casos, é então *relativa*. Também relativa é, no processo civil, a competência determinada pelo critério do *valor* (CPC, art. 102 – esta relatividade não atinge os processos das pequenas causas: LPC, art. 3º, c/c art. 50, inc. II).

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

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

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

145. causas de prorrogação da competência

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

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

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

Em conseqüência de um desses fatores, se uma das causas conexas ou ligadas por nexo de continência for da competência territorial de um órgão e outra delas for da competência de outro, prorroga-se a competência de ambos: dá-se o que se chama *prevenção* e qualquer um deles fica sendo competente e o que conhecer de uma dessas causas em primeiro lugar conhecerá também da outra (os processos, além disso, são reunidos em um só – v. CPC, art. 106, CPP, art. 79).

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

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

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

Em *processo civil* a jurisprudência entende que se prorroga a competência do juiz do foro do domicílio do demandado, independentemente ou ainda contra a sua vontade, quando ali é proposta alguma demanda que seria da competência de outro (foro especial). Essa regra é explícita na Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.1995, art. 4º, par.).

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

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

146. prorrogação da competência e prevenção

Como vimos, as hipóteses que determinam a prorrogação da competência não são fatores para determinar a competência dos juízes. Competência é a "quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos", ou seja: a esfera dentro da qual todos os processos lhe pertencem. Essa esfera é determinada por outras regras, não pela que acabamos de ver.

A prorrogação, ao contrário, determina a modificação, em concreto, na esfera de competência de um órgão (isto é, com referência a determinado processo): trata-se, assim, de uma *modificação da competência já determinada segundo outros critérios*.

Por outro lado, a *prevenção* de que fala freqüentemente a lei (CPC, arts. 106, 107 e 219; CPP, arts. 70, § 3º, 75, par. ún., e 83) *não é fator de determinação nem de modificação da competência*. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juízes competentes, excluindo-se os demais. *Prae-venire* significa chegar primeiro; juiz prevento é o que em primeiro lugar tomou contato com a causa (CPC, arts. 106 e 219; CPP, art. 83).

146-A. deslocamento da competência

A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu na ordem processual brasileira a figura do *deslocamento da competência*, ao dispor que "nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal" (Const., art. 109, § 5º). Esse dispositivo integra o quadro de preocupações da Constituição Federal em torno da efetividade dos direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º – *supra*, nn. 36 e 36-A) e parte do pressuposto de que, em princípio, a Justiça Federal tem melhores condições que as estaduais para promover essa efetividade. Caso por caso, o Superior Tribunal de Justiça apreciará se concretamente há essa maior aptidão e se a lesão a direitos humanos é de tal monta que justifique o deslocamento; e, dando-se este, cessa a prevenção estabelecida no processo e a Justiça Federal recebe essa competência superveniente. O Superior Tribunal de Justiça não é autorizado a dispor a esse respeito *ex officio* e somente o Procurador-Geral da República tem legitimidade para provocá-lo.

bibliografia

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

TERCEIRA PARTE

AÇÃO E EXCEÇÃO

CAPÍTULO 27
AÇÃO: NATUREZA JURÍDICA

147. conceito

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

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

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.

Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da *autonomia do direito de ação*, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material. Todavia, longo foi o caminho para chegar a tais conceitos, como se verá a seguir, no estudo das várias teorias sobre a natureza jurídica da ação.

148. teoria imanentista

Segundo a definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi debeatur in iudicio persequen-*

di). Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela idéia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material.

Assim, pela escola denominada clássica ou imanentista (ou, ainda, civilista, quando se trata da ação civil), a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontrastado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. Foi a teoria de Savigny seguida, entre nós, por João Monteiro.

149. a polêmica Windscheid-Muther

O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século passado. Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação.

150. a ação como direito autônomo

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

151. a ação como direito autônomo e concreto

Foi Wach, ainda na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo material violado ou ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratórias (em que o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica). Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Conseqüentemente, a ação seria um direito público e concreto (ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo).

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

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

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

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

152. a ação como direito autônomo e abstrato

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

Quase ao mesmo tempo, por outra coincidência curiosa, Plósz formulava doutrina idêntica, na Hungria.

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

A repercussão da doutrina de Degenkolb foi profunda.

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

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

153. a ação como direito autônomo, em outras teorias

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

É o caso de Pekelis, que acentua o direito subjetivo contido na ação – direito de fazer agir o Estado e não direito de agir – e considera os outros direitos como mero reflexo desse único e verdadeiro direito subjetivo. Houve também quem afirmasse representar a ação o exercício de uma função pública; e também quem não a enquadrasse como direito ou poder, mas *dever*, configurando a obrigação de dirigir-se ao órgão jurisdicional para a solução dos conflitos.

154. a doutrina de Liebman

Digna de destaque é a concepção de Liebman, processualista italiano que permaneceu entre nós durante o período da Segunda Guerra Mundial, influenciando profundamente a evolução da ciência brasileira (*supra*, n. 59). O autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um *poder* ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a *sujeição* e *instrumentalmente conexo a uma pretensão material*. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja.

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material (*infra*, n. 158).

155. apreciação crítica das várias teorias

Não é difícil a crítica à teoria imanentista. As principais objeções são as relativas à ação infundada e à ação declaratória. Quanto à primeira, verifica-se que muitas ações são julgadas improcedentes porque a sentença julga infundada a pretensão do autor: ou seja, declara a inexistência do direito subjetivo material invocado. Mas, apesar da inexistência do direito, houve exercício da ação, até a declaração da improcedência: houve, em outras palavras, ação sem direito material. Quanto à segunda objeção – a ação declaratória negativa – é outro argumento para afirmar a autonomia do direito de ação, de vez que nesse tipo de ação o autor visa exatamente a obter a declaração da inexis-

tência de uma relação jurídica e, portanto, da inexistência de um direito subjetivo material. Assim sendo, o pedido do autor não tem por base um direito subjetivo mas o simples interesse à declaração de sua existência.

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

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

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

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

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

Os que sustentam o contrário (ação como direito subjetivo) admitem que também o Estado tem interesse no exercício da função jurisdicional, mas não vêem nisso qualquer incoerência com a afirmação de existir uma verdadeira obrigação de exercê-la. Não aceitam que a configuração do conflito de interesses seja essencial à noção de obrigação. O ordenamento jurídico, ao atribuir direitos e obrigações, tutela determinados interesses, estabelecendo previamente qual será o subordinante na hipótese de surgir o conflito. Mas entendem ser o conflito irrelevante para consubstanciar a obrigação. O obrigado pode ter interesse em cumprir sua obrigação e nem por isso ficará isento dela.

156. natureza jurídica da ação

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

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

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

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

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, por-

tanto, direito de natureza *abstrata*. É, ainda, um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*.

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

157. ação penal

O estudo da natureza jurídica da ação, com as conclusões a que chegamos, aplica-se não somente ao processo civil, como também ao processo penal.

Através de normas penais, o ordenamento jurídico impõe a todos o dever de comportar-se de certa maneira, estabelecendo sanções para os infratores. Com a evolução do direito penal surgiu o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), impondo a regra de que nenhuma conduta humana seria punida se não fosse enquadrável na tipificação penal. Ao mesmo tempo, o Estado avocou o direito de punir, para reintegrar a ordem jurídica profundamente violada através da infração da lei penal.

O *jus puniendi* do Estado permanece em abstrato, enquanto a lei penal não é violada. Mas com a prática da violação, caracterizando-se o descumprimento da obrigação preestabelecida na lei por parte do transgressor, o direito de punir sai do plano abstrato e se apresenta no concreto.

Assim, da violação efetiva ou aparente da norma penal nasce a pretensão punitiva do Estado, que se opõe à pretensão do indigitado infrator à liberdade. A pretensão punitiva só pode ser atendida mediante sentença judicial precedida de regular instrução e com observância do devido processo legal e participação do acusado em contraditório. Com ou sem a resistência do infrator, e ainda que ele aceitasse a imposição da pena, o processo é sempre indispensável, em face das garantias constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e presunção de não-culpabilidade, das quais decorre o princípio *nulla poena sine judicio* (Const., art. 5º, incs. LIV, LV e LVII). E isso se dá porque constitui

dogma do Estado de direito o veto ao poder repressivo exercido de forma arbitrária: assim como os indivíduos não podem fazer justiça com as próprias mãos (*supra*, n. 3), assim também o Estado não pode exercer seu poder de punir senão quando autorizado pelo órgão jurisdicional.

Esse princípio não é posto somente como autolimitação ao poder punitivo do Estado, mas também como limite à vontade do infrator (ao qual se nega a faculdade de sujeitar-se à pena) e da vítima (à qual se nega a possibilidade de perdão com efeitos penais, com exceção dos denominados *crimes de ação privada*, onde existe um resíduo de autocomposição e de disponibilidade).

A Constituição de 1988 – e, com base nela, a Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95) – atenuaram a rigidez desses princípios, pela previsão de transação para as denominadas "infrações penais de menor potencial ofensivo" (art. 98, inc. I – v. *supra*, nn. 5-7).

Desse modo, se o Estado não pode auto-executar a sua pretensão punitiva, deverá fazê-lo dirigindo-se a seus juízes, postulando a atuação da vontade concreta da lei para a possível satisfação daquela. O direito de pedir o provimento jurisdicional nada mais é senão a própria *ação*.

O Estado, portanto, através do órgão do Ministério Público, exerce a ação, a fim de ativar a jurisdição penal; o Estado-administração deduz sua pretensão perante o Estado-juiz, de forma análoga à que ocorre quando o Estado-administração se dirige ao Estado-juiz para obter um provimento jurisdicional não-penal.

Assim como a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os partículares (*facultas exigendi*), a proibição da auto-executoriedade do direito de punir fez nascer o direito de agir para o Estado.

A ação penal, portanto, não difere da ação quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.

Existe na doutrina forte tendência a negar a ocorrência de *lide* no processo penal, o qual seria, conseqüentemente, um processo sem partes. Argumenta-se com o fato de que não haveria dois interesses em conflito, mas dois diversos modos de apreciar um único interesse, porque o interesse do Ministério Público é o de que se faça justiça, sendo a sua posição imparcial. Tal afirmação, levada a suas últimas conseqüências por aqueles que entendem inexistir processo quando não há

lide, implicaria concluir que não há *processo* penal, mas procedimento administrativo. No tocante à exposição acima, quem afirmar a existência de lide penal dirá que a ação penal se destina à sua "justa composição" e que aquela ora se caracteriza como lide por pretensão contestada (réu que opõe resistência à pretensão punitiva, defendendo-se) e ora como lide por pretensão meramente insatisfeita (*nulla poena sine judicio*). Diante dessa divergência doutrinária, nesta obra fala-se em *controvérsia penal* e não em *lide penal* (v. *supra*, n. 63).

158. condições da ação

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

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

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

doutrina é o das dívidas de jogo, que o art. 814 do Código Civil exclui da apreciação judiciária. Nesses exemplos, vê-se que o Estado se nega a dar a prestação jurisdicional, considerando-se, por isso, juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza.

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

No processo penal o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade. Esse pensamento associa-se à teoria da apresentação (*prospettazione*, asserção), segundo a qual as condições da ação se aferem em face do pedido do autor, sendo de mérito a sentença que em momento ulterior declara a inexistência de uma delas. Mas, a não se acolher essa teoria, entendendo-se que essas condições devem ser aferidas em si mesmas e não de acordo com o momento em que o juiz depara com a falta de uma delas, a atipicidade da conduta do acusado será sempre matéria preliminar, quer quando aferida logo de início, quer ao longo do *iter* procedimental ou mesmo no momento final do processo. Nessa visão, sempre a falta de tipicidade caracteriza impossibilidade jurídica do pedido.

Interesse de agir – Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária* e *adequada*.

Repousa a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal – *supra*, n. 7).

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do conjuge não poderá pedir a anulação do

casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.

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

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

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

A Constituição Federal, contudo, ampliou sobremaneira os estreitos limites do art. 6º do Código de Processo Civil, que vinha sendo criticado pela doutrina por impedir, com seu individualismo, o acesso ao Poder Judiciário (sobretudo para a defesa de interesses difusos e coletivos). O caminho evolutivo havia se iniciado pela implantação legislativa da denominada *ação civil pública* em defesa do meio ambiente e dos consumidores, à qual a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, legitimou, além do Ministério Público e de outros órgãos do

Poder Público, as associações civis representativas; e foi depois incrementado pela Constituição de 1988, que abriu a legitimação a diversas entidades para a defesa de direitos supra-individuais (art. 5º, incs. XXI e LXX; art. 129, inc. III e § 1º, art. 103 *etc.*). O Código de Defesa do Consumidor seguiu a mesma orientação (art. 82, c/c art. 81, par.).

159. carência de ação

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

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

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

160. identificação da ação

Cada ação proposta em juízo, considerada em particular, apresenta intrinsecamente certos elementos, de que se vale a doutrina em geral para a sua identificação, ou seja, para isolá-la e distingui-la das demais ações já propostas, das que venham a sê-lo ou de qualquer outra

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

Partes – São as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz. É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma sua situação jurídica será objeto de apreciação judiciária. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual (*infra*, nn. 175 e 179). No processo penal, partes são o Ministério Público ou o querelante (no lado ativo) e o acusado, ou querelado (no lado passivo).

O conceito de parte não interfere com o de parte legítima. A parte pode ser legítima ou ilegítima, nem por isso perdendo sua condição de parte (*supra*, n. 158).

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

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

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

Pedido (*petitum*) – Não se justificaria o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou *provimento*. Esse provimento terá natureza cognitiva quando caracterizar o *julgamento* da pretensão deduzida em juízo pelo autor; tratar-se-á, então, de uma *sentença de mérito* (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória). Ou terá natureza *executiva*, quando se tratar de medida através da qual o juiz realiza, na prática, os resultados determinados através da vontade concreta do direito (no processo de execução). Há também o provimento *cautelar* que visa a resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso do tempo (sobre toda essa classificação dos provimentos, v. *infra*, n. 192). Por outro lado, todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado *objeto*, ou bem da vida (o imóvel, na ação de despejo; uma importância em dinheiro, na ação de cobrança; o vínculo conjugal, na ação de divórcio; a pena, na ação penal condenatória). Assim é que, considerando-se uma massa de ações propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do *provimento* que o autor pede, como também pelo *objeto* do seu alegado direito material. Variando um deles, já não se trata da mesma ação.

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

Na ação penal condenatória o pedido é sempre genérico, pois o que se pede é a imposição de uma pena, a ser individualizada pelo juiz.

Por isso é que o pedido não pode ser considerado elemento diferenciador das ações, no processo penal.

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

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, caps. XIV-XVI.

Araújo Cintra, "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro".

Calamandrei, "Relatività del concetto di azione".

Calmon de Passos, *A ação no direito processual civil brasileiro*.

Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, I, pp. 3 ss. ("L'azione nel sistema dei diritti").

De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, pp. 30-34.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 430, 432, 435, 458 e 539-559.

———. *Execução civil*, n. 14.

———. *Fundamentos do direito processual moderno*, nn. 27-42 ("Os institutos fundamentais do direito processual") e nn. 140-153 ("Das ações típicas").

Grinover, *As condições da ação penal*.

———. *As garantias constitucionais do direito de ação*, nn. 21-29.

———. "O direito de ação".

Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 22 ss. ("L'azione nella teoria del processo civile").

Lopes da Costa, *Direito processual*, I, cap. XIX.

Marques, *Instituições*, II, §§ 59 ss.

———. *Manual*, I, cap. VI, § 20.

Mendes de Almeida, *Da ação penal*, 1938.

Mesquita, *Da ação civil*.

Pekelis, "Azione – teoria moderna".

Petrocelli, "O Ministério Público, órgão de Justiça".

Tornaghi, *Compêndio de processo penal*, II, pp. 437-446.

Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 249 ss.

Vidigal, "Existe o direito de ação?".

Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir".

CAPÍTULO 28
CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

161. classificação das ações

A natureza do provimento jurisdicional, da qual se falará mais pormenorizadamente a seu tempo (*infra*, nn. 192 ss.), é também utilizada pela doutrina como ponto de referência para classificar as ações (*infra*, nn. 174 ss.).

Parte-se da idéia de que, se toda ação implica pedido de provimento de dada ordem e se as ações se diferenciam entre si também na medida em que os provimentos pedidos sejam diferentes, será lícito classificá-las com base nesse seu elemento.

> É verdade que uma classificação das ações, mesmo por esse critério estritamente processual, não se compadeceria com a teoria abstrata da ação, considerada em sua pureza (pois, segundo tal posição, esta não se caracteriza em sua essência pelos elementos identificadores, sendo inadequado falarem "ações", no plural).
>
> Já para a teoria de Liebman, a classificação não apresenta esse inconveniente.

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

A primeira visa ao provimento de mérito (julgamento da causa), a segunda ao provimento satisfativo (*supra*, n. 160). A primeira dá causa a um processo de conhecimento, a segunda ao de execução ou à fase executiva do processo (*infra*, nn. 192 ss.).

Por sua vez, subdividem-se as ações de conhecimento da mesma forma como se subdividem os provimentos cognitivos (sentenças de mérito): *meramente declaratórias*, *constitutivas* e *condenatórias*. Sobre

a classificação quíntupla das ações, dos processos e das sentenças, *infra*, nn. 192 e 196-a. A lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Lei do Cumprimento de Sentença) trouxe significativas dificuldades para a conceituação do processo civil de conhecimento, as quais ainda clamam por maiores reflexões da doutrina (*supra*, n. 54).

> Levando em conta tal classificação e ampliando mais especificamente o art. 128, o Código de Processo Civil proíbe o juiz de conceder ao autor sentença de natureza diversa da pedida (art. 460). Está dito também, expressamente (art. 584, inc. I), que apenas a sentença condenatória (e não a meramente declaratória ou a constitutiva) é que servirá de título para a execução forçada. As sentenças penais que infligem pena ao agente criminoso são de natureza condenatória, partilhando dessa natureza, conseqüentemente, as ações penais que deduzem pretensão punitiva.

Os provimentos cautelares (*infra*, n. 203) podem ser conseguidos através da *ação cautelar*.

162. classificações tradicionais

A par dessa, consideram-se outras classificações das ações, tradicionalmente implantadas no uso forense e na doutrina (mormente civilística) e que na verdade são classificações das *pretensões*, com base em dados de direito substancial.

É o caso das ações *patrimoniais* (*pessoais* ou *reais*), em contraposição às *prejudiciais*; das ações *imobiliárias*, contrapostas às *mobiliárias*; das ações *reipersecutórias*, *penais* e *mistas*; das ações *petitórias* e *possessórias* etc. – todas elas integradas na terminologia muito usada pelos processualistas pátrios das primeiras décadas desse século.

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

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

163. classificação da ação penal: critério subjetivo

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

Desse ponto-de-vista, classifica-se a ação penal em: a) pública; b) de iniciativa privada (CP, art. 100, § 2º, e CPP, arts. 24 e 30). A ação penal diz-se *pública* quando movida pelo Ministério Público; e diz-se *de iniciativa privada* quando movida pelo ofendido. Claro, porém, que a terminologia não modifica o caráter da ação, que é sempre pública porque toda ação tem como sujeito passivo o Estado e em um de seus pólos existe atividade de direito público.

Por isso andou bem a Parte Geral do Código Penal de 1984, ao substituir a expressão tradicional "ação privada" por "de iniciativa privada".

Por sua vez, a ação penal pública subdivide-se em *incondicionada* e *condicionada*.

Diz-se *incondicionada* quando, para promovê-la, o Ministério Público independe da manifestação da vontade de quem quer que seja.

Condicionada, nos casos em que, embora a titularidade da ação seja sempre do Ministério Público, dispositivos legais específicos condicionam o exercício desta à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, § 1º). A regra geral é ser incondicionada a ação pública. A condicionada representa exceção.

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

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

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

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

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

Uma vez intentada a ação penal *subsidiária da pública*, o Ministério Público, além de intervir obrigatoriamente em todos os atos do processo, poderá retomar a ação como parte principal em caso de negligência do querelante.

Também poderá aditar à queixa ou oferecer denúncia substitutiva, enquanto não ocorrer qualquer das causas que extinguem a punibilidade.

Apesar de iniciada a ação por queixa do ofendido ou de seu representante legal, não poderá ser concedido o *perdão*, pois a hipótese não se enquadra no art. 105 do Código Penal, que só o admite nos crimes em que se procede exclusivamente mediante queixa.

Se concedido será irrelevante, pois o órgão do Ministério Público retomará a ação como parte principal (CPP, art. 29, *fine*). Pela mesma razão, não poderá ocorrer *perempção* (CPP, art. 60) e nenhuma conseqüência advirá da *renúncia* ao direito de queixa, porquanto, se é certo que esta não poderá mais ser apresentada, é igualmente certo que o Ministério Público poderá ainda, a qualquer tempo antes de eventual prescrição, dar início ao processo mediante denúncia.

164. classificação das ações trabalhistas – os dissídios coletivos

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

A ação trabalhista denominada individual enquadra-se no conceito de ação que já foi dado. A diferença de terminologia empregada pela Consolidação das Leis do Trabalho (*reclamação* por ação; *reclamante* e *reclamado* por autor e réu) não altera a substância da ação trabalhista, como direito público subjetivo ao provimento jurisdicional, sobre conflitos oriundos de relações de trabalho.

Trata-se portanto de pretensões não-penais, englobadas pelo denominado *processo civil em sentido amplo*, podendo o sujeito da pretensão ser tanto o empregado como o empregador (CLT, arts. 839, *a*, e 853).

As ações coletivas têm conceituação própria e singular: visam a direitos de classe, grupos ou categorias.

As Constituições brasileiras anteriores afirmavam a existência de uma *eficácia normativa* das sentenças proferidas nos dissídios coletivos (Const-69, art. 142, *caput* e § 1º) e, por isso, grande parte da doutrina trabalhista as conceituava como atos formalmente jurisdicionais mas materialmente legislativos. Não era essa porém a melhor interpretação, porque já àquele tempo a sentença dita *normativa* apresentava, características exclusivamente jurisdicionais, sendo classificada como sentença *determinativa*, contendo regras para o futuro.

Agora a Constituição reforça esse entendimento, ao referir-se apenas a dissídios e sentenças coletivas, sem alusão à sua "normatividade" (art. 114).

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

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

Assim sendo, a eficácia *erga omnes* das sentenças coletivas encontra fácil explicação nas categorias processuais, sem necessidade de

recurso à figura legislativa: de um lado, é da índole das ações coletivas a extensão *ultra partes* das sentenças nelas proferidas, por se destinarem ao tratamento coletivo da questão levada a juízo; por outro, em todos os casos de substituição processual a sentença abrange o substituto (sindicato) e o substituído (a categoria profissional). Daí por que a sentença atua também para os futuros contratos, individuais ou coletivos.

Também se explica, a partir dessa colocação a *ação de cumprimento* do art. 872 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com relação aos dissídios coletivos, que configuram o conflito de interesses a ser solucionado pelas ações coletivas, é preciso ainda observar que existem *dissídios coletivos primários* e *dissídios coletivos secundários*.

Os primeiros são objeto de ações que tendem a sentenças destinadas a regular, em caráter obrigatório, as atividades profissionais e econômicas, de acordo com o sistema legal de correspondência de grupos e categorias.

> Após a sentença coletiva primária, há necessidade de novo processo de conhecimento para reclamar o seu cumprimento (CLT, art. 872), porque no dissídio primário a sentença não é condenatória mas constitutiva, não comportando execução.

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

> Nas sentenças dadas em ações de revisão, que processualmente se denominam *dispositivas*, a lei autoriza o juiz a agir por eqüidade, operando a modificação objetiva da sentença anterior em virtude da mutação das circunstâncias fáticas, uma vez que a própria sentença contém, implícita, a cláusula *rebus sic stantibus* e com essa característica passa em julgado.

Outro processo coletivo de competência da Justiça do Trabalho é a ação civil pública trabalhista em defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados às relações de trabalho. Esse instrumento tem sido utilizado pelo Ministério Público do Trabalho e pelos sindicatos, mas não se pode descartar a legitimidade mais ampla outorgada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A competência para essa ação é das varas do trabalho, diversamente do que ocorre com os dissídios coletivos, de competência originária dos tribunais.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XII.
Carnelutti, *Principii di processo penale*, pp. 42, 61 e 160.
Cesarino Júnior, *Direito social brasileiro*, I, pp. 164 e 251.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 430, 432, 435 e 458.
Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, nn. 10-15.
Marques, *Manual*, I, cap. VI, § 20.
Pará Filho, *A sentença constitutiva*, pp. 130-135.
Pires Chaves, *Da ação trabalhista*, § 15.
Raselli, "Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze".
Tornaghi, *Compêndio*, II, pp. 448-449.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 291 ss.
Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, pp. 347-356.

CAPÍTULO 29
EXCEÇÃO: A DEFESA DO RÉU

165. bilateralidade da ação e do processo

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

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

Dá-se a esse fenômeno o nome de *bilateralidade da ação*, que tem por conseqüência a *bilateralidade do processo*.

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

166. exceção

Diante da ação do autor, fala-se da *exceção* do réu, no sentido de direito de contradizer. *Exceção*, em sentido amplo, é o poder jurídico

que possibilita ao réu opor-se à ação movida pelo autor. Por isso, partindo-se de uma concepção dialética do processo, o tema da exceção é rigorosamente paralelo ao da ação.

A ação, como direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material, tem, assim, uma espécie de réplica na exceção, como direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo.

O autor, através do exercício da ação, pede justiça, reclamando algo contra o réu; este, através da exceção, pede justiça, solicitando a rejeição do pedido. Tanto como o direito de ação, a *defesa é um direito público subjetivo* (ou poder), constitucionalmente garantido como corolário do *devido processo legal* e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo. Tanto o autor, mediante a ação, como o réu, mediante a exceção, têm um direito ao processo.

Entre a liberdade de ir ao juiz, por parte do autor, e a liberdade de defender-se, do réu, existe um paralelo tão íntimo, que o binômio ação-exceção constitui a própria estrutura do processo. O autor aciona. Ao fazê-lo exerce um direito que independe da existência do direito material alegado, já que só a sentença dirá se seu pedido é fundado ou não.

O réu defende-se: só a sentença dirá se sua defesa é fundada ou não. Pela mesma razão pela qual não se pode repelir de plano o pedido do autor, não se pode repelir de plano a defesa. Pela mesma razão pela qual se devem assegurar ao autor os meios de reclamar aos juízos e tribunais, também se devem assegurar ao réu os meios de desembaraçar-se da ação.

É importante assinalar, porém, que o que se atribui ao réu é a *eventualidade da defesa*. Isso se nota sobretudo no processo civil, pois no processo penal ao réu revel é necessariamente dado um defensor.

167. natureza jurídica da exceção

O modo de entender a ação influi, sem dúvida, sobre o modo de conceituar a exceção. Quem define a ação como direito à sentença favorável logicamente concebe a exceção como poder jurídico de anular a ação, ou seja, como direito de obter a rejeição da ação; quem entende a ação como direito à sentença de mérito naturalmente define a exceção como direito à sentença sobre o fato extintivo ou impediti-

vo a que se refere a exceção; quem distingue entre o poder genérico de agir (constitucional) e ação (processual) concebe analogamente a exceção, em face do direito genérico de defesa. Na concepção da ação como *direito ao provimento jurisdicional* – de larga preferência na doutrina contemporânea – a exceção não pode ser o direito ao provimento de rejeição do pedido do autor, mas apenas o *direito a que no julgamento também se levem em conta as razões do réu.*

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

Alguns processualistas vislumbram na exceção uma verdadeira ação *autônoma*, tendente a uma sentença declaratória negativa, que declare a inexistência da relação jurídica afirmada pelo autor: o juiz se encontraria não apenas diante do pedido do autor, mas ao mesmo tempo diante do contraposto pedido do réu. Argumentam com o fato de que o autor não pode desistir do pedido, após a contestação, salvo anuência do réu. Mas a circunstância pode ser explicada facilmente, porque as partes sujeitam-se ao princípio da igualdade no processo e uma delas, só, não pode ditar a extinção deste – que é bilateral por natureza – nem anular o impulso oficial.

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

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

No processo de execução civil inexiste oportunidade para a defesa quanto à própria pretensão do exeqüente. Essa defesa será feita nos embargos do executado (CPC, arts. 736 ss., esp. 741, inc. VI), que constituem processo à parte e caracterizam a resistência do demandado. Muitas outras defesas, todavia, podem ter lugar no próprio processo executivo.

168. classificação das exceções

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

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

Em outra classificação, que se baseia nos efeitos das exceções, denominam-se elas *dilatórias* (quando buscam distender, procrastinar o curso do processo: exceção de suspeição, de incompetência) ou *peremptórias* (visando a extinguir a relação processual: exceção de coisa julgada, de litispendência).

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

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

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, II, cap. LI.
Calamandrei, *Istituzioni*, II, § 33.
Carnelutti, *Sistema*, I, n. 872.

Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, nn. 54 ss.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 539 e 556-559.
Liebman, *Manual*, I, nn. 19 ss.
Marques, *Instituições*, II, n. 310, e III, §§ 113-114.
———. *Manual*, VI, § 21.
Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, I, pp. 303 ss.

QUARTA PARTE

PROCESSO

CAPÍTULO 30

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

169. processo e procedimento

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

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

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

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

Terminologicamente é muito comum a confusão entre *processo, procedimento* e *autos*. Mas, como se disse, procedimento é o mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; em um só processo pode haver mais de um procedimento (p.ex., procedimentos em primeiro e segundo graus). *Autos*, por sua vez, são a materialidade dos documentos nos quais se corporificam os atos do procedimento; não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em *consultar o processo* mas os *autos*. O Código de Processo Civil é o único diploma processual brasileiro que se esmerou na precisão de linguagem, mas a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, trouxe dificuldades conceituais e terminológicas que ainda carecem de maior conscientização pela doutrina e tribunais; temos agora, em um só processo civil, a *fase* cognitiva e a *fase* executiva, o que constitui necessária decorrência do banimento do processo autônomo de execução tendo por título a sentença civil condenatória (*supra*, n. 54).

170. teorias sobre a natureza jurídica do processo

Tão variadas são as teorias acerca da natureza jurídica do processo e tantas divergências surgiram a respeito, que alguns autores chegam a manifestar ceticismo quanto à possibilidade de uma conceituação científica, falando do *processo como jogo*, do *mistério do processo*, afirmando que ele é como *a miséria das folhas secas de uma árvore*, ou vendo nele uma *busca proustiana do tempo perdido*. Esse pessimismo, contudo, não significa que não se possa chegar validamente a encontrar a natureza jurídica do processo, sendo que a doutrina, de modo geral, já se pacificou a respeito (*infra*, n. 175).

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

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

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

Existem outras teorias, que aqui não serão apreciadas, como: a) a do processo como instituição (Jaime Guasp); b) a do processo como entidade jurídica complexa (Foschini); c) a doutrina ontológica do processo (João Mendes Júnior).

171. o processo como contrato

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

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

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

172. o processo como quase-contrato

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

173. o processo como relação jurídica

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

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

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

Essa doutrina foi também alvo de acirradas críticas, especialmente da parte de Goldschmidt, que lançou contra ela a teoria do processo

como situação jurídica (v. a seguir). As críticas, todavia, não destruíram o que havia de verdade na doutrina da relação jurídica processual, a qual ainda hoje é a que maior número de adeptos conta. No Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome. Mais recentemente, Elio Fazzalari combate também a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo, propondo sua substituição pelo *contraditório* (o *módulo processual* seria composto pelo procedimento em associação a este – *infra*, n. 176).

> Entre as críticas dirigidas à doutrina da relação processual, além do que está dito na exposição da doutrina do processo como situação jurídica (a seguir), figuram as seguintes: a) baseia-se na divisão do processo em duas fases (*in jure* e *apud judicem*), com a crença de que na primeira delas apenas se comprovam os pressupostos processuais e na segunda apenas se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais ao seu descumprimento; c) as partes não têm obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional.

174. o processo como situação jurídica

Criticando a teoria da relação jurídica processual, construiu Goldschmidt essa teoria que, embora rejeitada pela maioria dos processualistas, é rica de conceitos e observações que vieram contribuir valiosissimamente para o desenvolvimento da ciência processual.

Observa, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. E diz que, quando o direito assume uma condição dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se nele uma mutação estrutural: aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras *possibilidades* (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), *expectativas* (de obter esse reconhecimento), *perspectivas* (de uma sentença desfavorável) e *ônus* (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável).

Em resumo, onde havia o direito há agora meras *chances* (expressão utilizada por Goldschmidt para englobar todas as possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus).

Das muitas críticas endereçadas a essa teoria destacam-se as seguintes: a) ela argumenta pela exceção, tomando como regras as deformações do processo; b) não se pode falar de *uma* situação, mas de um complexo de situações, no processo; c) é exatamente o conjunto de situações jurídicas que recebe o nome de relação jurídica. Mas a crítica mais envolvente foi a que observou que toda aquela situação de incerteza, expressa nos ônus, perspectivas, expectativas, possibilidades, refere-se à *res in judicium deducta*, não ao *judicium* em si mesmo: o que está posto em dúvida, e talvez exista ou talvez não, é o direito subjetivo material, não o processo.

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

175. natureza jurídica do processo

De todas as teorias acima expostas acerca da natureza jurídica do processo, é a da relação processual que nitidamente desfruta dos favores da doutrina. Inicialmente, é inegável o acerto de Bülow ao dizer que o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e ordem dos atos do juiz e partes, ou mera sucessão de atos (*supra*, n. 173). Por outro lado, todas as teorias que após essa descoberta passaram a disputar a primazia de melhor explicar o processo acabaram por evidenciar a sua própria fraqueza, como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores.

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.

São relações jurídicas, por exemplo, o nexo existente entre credor e devedor e também o que interliga os membros de uma sociedade anônima. O processo também, como complexa ligação jurídica entre

os sujeitos que nele desenvolvem atividades, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se composta de inúmeras *posições jurídicas ativas e passivas* de cada um dos seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus.

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

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

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

A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo *seja* a própria relação, processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (proce-

dimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno *processo* mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual.

Essa observação faz notar que ele vai caminhando do ponto inicial (petição inicial) ao ponto de chegada (sentença de mérito, no processo de conhecimento; provimento de satisfação do credor, na execução), através de uma sucessão de posições jurídicas que se substituem gradativamente, graças à ocorrência de fatos e atos processuais praticados com obediência aos requisitos formais estabelecidos em lei e guardando entre si determinada ordem de sucessão.

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

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

As idéias liberais e humanitárias que inspiraram a obra de Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1554) estão presentes em todas as Constituições e declarações de direitos do mundo moderno, a) conferindo ao acusado o direito à defesa ampla e ao julgamento pelo seu juiz natural e mediante processo contraditório (isto é, no qual ambas as partes tenham ciência dos atos praticados e possibilidade de contrariá-los, estabelecendo verdadeiro diálogo com o juiz), b) vedando a prisão que não seja em flagrante delito ou realizada por ordem escrita da autoridade competente, c) estabelecendo a prescrição de inocência do acusado, e d) garantindo tudo isso através do instituto do *habeas corpus* (v. Const., art. 5º, incs. XXXVII, LV, LXI e LXVIII). No estabelecimento desses direitos e garantias por via constitucional está a exigência de que o processo-crime configure efetivamente uma relação jurídica processual entre o juiz, o órgão do Ministério Público e o acusado.

176. o processo como procedimento em contraditório

Em tempos mais recentes, na Itália surgiu o novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do "módulo processual" representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida.

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade; o que ficou dito no fim do tópico precedente (direitos e garantias constitucionais como sinal da exigência de que o processo contenha uma relação jurídica entre seus sujeitos) é a confirmação de que os preceitos político-liberais ditados a nível constitucional necessitam de instrumentação jurídica na técnica do processo.

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os "litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral", está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.

177. legitimação pelo procedimento e pelo contraditório

Investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento consti-

tui fator de legitimação do ato imperativo proferido a final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de auto-regulação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal (*supra*, n. 36).

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

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

178. relação jurídica processual e relação material

Como já foi dito, a doutrina da relação jurídica processual afirmou que por três aspectos esta se distingue da relação de direito substancial: (a) por seus *sujeitos*; (b) por seu *objeto*; (c) por seus *pressupostos*. Depois a doutrina haveria de desenvolver essa idéia, o que não foi feito sem vacilações e polêmicas, mas são esses seguramente os pontos que demonstram a autonomia da relação jurídica processual.

179. sujeitos da relação jurídica processual

São três os sujeitos principais da relação jurídico-processual, a saber: Estado, demandante e demandado. É de tempos remotos a assertiva de que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, entrevendo-se aí a idéia da relação jurídica processual. O que concorre para dar a esta uma identidade própria e distingui-la da relação material não é só a mera presença do Estado-juiz mas sobretudo sua presença na condição de sujeito exercente do *poder* (jurisdição). Correlativamente, as partes figuram na relação processual em situação

de *sujeição* ao juiz. Reside no binômio poder-sujeição é que reside a principal característica da relação jurídica processual, do ponto-de-vista subjetivo.

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

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

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

No próximo capítulo será estudada com maior aproximação a posição de cada um dos sujeitos processuais mais importantes. Aqui, cumpre frisar dois pontos muito importantes, como corolários do que

acaba de ser dito: a) o juiz não está no processo em nome próprio, como pessoa física, mas na condição de órgão do Estado, sendo o agente através do qual essa pessoa jurídica realiza atos no processo; b) o próprio Estado, personificado no juiz, não se coloca em pé de igualdade com as partes nem atua na defesa de interesses seus em conflito com quem quer que seja: ele exerce o poder, em benefício geral e no cumprimento da sua função de pacificar pessoas em conflito e fazer justiça (tal é a jurisdição).

180. objeto da relação processual

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

Por isso mesmo é que se trata de uma relação secundária, pois tem como objeto um bem que guarda relação de instrumentalidade para com aquilo que, afinal de contas, é o que deseja o autor demandar, e que é o objeto da relação de direito material. Os provimentos jurisdicionais *finais*, mediante os quais o Estado-juiz consuma os resultados do processo são (a) a *sentença de mérito*, portadora do julgamento da pretensão trazida pelo demandante e (b) a ordem de entrega do produto da execução forçada. Além desses, têm especial relevância os atos com os quais o juiz pressiona o obrigado a cumprir o preceito contido na sentença (atos de coerção – CPC, art. 461, § 5º). Na realidade, a sentença de mérito só *consuma* os resultados do processo quando a efetivação do preceito nela contido não depender de uma prestação do réu – como se dá com as obrigações em geral (quer de pagar dinheiro, de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa); as sentenças constitutivas, ao contrário, produzem desde logo os resultados desejados, sem necessidade de prestação alguma (divórcio, anulação de contrato *etc.*).

Não se cuidou, neste parágrafo, do *Streitgegenstand*, que é o *objeto do processo* da doutrina alemã (ou "objeto litigioso", segundo alguns). O objeto do processo, nesse sentido, é o mérito da causa, que coincide com a *pretensão* trazida pelo demandante para ser apreciada pelo juiz – ou seja, a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

181. pressupostos da relação processual (pressupostos processuais)

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

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

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

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

Os pressupostos processuais inserem-se entre os *requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional*. Uma sentença de mérito

só poderá ser proferida (não importando ainda se favorável ou desfavorável) se estiverem presentes esses requisitos gerais.

Diferentemente da alemã, a doutrina brasileira distingue com nitidez as condições da ação e os pressupostos processuais (*supra*, n. 158), incluindo essas duas ordens de exigências na categoria mais ampla dos *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito*.

182. características da relação processual

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

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

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

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

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

Estrutura tríplice – Trata-se daquela característica, já explicada, consistente na existência de três sujeitos (Estado, autor, réu – v. *supra*, n. 179).

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

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

183. autonomia da relação processual

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

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

184. início e fim do processo

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

> No regime do Código de Processo Civil anterior teve-se a impressão, em virtude da dicção dos arts. 196 e 292, de que o processo teria início com a citação válida; no entanto, a doutrina logo repudiou

tal entendimento, criticando a má redação da lei. O Código vigente diz expressamente que "considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara" (art. 263).

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

Anormalmente, termina o processo civil também, muitas vezes sem percorrer todo o arco do procedimento, quando ocorrem certos fatos excepcionais, previstos no art. 267 do Código de Processo Civil (extinção sem julgamento do mérito). Também a sentença de mérito pode ser antecipada (arts. 269 e 330) mas nem sempre sua prolação determinará a extinção do processo (*supra*, n. 54).

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

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

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, caps. XXV, XXVIII, XXIX, XXXI e XXXIII.
Bülow, *Die Lehre* (trad.), cap. I.
Calmon de Passos, *A ação*, n. 19.
Carnelutti, *Sistema*, I, nn. 20-22.
Couture, *Fundamentos del derecho procesal*, nn. 80-89.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 386-392 e 397 ss.
———. *A instrumentalidade do processo*, n. 16.
———. *Execução civil*, n. 10.
———. *Litisconsórcio*, nn. 2-5, pp. 4 ss.
———. *Fundamentos do processo civil moderno*, nn. 27-42 ("Os institutos fundamentais do direito processual").
Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, pp. 8 e 22.

———. "Processo – teoria generale".
Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, I, caps. I, IV, V e VI.
Guasp, *Derecho procesal civil*, I, § 1ª.
Marques, *Instituições*, II, §§ 65-66.
———. *Manual*, I, cap. VI, §§ 16-17.
Tornaghi, *A relação processual penal*, cap. I.
———. *Instituições*, I, pp. 307-364.
Vidigal, "Pressupostos processuais".

CAPÍTULO 31
SUJEITOS DO PROCESSO

185. generalidades

Sendo um instrumento para a resolução imparcial dos conflitos que se verificam na vida social, o processo apresenta, necessariamente, pelo menos três sujeitos: o autor e o réu, nos pólos contrastantes da relação processual, como sujeitos parciais; e, como sujeito imparcial, o juiz, representando o interesse coletivo orientado para a justa resolução do litígio. Daí a conhecida definição do processo, já referida, como *actus trium personarum: judicis, actoris et rei.*

Essa clássica definição, contudo, contém um quadro extremamente simplificado, que não esgota a realidade atinente aos sujeitos que atuam no processo, merecendo ser realçados os seguintes pontos: a) além do juiz, do autor e do réu, são também indispensáveis os órgãos auxiliares da Justiça, como sujeitos atuantes no processo; b) os juízes podem suceder-se funcionalmente no processo, ou integrar órgãos jurisdicionais colegiados que praticam atos processuais subjetivamente complexos – o que confirma que ele próprio não é sujeito processual, nem o é sempre em caráter singular; c) pode haver pluralidade de autores (litisconsórcio ativo), de réus (litisconsórcio passivo), ou de autores e réus simultaneamente (litisconsórcio misto ou recíproco), além da intervenção de terceiros em processo pendente, com a conseqüente maior complexidade do processo; d) é indispensável também a participação do advogado, uma vez que as partes, não o sendo, são legalmente proibidas de postular judicialmente por seus direitos.

Em resumo: aquela configuração subjetiva tríplice representa somente um esquema mínimo e simplificado, que clama por esclarecimentos e complementações.

186. o juiz

Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz se coloca *super et inter partes*. Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais destinados a resguardá-la, é a imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é essencial à condição de juiz.

Como a jurisdição é função estatal e o seu exercício dever do Estado, não pode o juiz eximir-se de atuar no processo, desde que tenha sido adequadamente provocado: no direito moderno não se admite que o juiz lave as mãos e pronuncie o *non liquet* diante de uma causa incômoda ou complexa, porque tal conduta importaria evidente denegação de justiça e violação da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV, e CPC, art. 126).

Com o objetivo de dar ao juiz as necessárias condições para o desempenho de suas funções, o direito lhe atribui determinados *poderes* a serem exercidos no processo, ou por ocasião dele. Tais poderes agrupam-se em duas categorias principais: a) *poderes administrativos* ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devem envolvê-lo (CPC, arts. 445 e 446: o juiz tem o poder de expulsar o inconveniente da sala, empregar a força policial etc.); e b) *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em *poderes meios* (abrangendo os *ordinatórios*, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os *instrutórios*, que se referem à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fins* (que compreendem os decisórios e os de execução).

O juiz tem também *deveres* no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem (v. logo acima), mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas mediante despachos e decisões tão prontas quanto possível e motivação das decisões em geral (garantia constitucional do contraditório).

187. autor e réu

Autor e réu são os principais sujeitos parciais do processo, sem os quais não se completa a relação jurídica processual. Se todo pro-

cesso se destina a produzir um resultado (provimento jurisdicional) influente na esfera jurídica de pelo menos duas pessoas (partes), é indispensável que a preparação desse resultado seja feita na presença e mediante a possível participação desses sujeitos interessados.

Autor é aquele que deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*); e réu, aquele em face de quem aquela pretensão é deduzida (*is contra quem res in iudicium deducitur*).

Fala-se aqui em *autor* e *réu*, como de resto é usual na doutrina, embora tais vocábulos só sejam adequados para designar os sujeitos parciais principais para designar os sujeitos parciais principais nas atividades destinadas ao conhecimento e no processo cautelar. Na execução têm-se *exeqüente* e *executado* – ou, como prefere o Código de Processo Civil, *credor* e *devedor*. Os nomes genéricos, capazes de designar todas essas situações (partes do processo de conhecimento, executivo ou cautelar), são *demandante* e *demandado* (aquele que apresenta uma demanda em juízo e aquele em relação ao qual a demanda foi apresentada).

As posições do demandante e do demandado no processo são disciplinadas de acordo com *três princípios básicos*: a) o princípio da *dualidade das partes*, segundo o qual é inadmissível um processo sem que haja pelo menos dois sujeitos em posições processuais contrárias, pois ninguém pode litigar consigo mesmo; b) o princípio da *igualdade das partes*, que lhes assegura paridade de tratamento processual, sem prejuízo de certas vantagens atribuídas especialmente a cada uma delas, em vista exatamente de sua posição no processo; e c) o princípio do *contraditório*, que garante às partes a ciência dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugná-los e com isso estabelecer autêntico diálogo com o juiz.

No processo penal a figura do autor cabe ordinariamente ao Ministério Público, figurando na posição de réu o acusado da prática da ofensa criminal (modernamente prefere-se dizer *acusado*, em vez de *réu*). Nos casos de ação penal de iniciativa privada é autor o ofendido.

188. litisconsórcio

O litisconsórcio é um fenômeno de pluralidade de pessoas, em um só ou em ambos os pólos conflitantes da relação jurídica processual (isto é, ele constitui fenômeno de pluralidade de sujeitos parciais principais do processo).

A disciplina legal do litisconsórcio apresenta dois aspectos principais: o primeiro diz respeito à sua constituição, à sua admissibilidade e até à sua eventual necessidade (CPP, art. 48; CPC, arts. 46 e 47); o segundo é atinente às relações entre os litisconsortes, uma vez constituído o litisconsórcio (CPP, art. 580; CPC, arts. 48 e 49). Há casos de litisconsórcio *necessário*, ou seja, indispensável sob pena de nulidade do processo e da sentença, ou mesmo de total ineficácia desta; e casos de litisconsórcio *unitário*, em que os litisconsortes devem receber tratamentos homogêneos. O litisconsórcio necessário pode ser também unitário e o unitário pode ser também necessário, mas essa relação não é constante e pode ocorrer (a) litisconsórcio necessário não-unitário (comum), ou (b) litisconsórcio unitário não-necessário (facultativo).

189. intervenção de terceiro

Há situações em que, embora já integrada a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em substituição a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação. As modalidades de intervenção de terceiro reconhecidas no direito positivo são heterogêneas e díspares, pouco tendo em comum além da entrada de terceiro no processo pendente entre outras pessoas. No processo civil a intervenção se dá: a) pela *assistência*, que é o ingresso voluntário do terceiro com o objetivo de ajudar uma das partes; b) pela *oposição*, caracterizada como ingresso voluntário visando a obter o bem que está sendo controvertido entre as partes originárias; c) pela *denunciação da lide* ou pelo *chamamento ao processo*, que são meios pelos quais uma das partes traz o terceiro ao processo com vista a obter uma sentença que o responsabilize; ou d) pela *nomeação à autoria* – ato com o qual o réu, dizendo-se parte ilegítima *ad causam*, indica ao autor a parte legítima (sobre cada uma dessas modalidades interventivas, v. CPC, arts. 50 ss.).

190. o advogado

A noção de processo (*supra*, n. 177) conduz à idéia do contraditório, como indispensável fator de participação na formação do

material com base em que a causa será definida afinal pelo juiz; e a garantia constitucional do contraditório exige, para atuar na sua plenitude, que seja franqueada às partes a ampla discussão da causa, de modo que haja a maior contribuição dos litigantes para o acerto das decisões. Mas isso somente pode ocorrer quando os litigantes estiverem representados em juízo por advogados, isto é, por pessoas que, em virtude de sua condição de estranhos ao conflito e do seu conhecimento do direito, estejam em *condições psicológicas e intelectuais* de colaborar para que o processo atinja sua finalidade de eliminar conflitos e controvérsias com realização da justiça. A serenidade e os conhecimentos técnicos são as razões que legitimam a participação do advogado na defesa das partes.

Eis por que a Constituição declara que "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133 – v. tb. Est. Advoc., art. 2º, e *supra*, n. 129). É por isso também que, como está na lei, apesar de ser privada a sua atividade profissional, é *serviço público o que ele presta* (art. 2º, § 1º cit.) – como função essencial à justiça e ao lado do Ministério Público e dos membros das defensorias e representações judiciais dos órgãos públicos (Const., arts. 127 ss.).

Em princípio, pois, dada a regra constitucional da indispensabilidade do advogado, os litigantes somente podem estar em juízo através da representação de seus advogados.

Em processo civil admite-se que a parte postule em causa própria apenas e tão-somente quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver (CPC, art. 36).

No processo penal a exigência de advogado se reforça, tendo lugar mesmo na hipótese de revelia do réu e não se admitindo sequer a renúncia à defesa, pois esta é de interesse público, como garantia da boa administração da justiça. Assim, "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor" (CPP, art. 261). Não se considera observada a garantia constitucional de "ampla defesa" (Const., art. 5º, inc. LV) quando o acusado não tiver sido defendido por advogado, sendo ainda indefeso quando a defesa técnica não for satisfatória (CPP, art. 497, inc. V, aplicável a todos os procedimentos).

Tal é a importância da função do advogado no processo, que a concessão de assistência judiciária aos necessitados foi erigida em garantia constitucional (Const., art. 5º, inc. LXXIV). A assistência judiciária faz parte do conceito mais amplo da assistência jurídica, hoje contemplada no texto constitucional. Para efetividade da garantia, a

Constituição instituiu também a Defensoria Pública como "instituição essencial à função jurisdicional" (art. 134 – *supra*, n. 130). E constitui infração disciplinar do advogado, segundo o Estatuto da Advocacia, "recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência judiciária, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública" (art. 34, inc. XII).

A Lei dos Juizados Especiais não é tão exigente quanto os Códigos de Processo no tocante ao patrocínio por advogado. É indispensável a designação de defensor para funcionar junto ao juizado, como condição para a própria instalação deste (art. 56), e nos recursos o patrocínio é exigido (art. 41, § 2º), sendo que uma das partes pode exigir o patrocínio quando a outra estiver representada por advogado ou for uma empresa (art. 92, § 1º). Em princípio, o patrocínio por advogado é somente permitido e não exigido quando a causa tiver valor até vinte salários mínimos; mas é exigido quando tiver valor mais alto (art. 9º, *caput*).

Questão análoga existe quanto ao processo perante a Justiça do Trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho dispensa o patrocínio (art. 791). Também essa é uma questão ainda aberta, sem solução definitiva na doutrina ou jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do art. 1º, inc. I, do Estatuto da Advocacia, que inclui entre as atividades privativas da advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais".

191. Ministério Público

Ocorrendo as razões de ordem pública já antes referidas (*supra*, n. 122), a lei confere legitimação ao Ministério Público para oficiar no processo, seja criminal ou civil. E, participando do processo como sujeito que postula, requer provas e as produz, arrazoa e até recorre (CPC, arts. 83 e 499, § 2º), o Ministério Público assume invariavelmente a *posição de parte* (seja principal, seja secundária).

A doutrina dominante, impressionada com a heterogeneidade das funções exercidas pelo Ministério Público no processo, nega que ele seja sempre parte. Fala, assim, que ele será, conforme o caso: a) parte; b) substituto processual; c) representante de parte; d) parte adjunta; e) fiscal da lei.

Conforme o caso, o Ministério Público assume no processo a *tutela do direito objetivo* ou a *defesa de uma pessoa*; com base nessa distinção é que se pode fazer uma classificação cientificamente correta das funções dos promotores do processo.

Ele defende alguma pessoa em juízo (ligado, portanto, a um dos interesses substanciais em causa e atuando *parcialmente* em seu favor): a) como parte principal (autor, réu, substituto processual); b) como assistente.

Coma parte principal, atua ordinariamente no processo-crime, ou quando deduz no juízo acidentário a pretensão do empregado, ou nas reclamações trabalhistas etc. Como assistente, nos processos-crimes instaurados mediante queixa privada (CPP, arts. 29 e 564, inc. II), nas ações acidentárias propostas através de advogado, ou quando atua na defesa de incapazes (CPC, art. 82, inc. I).

Também atua como parte principal na ação civil pública, quando age como legitimado ativo em benefício dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos membros da classe, grupo ou categoria; assim também, quando autor da ação coletiva por improbidade administrativa (lei n. 8.429, de 2.6.92), que parte da doutrina considera uma espécie de ação popular à qual a legislação ordinária teria legitimado o Ministério Público. Nas ações civis públicas, o Ministério Público também pode agir como assistente, ao lado de outro legitimado ativo.

O Ministério Público oficia em prol da estrita observância do direito objetivo, como *custos legis* e, portanto, desvinculado de qualquer interesse substancial em causa, quando intervém em processos instaurados.

São casos de *ação civil pública*, em sentido amplo: a) a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em relação à Constituição Federal (Const., art. 102, inc. I, letra *a*, c/c art. 103, inc. VI); b) a ação direta de inconstitucionalidade por conflito com as Constituições estaduais (Const., art. 125, § 2º, c/c Const-SP, arts. 74, inc. VI e 90, inc. III); c) ações civis públicas para a tutela de qualquer interesse difuso, coletivo e, havendo relevância social, individual homogêneo (Const., art. 129, inc. III; lei n. 7.347, de 24.7.85, arts. 1º, 5º e 21; CDC, esp. art. 82, inc. I); d) a ação de improbidade administrativa (lei n. 8.429, de 2.6.92); e) a ação de nulidade de casamento (CC, art. 1.549); f) a ação de dissolução de sociedade civil (dec-lei n. 9.085, de 25.3.46).

Na *intervenção como fiscal da lei* o Ministério Público oficia em casos bem numerosos, como: a) causas em que há interesse de incapazes (CPC. art. 82, I); b) causas de direito de família (CPC, art. 82, inc. II); c) conflitos de competência (CPC, art. 116, par. ún.); d) usucapião (CPC, art. 944); e) falências e concordatas; f) mandados de segurança; g) feitos relativos aos registros públicos; h) em geral, quando a seu critério ocorrer razão de interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela condição das pessoas (CPC, art. 82, inc. III).

Os casos de legitimidade para a ação civil pública são exclusivamente aqueles indicados na Constituição e em lei federal. A própria Constituição exige a previsão legal para cada caso (art. 129, inc. IX) e não se admite a propositura de ação civil pública fora dos casos previstos em lei, que são excepcionais e portanto de direito estrito.

Para que efetivamente haja a participação do Ministério Público ao longo de todo o procedimento, a lei exige que aos seus órgãos as *intimações se façam sempre pessoalmente* (CPC, art. 236, § 2º), sendo maiores os *prazos* de que dispõe no processo civil (CPC, art. 188). Nos casos em que deve intervir obrigatoriamente, sua ausência é motivo de *nulidade* (CPC, arts. 84 e 246), sendo que nem mesmo a coisa julgada sana esse vício (CPC, art. 487, inc. III, *a* – ação rescisória, destinada a infringir sentenças portadoras de certos vícios graves).

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, caps. XXX-XXXIV.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 505-538 e 560-624.
———. *Litisconsórcio*, nn. 3-5, pp. 6 ss.
Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 24-70, pp. 55 ss.
Marques, *Manual*, I, cap. VII, §§ 22, 23 e 27-30.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 364 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 369 ss.

CAPÍTULO 32
PROCESSOS DE CONHECIMENTO, DE EXECUÇÃO E CAUTELAR

192. classificação dos processos

Como já vimos, levando em conta a diversidade dos provimentos jurisdicionais a que o exercício da ação pode conduzir, costuma a doutrina apresentar uma classificação das ações de acordo com o provimento que constitui o pedido (*supra*, n. 161). E, como o instrumento através do qual a jurisdição atua é o processo, também este toma nomes distintos, à vista da natureza do provimento jurisdicional a que tende: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

> Ao processo de conhecimento, ou declaratório em sentido amplo, quis-se contrapor o processo dispositivo (ou determinativo), em que, na ausência de norma material, a função jurisdicional se exerce mediante um juízo de *eqüidade*. É o caso do art. 1.694, § 1º do Código Civil ou do art. 868 da Consolidação das Leis do Trabalho, que permitiriam ao juiz concretizar a norma em branco, criando e não declarando o direito. Mas, mesmo aqui, o juiz limita-se a extrair do sistema jurídico a norma de eqüidade pertinente: a hipótese é semelhante à de lacuna de lei, onde ocorre a integração da norma com base na analogia e nos princípios gerais do direito. Por outro lado, o fenômeno da discricionariedade outorgada ao juiz em casos especiais não incide na classificação dos processos, pois o provimento jurisdicional não deixaria de pertencer a uma das três categorias mencionadas.

Ao lado da tripartição tradicional, um número cada vez maior de autores coloca a *ação mandamental*, tendente a obter uma ordem judicial (mandado) dirigido a outro órgão do Estado ou a particulares (essa última espécie é acolhida pelo art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil e a ela se refere o inc. V de seu art. 14, o qual fala expressamente em *provimentos mandamentais*.

É o caso da sentença que concede mandado de segurança, ou da proferida contra oficial do registro público para retificação de nome, ou para o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer. Para o descumprimento da ordem emanada pela sentença mandamental, o ordenamento prevê sanções de natureza material e processual, chegando até a eventual configuração do crime de desobediência (com a necessidade, para sua caracterização, de processo criminal revestido de todas as garantias do devido processo penal).

Fala-se também na ação executiva *lato sensu*, para designar a ação voltada a uma sentença de mérito, que em substância é uma condenação e vale como título executivo, mas é também provida de uma especial eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo – p.ex., nas ações possessórias, nas de despejo (*infra*, n. 201).

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

Na realidade, a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 parece ter eliminado do processo civil brasileiro regido pelo Código de Processo Civil o conceito e mesmo a categoria das sentenças condenatórias puras. Todas as sentenças que declararem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu comportarão efetivação *sine intervallo*, ou seja, mediante o prosseguimento do mesmo processo no qual houverem sido proferidas, sem a apresentação de uma petição inicial, sem citação do demandado e, portanto, sem um processo executivo distinto e autônomo (*sine intervallo*). E essas sentenças, às quais a lei outorga a eficácia de título executivo (art. 475-N, inc. I) serão (a) *mandamen-*

tais quando afirmarem a existência de uma obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa ou (b) *executivas lato sensu* quando se referirem a uma obrigação em dinheiro. No primeiro caso, elas serão efetivadas mediante as atividades englobadas no *cumprimento de sentença* (arts. 461 e 461-A) e, no segundo, mediante a *execução por quantia certa* que se faz também em prosseguimento ao processo. Não sobra espaço, pois, no âmbito do Código de Processo Civil, para as sentenças condenatórias puras. Mas quanto ao processo penal nada foi alterado e, portanto, essas sentenças perduram.

193. processo de conhecimento

O processo de conhecimento (ou *declaratório em sentido amplo*) provoca o *juízo*, em seu sentido mais restrito e próprio: através de sua instauração, o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão. Objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado *sentença de mérito*.

Essa sentença, coroando o processo de conhecimento ou ao menos definindo o litígio mediante o julgamento da pretensão do autor, formula positiva ou negativamente a regra jurídica especial do caso concreto: concluirá pela procedência, quando acolher a pretensão do autor; pela improcedência, quando a rejeitar.

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

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

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

194. sentença meramente declaratória

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

> No processo civil a regra geral que autoriza o pedido meramente declaratório é o art. 4º do Código de Processo Civil, cujo inc. II indica a única possibilidade de mera declaração de um fato (falsidade documental). São exemplos específicos de sentenças civis meramente declaratórias as proferidas no processo de usucapião (tendente a declarar a aquisição da propriedade) ou de nulidade de ato jurídico. Outro caso: protestada uma duplicata por falta de aceite, dirige-se ao juiz o suposto devedor, dizendo que nada deve e pedindo uma sentença declaratória negativa da existência do débito.
>
> No processo penal são exemplos de sentenças meramente declaratórias a que concede o *habeas-corpus* previsto no art. 648, inc. VII, do Código de Processo Penal (a qual declara a inexistência da relação jurídica consubstanciada no direito de punir) ou o *habeas-corpus* preventivo (que declara o reconhecimento do direito de liberdade), bem como a sentença que declara extinta a punibilidade (CPP, art. 61).

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

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

Na ordem processual civil anterior à lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 o autor deveria, para poder depois exigir a satisfação

do direito que a sentença declaratória tornou certo, propor nova ação, de natureza condenatória; a sentença declaratória positiva valer-lhe-ia apenas como preceito, tendo eficácia imperativa exclusivamente no tocante à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes. Pelo que dispõe aquela lei, no entanto, a própria declaração da existência de um direito a ser satisfeito pelo réu já tem eficácia de título executivo, podendo ser considerada uma sentença condenatória, ou ao menos ser equiparada a esta – e dispensando pois a propositura de nova demanda destinada a obter o título (CPC, art. 475-N, inc. I, red. lei n. 11.232, de 22.12.05).

Como já exposto, com a vigência da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 a tendência será desaparecer no direito processual civil brasileiro o conceito de sentença condenatória pura, em razão (a) da outorga de eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias e (b) da generalização das sentenças dotadas de eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*.

195. sentença condenatória

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

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

196. sentença constitutiva

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

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

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

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

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

196-A. sentença mandamental e sentença executiva lato sensu

Como já dito (*supra*, n. 192), ao lado da sentença meramente declaratória, constitutiva e condenatória, como desdobramento desta últi-

ma, existem sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, que se distinguem da condenatória pura porque a atuação concreta do comando da sentença não depende de um processo executivo *ex intervallo*.

A ordem judicial da sentença mandamental e a eficácia própria da sentença executiva *lato sensu* não dependem, para sua concretização, de processo de execução autônomo, como ocorre para a sentença condenatória pura.

197. início da eficácia da sentença

Outro aspecto importante relativo ao processo de conhecimento é o que consiste em determinar se a sentença produz efeitos jurídicos para o futuro (*ex nunc*), *ou* se, ao contrário, pode reportar-se ao passado (ex *tunc*). O fato de às vezes a sentença atingir situações anteriores a ela própria (CC, art. 158) não significa, todavia, que seja retroativa. Ao contrário, a sentença tem efeitos retardados em relação à possibilidade de autotutela imediata e é para corrigir esse retardamento que pode ter efeitos *ex tunc*.

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

198. coisa julgada

A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a *coisa julgada formal*, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos. A coisa julgada formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do direito ao processo (àquele processo, o qual se extingue). O Estado realizou o serviço jurisdicional que se lhe requereu (julgando o mérito), ou ao menos desenvolveu as atividades necessárias para declarar inadmissível o julgamento do mérito (sentença terminativa – *infra*, n. 214).

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

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

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

constitucional. Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material.

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

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

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

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

Todavia, é realmente idêntica a natureza da coisa julgada, quer no processo civil, quer no penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal condenatória como a civil de mérito podem ser rescindidas, após a coisa julgada, nos casos excepcionais previstos, respectivamente, nos arts. 621 do Código de Processo Penal, 485 do Código de Processo Civil, 836 da Consolidação das Leis do Trabalho. Existem apenas diferenças quanto aos *casos* em que a rescisão se admite, na esfera penal e na não-penal, assim como quanto aos prazos – o que, porém, significa somente uma regulamentação diversa, à vista das diferentes relações jurídicas materiais, mas não uma diversidade ontológica quanto à coisa julgada.

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

199. limites objetivos da coisa julgada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas se a questão prejudicial for decidida como questão principal em outro processo, civil (*prejudicialidade heterogênea*) ou penal (*prejudicialidade homogênea*), naturalmente a sentença que sobre ela verse ficará coberta pela coisa julgada material.

É o caso, p. ex., da questão sobre a validade do primeiro casamento, suscitada no processo penal por bigamia, a ser necessariamente julgada pelo juiz civil, nos termos do art. 92, *caput*, do Código de Processo Civil.

Uma peculiaridade existe, porém, com relação à sentença penal absolutória: o art. 386 do Código de Processo Penal considera incluída na parte dispositiva da sentença absolutória a causa da absolvição, que assim se reveste da autoridade de coisa julgada material.

Diversos serão, por exemplo, os efeitos de uma sentença que absolva por inexistência do fato, da autoria, ou da tipicidade da conduta (incs. I-III do art. 386) em comparação com aquela que absolva por insuficiência de provas (inc. VI) ou por existência de alguma excludente (inc. V).

200. limites subjetivos da coisa julgada

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

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

O dogma da limitação subjetiva da coisa julgada vem sendo repensado, ou redimensionado, no moderno processo civil brasileiro, em relação às ações coletivas ajuizadas em defesa de direitos metaindividuais (ambiente, consumidor *etc.*). Tivemos em primeiro lugar a coisa julgada *erga omnes* da Lei da Ação Popular (lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 18); depois, análoga disposição na Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985) e, por último, no Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 102, aplicável à ação civil pública – LACP, art. 21). Essas disposições, partindo do pressuposto de que os autores legitimados para as ações coletivas são *substitutos processuais* dos reais interessados (titulares dos direitos metaindividuais), vieram explicitar a inclusão destes entre os sujeitos atingidos pela *auctoritas rei judicatæ*. Por outro lado, reestruturam aqueles limites de acordo com o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis* (CDC, art. 102). Assim, conforme o caso, a autoridade da sentença poderá alcançar a todos, para beneficiá-los ou prejudicá-los – salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas – ou ser utilizada apenas em favor dos membros da classe, sem possibilidade de prejudicar suas pretensões individuais.

Entende-se pois que o terceiro, quando prejudicado pela eficácia da sentença, poderá insurgir-se contra esta, inclusive em outro processo, porquanto não é atingido pela coisa julgada material.

Entende-se por *terceiro juridicamente prejudicado* toda pessoa que, sem ter sido parte no processo, for titular de alguma relação jurídica material afetada pela decisão da causa (sentença proferida *inter alios*). É terceiro juridicamente prejudicado, p. ex., o fiador com rela-

ção à sentença que decidiu a relação jurídica entre o credor e o afiançado. Mas é terceiro prejudicado *apenas de fato* (e não *juridicamente*) o credor, com relação ao devedor vencido numa ação reivindicatória: o patrimônio do devedor, assim diminuído, pode não garantir seu crédito, mas a relação jurídica de crédito-débito não é afetada pela decisão na reivindicatória.

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

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

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

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

Diversa é a situação do litisconsorte, co-réu no mesmo processo, a quem se estendem os efeitos benéficos do recurso do litisconsorte que recorreu, salvo quando os motivos forem de caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). Tal regra constitui desdobramento daquela contida no art. 509 do Código de Processo Civil, referente ao recurso em caso de litisconsórcio unitário (ou segundo alguns, também em outras hipóteses – *supra*, n. 188).

É óbvio que o precedente constituído pela sentença favorável passada em julgado terá grande importância para o processo penal que envolva terceiro, em casos de conexão de crimes ou de pessoas. A denúncia ou a queixa poderão ser rejeitadas pelo juiz, por falta dos mínimos fundamentos para seu recebimento. Mas nesse caso o segundo processo será extinto por falta de *justa causa* (entendida como plausibilidade da acusação, ou *fumus boni juris*) e não por força da coisa julgada.

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

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

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

201. cumprimento de sentença e execução forçada (processo civil)

A função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. Além de formular concretamente a regra jurídica válida para a espécie, em grande número de casos é necessário atuá-la mediante providências jurisdicionais ulteriores destinadas a modificar a situação de fato existente, adaptando-a ao preceito concreto emergente da sentença. Isso acontece sempre que a sentença haja reconhecido a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo obrigado, ou (o que na prática é o mesmo) do dever de realizar uma

prestação. Nessas sentenças alia-se à declaração a sanção, formando-se pois o *título executivo* para que esta possa ser concretamente atuada (CPC, art. 475-N, red. lei n. 11.232, de 22.12.05).

Para a efetivação dos efeitos dessas sentenças a ordem processual civil brasileira atual institui duas ordens de atividades, a saber: a) o *cumprimento de sentença*, mediante o qual se promove a realização das obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa, quando declaradas em sentença (CPC, art. 475-I, inc. I, c/c arts. 461 e 461-A); b) a execução por quantia certa contra devedor solvente, pertinente quando a obrigação de fazer tiver objeto pecuniário (arts. 475-I ss.). Essas duas ordens de providências, como já foi exposto (*supra*, n. 54), realizam-se em continuação ao processo no qual houver sido proferida a sentença civil, sem se instaurar um processo executivo autônomo e distinto daquele. *Processo autônomo de execução* só existirá (a) quando o título executivo for extrajudicial e, portanto, não houver uma sentença nem um processo pendente ou (b) quando o título extrajudicial houver sido proferido fora do processo civil estatal (sentença penal condenatória, laudo arbitral, sentença estrangeira homologada).

Não necessitam de providência ulterior alguma, para que possam produzir plenamente os efeitos postulados pelo autor, (a) a sentença constitutiva, que por si só opera a modificação jurídica pretendida e (b) a meramente declaratória de relações jurídicas ou direitos não dependentes de uma prestação a ser realizada pelo obrigado (declaratória de paternidade, sentenças de improcedência *etc.*). Mesmo nessas sentenças, porém, quase sempre haverá um capítulo dependente de efetivação ulterior, que é aquele referente aos honorários da sucumbência e reembolso de despesas.

A propósito da clássica distinção entre processo de conhecimento e processo de execução (distinção, como visto, bastante comprometida, em matéria processual civil, pela lei n. 11.232, de 22.12.05), observou a doutrina que, no primeiro, se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi ius*), enquanto que no segundo se vai do direito (declarado pela sentença) aos fatos (que são modificados pela atividade executiva, para conformar-se ao direito).

A execução em sentido técnico-processual é a *execução forçada*. Não é execução, nesse sentido, a satisfação voluntária extraprocessual, mediante a qual o devedor cumpre por atos próprios a sua obrigação, nem a realização, por órgãos judiciários ou administrativos, ou mesmo por particulares, de atos destinados a registrar a sentença ou a documentar seu conteúdo (*execução imprópria* – p.ex., atos do registro civil ou imobiliário). A sentença constitutiva não necessita de execução diferida, porque provida de executividade própria e imediata (*execução*, em sentido genérico). Mas a execução em sentido técnico e estrito realiza-se mediante atos do Estado-juiz que tornem desnecessária qualquer conduta satisfativa a ser tomada pelo obrigado (*execução por sub-rogação*). Parte da doutrina considera também integrado no conceito de execução o conjunto de atos judiciais de induzimento do obrigado a cumprir (a chamada *execução por coerção*, ou *execução indireta* – multas periódicas, interdição de atividades *etc.*: CPC, art. 461, §§ 4º e 5º).

Das sentenças civis, somente as condenatórias e as declaratórias portadoras da declaração de existência do direito a uma prestação do obrigado são, portanto, capazes de conduzir à execução em sentido técnico ou, conforme o caso, às atividades caracterizadas como *cumprimento de sentença*. Só essas sentenças contêm em si, justamente por serem por lei qualificadas como títulos executivos (CPC, art. 475-N, inc. I), a aplicação de uma sanção ao réu, adequada para legitimar as providências judiciais voltadas à efetivação dos efeitos da sentença.

O processo ou fase de execução visa a uma prestação jurisdicional consistente em tornar efetiva a sanção, mediante a prática dos atos próprios da execução forçada ou do *cumprimento de sentença*. No processo ou fase executiva põe-se fim ao conflito interindividual, nem sempre inteiramente eliminado mediante o de conhecimento (e às vezes sequer sujeito a este: execução por título extrajudicial). Isso porque a jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar efetiva a sanção, mediante a substituição da atividade das partes pela do juiz, é a própria atuação do direito objetivo.

Autores há, contudo, que vislumbram na execução forçada mera *atividade administrativa*. Outros ainda, ligados à idéia de *lide* ao centro do sistema processual, reconhecem no processo de execução o exercício de função jurisdicional, mas não admitem ali a existência de lide. E há quem, limitando a jurisdição ao processo de conhecimento, no qual se diz o direito (*juris-dictio*), sustentam que na execução forçada tem-se uma função que se chama juris-satisfativa e não *jurisdicional*.

No curso normal do *processo* de execução, ou mesmo entre as atividades inerentes à execução fundada em sentença civil ou ao chamado *cumprimento de sentença*, o juiz não aprecia o mérito, reservando-se o conhecimento deste para eventual *impugnação* do executado (CPC, art. 475-L, inc. VI) – ou, no caso de execução movida à Fazenda Pública, para os *embargos* a serem opostos por ela (art. 741, inc. VI). O pressuposto de toda atividade judicial destinada a produzir a

satisfação de um crédito é sempre um *título executivo* – e essa exigência tanto se impõe em relação ao processo executivo por título extrajudicial quanto à execução por quantia certa fundada em título judicial ou ao cumprimento de sentença (CPC, arts. 475-I, 583 e 586). Exigências de lógica e de justiça impediriam a aplicação de sanção sem juízo anterior, ou seja, sem uma prévia *sentença*, mas essa não é uma constante. Assim como em certos casos as atividades cognitivas (culminando em sentença) são suficientes à satisfação da obrigação, sem necessidade de execução forçada; assim também se admite, em determinados casos rigorosamente previstos em lei, que se proceda à execução sem precedente juízo de conhecimento (títulos executivos extrajudiciais).

Assim dispõe a lei porque leva em consideração não só a grande *probabilidade* de existência do direito, configurada na sentença condenatória passada em julgado, mas também a exigência de tornar mais rápida e efetiva a tutela de determinadas categorias de créditos, reconhecidos suficientes para constituir-se em títulos executivos. Em atenção a certas peculiaridades de tais créditos, a lei confere-lhes tutela executiva, como se proviessem de sentença.

O Código de Processo Civil faz a exigência de título executivo judicial ou extrajudicial no art. 583 e apresenta o rol dos judiciais e extrajudiciais nos artigos seguintes.

No processo executivo (sempre por título extrajudicial) é proposta uma ação (*ação executiva*), pela qual o credor pretende o provimento jurisdicional satisfativo (na execução por título judicial, trata-se de *nova ação*, uma vez já exaurida a ação cognitiva, no processo de conhecimento). Por isso é que o ordenamento processual civil exige a citação inicial do devedor, para o processo de execução (art. 214).

202. sobre a execução penal

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

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

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

a) a execução penal é *sempre forçada*, sem possibilidade de sujeição voluntária do réu, salvo no que respeita à pena pecuniária (CPP, arts. 686 e 687; LEC, art. 164). Mas o mesmo fenômeno se observa na ação penal condenatória e até mesmo no processo civil, na ação constitutiva necessária. Em todos esses casos é indispensável a solução jurisdicional dos conflitos e controvérsias, porque o direito não permite a satisfação voluntária (*supra*, nn. 2-7). Embora com características próprias, existe a substitutividade, que é característica da função jurisdicional;

b) a jurisdição não é *inerte* na execução penal, sendo o processo instaurado *ex officio*. Mas outros casos há de jurisdição que se automovimenta, sem que se negue o caráter jurisdicional ao processo instaurado sem iniciativa do autor (execução trabalhista, concordata convolada em falência *etc.* – *supra*, n. 63);

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

c) não se exige *nova citação* no início do processo de execução penal. No entanto, efetua-se a intimação da sentença, expede-se mandado de prisão e, quando se trata de pena pecuniária executada no juízo cível, há citação. De qualquer modo, quando muito se poderia afirmar a inexistência de nova relação jurídica processual, na execução penal, a qual, conquanto vista como prosseguimento da relação processual

instaurada pelo processo de conhecimento, nem por isso perderia suas características jurisdicionais.

> Essa tomada de posição metodológica, pela qual o processo de execução penal tem natureza jurisdicional (apresentando as características inerentes a tal função: a substitutividade e a atuação da vontade concreta da lei), tem conseqüências práticas importantíssimas. Nessa visão, o réu não pode mais ser considerado, como no procedimento administrativo representado pelo inquérito policial, mero objeto da execução: torna-se titular de posições jurídicas de vantagem, como sujeito da relação processual. E as garantias constitucionais do *devido processo legal* e do *contraditório* hão de ser-lhe amplamente asseguradas, mediante observância do direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), do duplo grau de jurisdição, igualdade processual *etc.*
>
> Nesse ponto não foi satisfatória a posição da Lei de Execução Penal, que, nos dispositivos sobre o processo de execução, não confere ao Ministério Público a posição de parte na relação jurídico-processual (arts. 67-68) e nem sempre garante ao sentenciado o direito ao processo (*v.g.*, arts. 143, 162 e 182). No entanto, as garantias do processo, com o direito à ampla defesa e ao contraditório, decorrem diretamente da Constituição, que hoje expressamente as afirma aplicáveis a qualquer processo (mesmo administrativo) em que haja litigantes ou acusados (art. 5º, inc. LV).

A execução da pena pecuniária, estatuída no art. 688 do Código de Processo Penal (v. LEC, art. 182), configurava processo criminal de execução, por poder a multa ser convertida em pena privativa da liberdade, embora sua execução se processasse no juízo cível. Mas a lei n. 9.268, de 19 de abril de 1996, revogando os §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal e o art. 182 da Lei de Execução Criminal, suprimiu a conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, passando a considerar a multa dívida de valor, a ser cobrada como qualquer dívida ativa da Fazenda Pública. Não há mais no ordenamento brasileiro execução criminal da pena de multa, mas permanece a execução criminal da pena restritiva de direitos, que ainda pode ser convertida em pena privativa da liberdade. E a sentença penal condenatória pode, ainda, constituir-se em título para ressarcimento do dano, dando margem à execução civil, como já se viu em outra passagem (CPP, art. 63; CPC, art. 584, inc. II).

203. processo cautelar

Para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tempestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada interviessem instantaneamente, de modo a colher a situação de fato tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Mas a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução reclama tempo: assim, há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento (que pode chegar tarde demais, quando o dano já for irremediável).

Por essa razão, acrescenta-se ao conhecimento e à execução – pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas funções principais – uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar, desenvolvida através do processo que toma o mesmo nome. Seu resultado específico é um provimento acautelatório.

A atividade cautelar destina-se à conservação de certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado correta e eficientemente (bens suscetíveis de constrição judicial, fontes de prova). É o que se vê, p.ex., no *arresto* de bens do devedor, imposto para evitar que no futuro já não se encontre em seu patrimônio o que penhorar (CPC, art. 813); ou na *produção antecipada de provas*, cuja finalidade é evitar que a instrução processual venho depois a ficar privada do depoimento de uma testemunha em risco de vida, ou dos vestígios de um dano (a serem verificados em perícia) *etc.* Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (*fumus boni juris*): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos.

> Assim, a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita.

Dependendo das circunstâncias, o provimento cautelar pode ser requerido de forma autônoma, através do processo cautelar preparatório; como pode também ser obtido por via incidental, no curso do processo principal, quando este já tiver sido iniciado.

Os provimentos cautelares são *em princípio provisórios*; o provimento definitivo que coroa o processo principal ou reconhecerá a exis-

tência do direito (que será satisfeito) ou sua inexistência (revogando a medida cautelar). Outra característica é *sua instrumentalidade* ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

No processo cautelar existe um *único procedimento*, em que o conhecimento e a execução se aglutinam em razão da tutela específica invocada. Não se podem sequer distinguir *uma fase de conhecimento* e *uma de execução*: o procedimento é unitário e indivisível, ficando o conhecimento e a execução unidos, sem solução de continuidade e sem possibilidade de separação.

Apesar disso, a atividade do órgão jurisdicional, quando provê à tutela cautelar, não difere intrinsecamente das demais: há conhecimento, para decidir se se verificaram as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar; e há execução, para atuar a medida nos casos – os mais freqüentes – em que essa atividade ulterior é necessária para atingir o escopo a que o processo tende.

Diante dessas circunstâncias, negou-se em doutrina que o processo cautelar seja *tertium genus* ao lado dos processos de conhecimento e de execução, mas variedade de um e outro: o que existe, foi dito, é um processo de conhecimento ou de execução, cautelar, e um processo de conhecimento ou de execução, definitivo. Boa doutrina disse também que o processo cautelar não é *tertium genus*, ao lado do cognitivo e executivo; mas estes formam o que se chama *processo principal* (sendo subespécies dele) e é ao lado do processo principal que deve ser colocado o cautelar.

Mas a maioria vislumbra na prevenção um terceiro escopo do processo, ao lado do conhecimento e da execução. A ação cautelar, embora instrumental à denominada *ação principal*, não se pode considerar mero *acessório* porque existe autonomamente, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe.

A legislação processual civil pátria considera o processo cautelar um *tertium genus*, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução: afirma-o o Código de Processo Civil expressamente, no art. 270, dedicando ao processo cautelar o seu Livro III. São medidas cautelares específicas do processo civil, entre outras, o arresto, o seqüestro, a busca-e-apreensão, a produção antecipada de provas, a posse em nome do nascituro, a apreensão de títulos etc. Além dessas medidas específicas, ainda existe um poder geral de cautela atribuído ao juiz (art. 798), com base no qual ele pode conceder medidas cautelares não previstas em lei e modeladas segundo a necessidade de cada caso concreto (atípicas, inominadas).

A doutrina processual penal tem reconhecido a existência de processos cautelares no *habeas-corpus* do art. 648, inc. v, do Código de Processo Penal, na perícia complementar do seu art. 168, no depoimento *ad perpetuam rei memoriam* do art. 225, nos casos de prisão cautelar (CPP, arts. 301, 311, 408, § 2º e 594, e lei n. 7.960, de 21.12.89 – prisão temporária), de aplicação provisória de interdição de direitos (art. 373) e de medida de segurança (art. 378), além de guardarem natureza cautelar as antecipações de provas, como o exame de corpo de delito (art. 158).

Fala-se também em um processo penal de contracautela, destinado a eliminar o dano que possa, por seu turno, derivar de alguma providência antecipadora – arts. 321 a 350 do Código de Processo Penal. Caracterizam contracautelas, ainda, as cauções instituídas no Código de Processo Civil (art. 804).

203-A. antecipação de tutela jurisdicional

Diferentes das medidas cautelares em sua finalidade e em sua eficácia são as antecipações de tutela, disciplinadas em termos gerais no art. 273 do Código de Processo Civil (v. também art. 461, § 3º). Elas se destinam a propiciar à parte, em adiantamento (daí, *antecipação*), os mesmos resultados esperados da sentença de mérito, ou parte deles. As tutelas antecipadas não visam, como as cautelares, a conservar meios para que *o processo* em si mesmo possa operar de modo eficiente, mas a oferecer diretamente *às pessoas* algo cuja demora poderia ser-lhes prejudicial; por isso são *satisfativas*, o que não ocorre com as cautelares. Antecipa-se, p.ex., a entrega de uma coisa certa devida, ou a proibição de prosseguir em atividades poluidoras. Apesar dessas diferenças conceituais e das finalidades diferentes, a antecipação de tutela está em princípio sujeita aos mesmos requisitos da cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni juris*) e se rege pela disciplina geral destinada a esta pelo Código de Processo Civil (L. III).

O *fumus boni juris* está referido no art. 273, *caput*, como *prova inequívoca* – expressão que a doutrina e os tribunais interpretam como *probabilidade suficiente*. Por outro lado, para antecipar tutela nem sempre é necessária uma situação de urgência (*periculum in mora* – art. 273, § 1º): as antecipações devem também ser concedidas em repressão a atos de retardamento processual praticados pelo réu (art. 273, inc. II) ou quando houver *incontrovérsia* a respeito de parte dos fatos relevantes para decidir a causa (art. 273, § 6º).

Constituem tutelas jurisdicionais antecipadas, no processo penal, as liminares de *habeas corpus* e de mandado de segurança.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XV, n. 1.
Barbi, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, pp. 11 ss.
Buzaid, *O concurso de credores no processo de execução*, p. 25.
Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.*
Campos Barros, *Processo penal cautelar.*
Carnelutti, *Istituzioni dei nuovo processo civile italiano*, I, p. 201.
_____. *Sistema*, I, n. 40.
Chiovenda, *Istituzioni*, I (trad.), pp. 273 ss.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 393-396.
_____. *Execução civil*, nn. 9 e 26.
Grinover, *Ação declaratória incidental*, pp. 30 ss., 47 ss. e 95 ss.
_____. *Eficácia e autoridade da sentença penal*, pp. 4 ss.
_____. "Natureza jurídica da execução penal", pp. 5 ss.
Leone, *Trattato*, I, pp. 150 ss.
Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, § 6º.
_____. *Manual*, I, pp. 49 ss.
_____. *Processo de execução*, n. 22.
_____. *Problemi del processo civile*, pp. 104 ss. ("Unitá del procedimento cautelare").
Machado Guimarães, "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo".
Marques, *Elementos*, I, pp. 328 ss., e IV, pp. 5 ss.
_____. *Instituições*, II, pp. 49 ss.
_____. *Manual*, I, cap. VI, § 19.
Redenti, *Diritto processuale civile*, II, p. 245.
Rocco, *Trattato*, V, p. 23.
Vidigal, "Escopo do processe civil".
Watanabe, *Da cognição no processo civil.*
Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, p. 151.

CAPÍTULO 33
FORMAS PROCESSUAIS – PROCEDIMENTO

204. o sistema da legalidade das formas

A soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica, é o *procedimento*. Dentro deste, cada ato tem o seu momento oportuno e os posteriores dependem dos anteriores para a sua validade, tudo porque o objetivo com que todos são praticados é um só: preparar o provimento final.

A doutrina indica, por isso, algumas características dos atos processuais: a) não se apresentam isoladamente, mas integrados no procedimento; b) ligam-se pela unidade do escopo; c) são interdependentes.

Dada essa unidade, o problema da forma pela qual deve ser celebrado cada ato processual passa a ser um problema das formas do próprio procedimento, o qual se desdobra em duas questões distintas: a) são necessárias as formas procedimentais? b) em caso de resposta afirmativa, qual a forma mais adequada para atingir o escopo do processo, em uma época determinada e segundo dadas condições?

São teoricamente admissíveis três sistemas, para a disciplina das formas do procedimento: a) sistema de liberdade das formas; b) sistema da soberania do juiz (ou sistema de eqüidade); c) sistema da legalidade da forma (que comporta variações, quanto ao rigor).

A falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza. Na medida do necessário para estabelecer no processo um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o

resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (*sistema da legalidade*).

Por outro lado, as formas não devem sufocar a naturalidade e rapidez do processo. Trata-se de um problema técnico-político: a aversão às formas é motivada, em geral, pelo excesso de formalismo, mas não é aconselhável evitar esse inconveniente abolindo *por completo* as exigências formais ou deixando ao juiz a tarefa de determinar as formas – pois essa solução abriria caminho ao arbítrio.

A disciplina legislativa das formas do procedimento é a melhor solução, acatada aliás no direito moderno; e o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador cumpre sua tarefa. A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é a manifestação do princípio da *instrumentalidade das formas*, o qual (associado a algumas regras contidas na teoria das nulidades processuais – *infra*, n. 221) vem dar a justa medida do sistema de legalidade formal.

Consoante os esquemas formais pelos quais o procedimento se exterioriza, pode caracterizar-se um sistema *rígido* ou um sistema *flexível*; no primeiro caso, as formas obedecem a cânones rigorosos, desenvolvendo-se o procedimento através de fases claramente determinadas pela lei e atingidas pelo fenômeno da preclusão. No segundo caso, as formas procedimentais são mais livres e as fases mais fluidas, não sendo tão rigorosa a ordem em que os atos devem ser praticados. O *procedimento brasileiro é do tipo rígido*.

O Código de Processo Civil dá a impressão de adotar o princípio da *liberdade das formas*, ao proclamar que "os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir" (art. 154). Na disciplina dos atos procedimentais em particular, todavia, impõe-lhes exigências formais e o seu sistema, com isso, situa-se decididamente na linha da *legalidade formal*. A Lei das Pequenas Causas também proclama a liberdade formal (art. 14) e mantém-se mais próxima a esta porque contém exigências específicas menos numerosas.

205. as exigências quanto à forma

As formas dos atos processuais são determinadas por circunstâncias de três ordens: a) de lugar; b) de tempo; c) de modo.

206. o lugar dos atos do procedimento

Os atos processuais cumprem-se normalmente na sede do juízo, salvo quando, por sua natureza ou por disposição legal, devam efetuar-se em outro lugar: *v.g.*, citação, notificação, intimação, penhora, seqüestro etc. (v. tb. CPC, arts. 176, 410 e 411; CPP, arts. 403 e 792 e suas exceções; arts. 792, § 2º, 220, 221, 403 etc.).

207. o tempo dos atos do procedimento

O tempo deve ser levado em consideração pelo legislador sob dois aspectos: a) determinando a *época* em que se devem exercer os atos processuais (CPC, arts. 172-174); b) estabelecendo *prazos* para sua execução (CPC, arts. 177 ss.; CPP, arts. 395, 401, 403, 361, 93, § 1º, 705 etc.).

Termos – ou prazos – são a distância temporal entre os atos do processo. Quando a lei determina a distância mínima, para evitar que o ato se pratique antes do vencimento do prazo, este diz-se *dilatório* (p. ex., o prazo para comparecer a juízo – CPC, art. 192); quando ela estabelece a distância máxima durante a qual pode praticar-se o ato, o prazo é *aceleratório* (*v.g.*, os prazos para recurso).

Mas não somente *legais* (ou seja, determinados pela lei) podem ser os prazos, uma vez que há aqueles cuja fixação fica a critério do juiz (*judiciais*) e outros que são estabelecidos por acordo das partes (*convencionais*).

Os prazos distinguem-se ainda em *ordinatórios* e *peremptórios*. Caracterizam-se estes pela sua absoluta imperatividade sobre as partes, as quais não podem alterá-los para mais ou menos, mesmo convencionalmente (CPC, art. 182); os prazos ordinatórios (*dilatórios*, na linguagem do art. 181), sendo instituídos em benefício das partes, podem ser prorrogados ou reduzidos por ato de vontade destas.

Mas uns e outros, quando vencidos, acarretam a *preclusão temporal* (perda, pelo decurso do tempo, da faculdade de praticar determinado ato processual – *infra*, n. 210). A *peremptoriedade* tem ainda outro sentido, significando que a preclusão operada pela sua inobservância independe de ser lançado nos autos o seu decurso (CPC, art. 183; CPP, art. 798; CLT, art. 775).

A preclusão só ocorre quando se trata de prazos *próprios*; são *impróprios* os prazos não preclusivos, conferidos ao juiz, aos auxiliares da Justiça, e, em princípio, ao Ministério Público no processo civil. Não havendo a preclusão, nem por isso deixam essas pessoas de ficar sujeitas a sanções de outra ordem, no caso de inobservância do prazo impróprio.

Outra questão importante é a relativa à *contagem dos prazos*, que no processo civil se faz por *dias corridos* e não por dias úteis. Nenhuma contagem de prazo se inicia nem termina em sábado, domingo, feriado nacional ou dia em que, por qualquer outro motivo, não haja expediente forense; mas esses dias não são descontados (eles são incluídos na contagem) quando situados no curso de um prazo já iniciado. Tal é o significado da regra da *continuidade dos prazos*, contida no art. 178 do Código de Processo Civil; apenas a superveniência de *férias forenses* no curso de um prazo já pendente é que tem o efeito de suspender sua contagem (art. 179). Com precisão, dispõe também a lei (a) que se o *dies a quo* for véspera de um dia não-útil, considerar-se-á como primeiro dia da contagem o primeiro dia útil que lhe sobrevier (CPC, art. 184, § 2º) e (b) que se o último dia da contagem cair em um sábado, domingo *etc.*, o prazo vencer-se-á no primeiro dia útil seguinte (art. 184, § 1º). Além disso, o próprio *dies a quo* não se computa, ainda que seja dia útil: mas o último dia da contagem, sim (art. 184, *caput*) – sempre com a ressalva dos feriados, nos quais não se vence prazo algum.

Reunidas essas regras, tem-se que: a) se a intimação houver sido feita em uma quinta-feira, a contagem principia na sexta-feira e não na própria quinta; b) feita a intimação na sexta-feira, a contagem principia na segunda-feira (a menos que seja feriado) e jamais no sábado; c) se o último dia do prazo cair em sábado, domingo *etc.*, o vencimento é prorrogado para o primeiro dia útil subseqüente. A superveniência de férias, o obstáculo criado pela parte e outros fatos suspensivos do processo acarretam a *suspensão do decurso do prazo*, que recomeça a ser contado após a cessação do impedimento, pelo período faltante (CPC, arts. 179-180). Os prazos também não se interrompem em virtude de feriados (art. 178).

A superveniência de *férias*, o obstáculo criado pela parte e outros fatos suspensivos do processo acarretam a *suspensão do decurso do prazo*, que recomeça a ser contado após a cessação do impedimento, pelo período faltante (CPC, arts. 179-180). Suspendem-se também os prazos em virtude de feriados (art. 178) – e por isso é que se diz que, em processo civil, os prazos se contam por dias úteis e não em dias corridos. Entre os órgãos que exercem a jurisdição civil comum, somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm férias coletivas (Const., art. 93, inc. III) – e, portanto, só aos feitos ou recursos ali pendentes tem aplicação o disposto no art. 179 do Código de Processo Civil (supra, n. 96).

208. o modo do procedimento e dos seus atos

Quanto ao modo, o procedimento pode ser analisado relativamente à *linguagem*, à *atividade* que o move de fase em fase, e ao *rito*:

a) a *linguagem* no procedimento. Os atos processuais, como os atos jurídicos em geral, são representados pela palavra. Conseqüentemente, duas circunstâncias devem ser levadas em consideração: I – o modo de expressão, que no nosso ordenamento é a língua portuguesa (CPC, arts. 139, 151, 156 e 157; CPP, arts. 193, 223, 236 e 784, § 1º); II – a escolha da palavra, que pode ser falada ou escrita. De acordo com essa escolha, surgem diversos sistemas: o procedimento oral, o escrito e o misto;

b) a *atividade*. O impulso do procedimento pode ser atribuído às partes ou ao juiz. Na primeira hipótese configura-se o princípio do impulso das partes; na segunda, o do impulso oficial (sobre o princípio do impulso e sua relação com o instituto da *preclusão*, v. *infra*, n. 210);

c) o *rito*. É a própria índole do processo que o determina, em vista de várias circunstâncias que devem ser levadas em consideração para que atinja seus escopos com a maior brevidade e segurança possíveis.

209. o modo do procedimento (linguagem): procedimento escrito, oral e misto

Os procedimentos do passado, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas a escrita, ou ambas em combinação. Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas por escrito, fala-se no *princípio da documentação*.

Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a *fórmula* se revestia de forma escrita. Na *extraordinaria*

cognitio o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado. Predominou, assim, por longo tempo, a palavra falada, permanecendo a escrita apenas como documentação.

Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito. A mesma tendência nota-se no procedimento reinol português, assim como no Regulamento 737 e na maioria dos códigos brasileiros estaduais.

Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como conseqüência da invasão napoleônica, espraiando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil.

O Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o *procedimento misto*, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.

Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um *complexo de idéias* e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da *concentração*, da *imediação* ou *imediatidade*, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*.

O princípio da *imediação* exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da *identidade física do juiz*: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da *concentração* da causa em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos. E, enfim, para concretizar a oralidade e a concentração, faz-se necessária a *irrecorribilidade das interlocutórias*, ou seja, das decisões proferidas no curso do processo, sem determinar-lhe a extinção.

No sistema pátrio, entretanto, os princípios *supra* foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade (arts. 132, 330 e 522).

Na esfera do *processo penal* a oralidade também é reduzida: o Código agasalha a *imediação* (arts. 394 ss.), mas a *concentração* sofre restrições (arts. 499-500), assim como a *identidade física do juiz* (CPP, art. 502, par.), salvo no júri. A *irrecorribilidade das interlocutórias* é apenas relativa, como aliás já era no Código de Processo Civil de 1939 (art. 581 do CPP). Confirma-se, pois, que o processo penal brasileiro adotou só limitadamente a oralidade.

Já as coisas se passam diversamente no *processo trabalhista*, que veio a romper com os esquemas clássicos, estruturados para acudir a um processo de índole individualista e elitista. Correspondendo às exigências específicas dos trabalhadores, o processo do trabalho operou importantes modificações em direção a um processo simples, acessível, rápido e econômico, permeado de verdadeira oralidade, de publicização e democratização.

Entende-se por publicização a atribuição ao juiz de maior poder de direção e controle; por democratização, quer a facilidade de admissão em juízo, quer a efetiva igualdade das partes, mediante a observância da paridade de armas entre elas.

A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95) estabelece novos critérios para um processo que adotou a verdadeira oralidade, com o integral diálogo direto entre as partes, as testemunhas e o juiz, acompanhada da simplicidade, informalidade, celeridade, economia processual e gratuidade (v. art. 2º).

O processo das pequenas causas, agora estendido ao campo penal por expressa determinação constitucional, tornou-se obrigatório para os Estados e o Distrito Federal pela Constituição de 1988 (art. 98, inc. I). A Lei Maior prescreve a criação de juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a

conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento *oral* e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (v. art. cit.).

210. o modo do procedimento: atividade e impulso processual

O princípio do impulso processual oficial visa a assegurar a continuidade dos atos procedimentais e seu avanço em direção aos resultados esperados do processo. Embora a jurisdição seja inerte, o processo, uma vez instaurado, pode não ficar à mercê das partes. E é conveniente que assim seja, em virtude do predomínio do interesse público sobre o particular, a exigir que a relação processual, uma vez iniciada, se desenvolva e conclua no mais breve tempo possível, exaurindo-se, dessa maneira, o dever estatal de prestar o serviço jurisdicional.

Esse critério, denominado princípio do *impulso oficial*, consiste em atribuir ao órgão jurisdicional a ativação que move o procedimento de fase em fase, até à solução definitiva da causa. Opõe-se-lhe o critério do *impulso das partes*, pelo qual o juiz se limita a realizar os atos específicos que estas lhe solicitam.

Nenhuma contradição existe entre o princípio da apresentação do pedido pelas partes ou da iniciativa, e o princípio do impulso oficial.

O impulso oficial inspira-se na idéia de que o Estado tem interesse na rápida solução das causas, enquanto o critério oposto se move na idéia de que o processo é assunto das partes. Por isso é que, historicamente, se nota uma orientação no sentido do impulso oficial, acompanhando a colocação publicista do processo.

O Estado moderno não só retira dos interessados, em grande parte, a solução privada dos seus conflitos, como ainda impõe *limites à atividade individual* no curso do processo, a fim de que este proceda com rapidez e regularidade.

Tais limites são de *ordem objetiva*, quando decorrentes de formas e prazos processuais, e de *ordem subjetiva*, quando provenientes de ônus e obrigações que se impõem aos sujeitos da relação jurídica processual. Essas restrições objetivas e subjetivas – coligadas, como veremos, à preclusão – é que tornam possível a movimentação do procedimento, mediante atos realizados segundo o princípio do impulso oficial.

O processo civil brasileiro, antes do Código de 1939, adotava o sistema do impulso das partes: a todo momento, autor e réu deviam solicitar o andamento da causa, de fase em fase, porque o processo ficaria paralisado se viesse a faltar sua iniciativa. Mas o princípio do impulso oficial foi consagrado a partir desse código (art. 112), mantendo-se no atual (CPC-73, art. 262, *fine*). É certo, porém, que o ordenamento processual civil não aboliu por completo a iniciativa das partes, permitindo-lhes, quando de acordo, abreviar ou prorrogar prazos (possibilidades essas já mais limitadas no Código vigente: v. arts. 181-182), bem como requerer diligências necessárias à instrução da causa (art. 130).

O processo penal, em virtude da indisponibilidade que lhe é peculiar, segue necessariamente o princípio do impulso oficial.

Mas, como vimos, na denominada *ação penal de iniciativa privada* admite-se a composição entre querelante e querelado; conseqüentemente, o princípio que rege aquele procedimento é o do impulso pelas partes (CPP, art. 60).

O instituto da *preclusão* liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual*; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão, vistas logo a seguir.

A preclusão não é *sanção*. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.

A preclusão pode ser de três espécies: a) *temporal*, quando oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado (CPC, art. 183); b) *lógica*, quando decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (CPC, art. 503); c) *consumativa*, quando consiste em fato extintivo, caracterizado pela circunstância de que a faculdade processual já foi validamente exercida (CPC, art. 473). Em oposição à preclusão *consumativa*, as duas primeiras são também denominadas *impeditivas*.

As preclusões se justificam pela regra segundo a qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de

tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento – como o é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei – maior se torna a importância das preclusões.

211. o modo do procedimento: o rito

A própria índole dos vários processos exige uma diferença de procedimentos, levando-se em consideração a natureza da relação jurídica material, mais ou menos relevante para a sociedade, bem como outras circunstâncias (como o valor da causa, no processo não-penal). Atendendo a essas circunstâncias, existem vários tipos de procedimento, penais e civis.

No campo *penal* os procedimentos de cognição classificam-se em *comuns* e *especiais*. Os procedimentos comuns, por sua vez, subdividem-se em: procedimentos *ordinários* (abrangendo os crimes aos quais se comine pena de reclusão) e procedimentos *sumários* (limitados às contravenções e aos crimes a que seja cominada pena de detenção). Os procedimentos *especiais* são os de competência do júri, os arrolados a partir do art. 503 do Código de Processo Penal e outros previstos em leis extravagantes (*v.g.*, lei n. 4.898, de 9.12.65, arts. 17 ss. – procedimento especial quanto aos crimes de responsabilidade).

Além desses procedimentos especiais, a Constituição Federal determinou aos Estados e ao Distrito Federal a criação de juizados especiais para infrações penais *de menor potencial ofensivo*, mediante processo de rito sumaríssimo. Esse procedimento foi criado pela lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Quanto ao processo de conhecimento, o Código de Processo Civil classifica os procedimentos em *comum* (art. 272) e *especial* (Liv. IV), subdividindo-se o primeiro (comum) em *ordinário* e *sumário*; e os procedimentos especiais são de *jurisdição contenciosa* (arts. 890 ss.) ou de *jurisdição voluntária* (arts. 1.103-1.210). O próprio Código ressalvou ainda, no art. 1.218, a vigência de uma série de procedimentos de jurisdição voluntária e de jurisdição contenciosa, regidos pelo Código de 1939 (dec-lei n. 1.608, de 18.9.39); além disso, existem leis especiais extravagantes ao Código que disciplinam uma série de procedimentos especiais.

Os *procedimentos especiais* contêm atos adequados, segundo o critério do legislador, a certas situações peculiares que são trazidas a juízo: têm cabimento nas hipóteses expressamente previstas nas normas que os disciplinam.

O *procedimento sumário*, que foi introduzido no Código de 1973 por ditame constitucional, é mais simplificado que outros similares do direito comparado e tem raízes na tradição luso-brasileira. Adota estritamente o princípio da oralidade, com defesa oferecida em audiência, conciliação e prova oral, com a possibilidade de desenvolver-se *simpliciter et de plano ac sine strepitu* (arts. 275-281); é adequado para todas as causas previstas *ratione materiæ* no art. 275, inc. II, bem como para toda e qualquer outra causa que, *não comportando procedimento especial*, tenha valor não excedente de sessenta vezes o maior salário-mínimo vigente no país (art. 275, inc. I).

O *procedimento ordinário*, pelo critério da admissibilidade residual, tem cabimento em todas as demais hipóteses.

Na *execução civil* há os procedimentos da *execução para entrega de coisa* (certa ou incerta – CPC, arts. 621-631), da *execução das obrigações de fazer* e das de *não fazer* (arts. 632-645), da *execução por quantia certa contra devedor solvente* (arts. 646-731) e da *execução por quantia certa contra devedor insolvente* (arts. 748-786). Processos autônomos de execução só existem quando o título executivo é extrajudicial ou, sendo judicial, não houver sido proferido em um juízo civil. Em caso de sentença civil (arts. 475-N, inc. I) a execução por quantia far-se-á em prosseguimento ao mesmo processo (arts. 475-I ss.) e a efetivação das obrigações específicas (fazer, não-fazer, entregar) se processa mediante as atividades denominadas *cumprimento de sentença* (sempre no mesmo processo, sem a instauração de um autônomo processo executivo – arts. 461, 461-A e 475-I).

O *processo cautelar* rege-se pelo *procedimento cautelar genérico* (arts. 801-811) ou pelos *procedimentos cautelares específicos* (arts. 813-889).

Com relação às *pequenas causas*, a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, criou mais um procedimento especial, em cumprimento ao mandamento constitucional, com base nos princípios e critérios acima examinados (*supra*, n. 209).

No *processo trabalhista de conhecimento*, os procedimentos costumam ser classificados em *ordinário* (dissídios individuais – CLT, arts. 837-852) e *especiais*. Entre estes, incluem-se o chamado *rito sumário* (para reclamações com valor até duas vezes o salário mínimo da sede do juízo – lei n. 5.584, de 26.6.70) e diversos outros, inclusive alguns procedimentos do processo civil comum que têm aplicabilidade na Justiça do Trabalho. Admitidas em tese medidas cautelares no processo trabalhista, também os procedimentos cautelares do Código de Processo Civil têm relativa aplicabilidade.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, II, cap. XLIII.
Chiovenda, *Istituzioni*, II (trad.), p. 359.
Cunha Barreto, *Oralidade e concentração no processo civil.*
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 635-636 e 672-681.
Liebman, "Notas" às instituições de Chiovenda, III, p. 82.
Machado Guimarães, "A instância e a relação processual".
Marques, *Instituições*, II, nn. 228, 317 ss. e 465 ss.
———. *Manual*, II, cap. XI, § 47.
Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais*, nn. 16-29.
Mendes Júnior, *Direito Judiciário brasileiro*, pp. 298 ss.
Millar, *Los principios*, pp. 85 ss. e 143 ss.
Moniz de Aragão, *A correição parcial*, p. 83.
———. *Estudos sobre a reforma processual*, p. 134.
Orsucci, *Limiti all'attivita processuale delle parti.*
Riccio, *La preclusione processuale penale*, p. 15.
Segni & Costa, *Procedimento civile.*
Tourinho Filho, *Processo Penal*, IV, pp. 19 ss.

CAPÍTULO 34
ATOS PROCESSUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

212. fatos e atos processuais

O processo é a resultante de dois componentes que se combinam e completam, e que são a relação processual e o procedimento (*supra*, n. 175); a relação processual é *complexa*, compondo-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo (*supra*, n. 182). Ora, a passagem de uma para outra dessas posições jurídicas (caráter *progressivo* da relação processual) é ocasionada sempre por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de *fatos processuais*.

> Fato, em sentido amplíssimo, é sempre um ponto na história, através do qual se passa de uma a outra situação; *fato jurídico* é o acontecimento ao qual se segue uma conseqüência jurídica, ou seja, através do qual se opera modificação em alguma situação de direito (nascimento, contrato, crime).
>
> E *fato jurídico processual*, como se depreende do texto, é uma espécie do gênero *fato jurídico*.

Como ocorre com os fatos em geral, também os fatos processuais podem ser ou não ser *efeito da vontade* de uma pessoa: na primeira hipótese, temos *ato* e, na segunda, *fato stricto sensu*. *Ato processual* é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.

> São *atos processuais*, por exemplo, o oferecimento de uma denúncia ou de uma petição inicial, um interrogatório, uma sentença. E são *fatos processuais stricto sensu* o decurso de um prazo (que, em

regra, tem por conseqüência a preclusão), a morte da parte (CPC, art. 265, inc. I; CPP, arts. 60, inc. II, e 62) ou do procurador (CPC, art. 265, inc. I), a transferência, promoção ou aposentadoria do juiz (CPC, art. 132), os acontecimentos que caracterizam a força-maior (CPC, art. 265, inc. V; CPP, art. 363, inc. I) *etc.*

Não há *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam. Os atos processuais são voluntários, mas apenas no sentido de que sua realização depende da vontade – e não do conteúdo acrescido por um ato de vontade; o sujeito limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de liberdade para a escolha dos efeitos deste.

Neste capítulo estudaremos diversos problemas afetos ao procedimento e aos atos que o compõem, como a classificação destes e sua documentação. No subseqüente será tratado o tema dos *vícios processuais*, que se liga intimamente ao de que aqui se cuida, bem como ao que se disse no capítulo precedente a respeito dos requisitos formais dos atos do processo (porque, em princípio, da inobservância de tais requisitos resulta a invalidade do ato).

213. classificação dos atos processuais

Os atos processuais são praticados pelos diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e efeitos no desenvolvimento da relação jurídica processual; além disso, quanto ao modo mediante o qual são realizados diferenciam-se também, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como a soma de atividades múltiplas. Por isso, classificam-se das seguintes maneiras: a) atos dos órgãos judiciários (juiz e auxiliares) e atos das partes; b) atos simples e atos complexos.

Existem na doutrina esquemas minuciosos e completos para a classificação dos atos processuais; por serem excessivamente complexos, todavia, é de duvidar se apresentam ou não vantagens didáticas.

214. atos processuais do juiz (atos judiciais)

Em meio à variadíssima atividade do juiz no processo, distinguem-se duas categorias de atos processuais: a) *provimentos*; b) *atos reais* (ou materiais).

Provimentos são os pronunciamentos do juiz no processo, expressões verbais ou escritas de seu pensamento. Eles contêm, conforme o caso, a decisão sobre alguma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas. Segundo sua influência sobre a causa, os provimentos serão finais ou interlocutórios. Os *finais* consistem em decidir a causa, impedindo que o juiz volte a se pronunciar sobre ela, salvo em casos excepcionais (CPC, art. 463). Os *interlocutórios*, como diz o nome (*inter locutus*, falado no meio) são aqueles pronunciados ao longo do processo, sem lhe pôr fim e sem decidir a causa. Os provimentos finais podem, ainda, subdividir-se em duas classes, conforme contenham ou não julgamento de mérito; e os interlocutórios, segundo apreciem questão incidente do processo ou se limitem a trazer determinações para a marcha deste.

Para designar essas variadas classes de provimentos, os diplomas processuais usam de terminologia variável. Assim, no Código de Processo Civil (art. 162), os "atos do juiz" (melhor seria dizer os *provimentos*) são: a) as *sentenças*, que decidem o mérito da causa ou declaram a inadmissibilidade desse julgamento, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 162, § 1º); b) as *decisões interlocutórias*, que decidem sobre matérias incidentes ao processo, sem porem fim a este (art. 162, § 2º); c) os *despachos*, ou despachos de mero expediente, que são todos os demais provimentos (não decidem a causa nem matéria incidente e não põem fim ao processo).

Já o Código de Processo Penal (art. 800) dá essa divisão das *decisões*: a) definitivas (finais, de mérito); b) interlocutórias mistas (finais, sem julgamento de mérito); c) interlocutórias simples (estas, verdadeiramente interlocutórias; solução de questões incidentes, sem pôr fim ao processo); d) despachos de expediente. O Projeto de Código de Processo Penal, mais cientificamente, adota a mesma terminologia consagrada pelo Código de Processo Civil (art. 128) – o qual, por ironia dos fatos, agora se afastou bastante dela (CPC, art. 162, § 1º, red. lei n. 11.232, de 22.12.05).

Por outro lado, poderíamos também classificar os atos do juiz, conforme a função desempenhada através de cada um deles, em: a) instrutórios; b) ordinatórios; e c) finais (lembrados os poderes de natureza jurisdicional de que é investido o juiz no processo).

Os *atos materiais* não têm, como os precedentes, qualquer caráter de resolução ou determinação. São das seguintes espécies: a) *instrutórios* (realizar inspeções em pessoas ou coisas, ouvir alegações dos procuradores das partes etc); b) de *documentação* (rubricar folhas dos autos, referentes a ato em que haja intervindo, assinar a folha final).

215. atos dos auxiliares da Justiça

A cooperação de auxiliares da Justiça no processo faz-se através de atos de *movimentação, documentação, comunicação* e *execução*.

A *movimentação* e a *documentação* fazem-se precipuamente através do escrivão e seus funcionários (escreventes). São atos de movimentação processual: a conclusão dos autos ao juiz, a vista às partes, a remessa ao contador, a expedição de mandados e ofícios. São atos de documentação: a lavratura dos termos referentes à movimentação (conclusão, vista etc.), a feitura do termo de audiência, o lançamento de certidões etc.

A *execução* é ordinariamente encargo do oficial de justiça: trata-se de atos realizados fora dos auditórios e cartórios, em cumprimento a mandado judicial (penhora, prisão, busca-e-apreensão etc.).

A *comunicação processual*, consistente em citações ou intimações, é realizada pelo escrivão, com o auxílio dos Correios, ou pelo oficial de justiça, em cumprimento a mandados judiciais.

216. atos processuais das partes

Subdividem-se esses atos em: a) *postulatórios*; b) *dispositivos*; c) *instrutórios*; d) *reais*. Os três primeiros constituem declarações de vontade, enquanto que o último, como a própria designação indica, resolve-se em condutas materiais (não verbais) das partes.

Evidentemente, cada um dos atos processuais das partes (de cada uma das espécies acima) poderá ser *lícito* ou *ilícito*, dependendo de sua conformação ao direito. Cada um desses atos, também, poderá ser *constitutivo*, *extintivo* ou *impeditivo* de situações jurídicas processuais (e é sempre de muita utilidade essa classificação extraprocessual dos atos). Existem ainda os *atos processuais neutros*, que não têm eficácia jurídica de qualquer dessas três qualidades, porém *mera eficácia técnica*, ou prática (exemplo: alegação de direito federal, que é juridicamente irrelevante face ao princípio *jura novit curia*, mas que às vezes traz a vantagem de alertar a mente do juiz para um dispositivo favorável a quem o alega).

Atos postulatórios são aqueles mediante os quais a parte pleiteia dado provimento jurisdicional (denúncia, petição inicial, contestação, recurso).

A doutrina distingue entre: a) *pedido*, que é postulação referente à própria causa, ou seja, ao litígio que envolve as partes (*res in judicium deducta*); b) *requerimento*, que é postulação relativa à marcha do processo (*judicium*). Assim, p. ex., descobre-se na petição inicial: a) um pedido, na parte em que se pede um provimento judicial favorável (CPC, art. 282, inc. IV); b) um requerimento, para a citação do réu (art. 282, inc. VII).

Atos dispositivos são aqueles através dos quais se abre mão, em prejuízo próprio (ou seja, através de que se *dispõe*), de determinada posição jurídica processual ativa, ou mesmo da própria tutela jurisdicional. Exemplos dessa categoria de atos podem ser a desistência do processo (CPC, art. 267, inc. VIII), a renúncia ao direito de queixa (CPP, arts. 49 e 50), a convenção para suspensão do processo (CPC, art. 265, inc. II), a desistência de recurso (CPC, art. 501), a renúncia à faculdade de recorrer (CPC, art. 502), o compromisso arbitral (CPC, arts. 1.072-1.077), a eleição de foro (CPC, art. 111).

Todos os exemplos acima são de *condutas comissivas*, mas a doutrina admite a disposição também através de *comportamentos omissivos*, como é o caso da revelia (CPC, arts. 319-322) ou do escoamento *in albis* dos prazos para recorrer. A essa idéia pode-se objetar que nem sempre a omissão é um ato de vontade e o efeito jurídico que tem é determinado por lei – de modo que ficaria descaracterizado o *ato* processual (ato jurídico = conduta determinada pela vontade).

Observar também que a disposição nem sempre é possível: aliás, a indisponibilidade é a regra para o Ministério Público, seja no processo penal, seja no processo civil. De um modo geral, restringe-se a disponibilidade em razão de: a) da prevalência de interesses da ordem pública; b) da incapacidade do sujeito.

Além disso, parte da doutrina afirma que os atos dispositivos se caracterizam como autênticos *negócios jurídicos processuais* – unilaterais, concordantes, ou contratuais. Mas existem negócios jurídicos processuais? (*supra*, n. 212).

Atos instrutórios são aqueles destinados a convencer o juiz (ou seja, a *instruí-lo*); evidentemente, cada parte procura, através de atividades dessa espécie, trazer elementos para que o juiz se convença das razões que aduziu.

O vocábulo *instrução*, o adjetivo *instrutório* e o verbo *instruir* são empregados ora em sentido amplo (como no texto), ora em sentido estrito (correspondendo apenas à atividade probatória). Embora essa última seja a preferência da própria lei (CPC, art. 454), é cientificamente mais correto considerar a instrução probatória como mera parte integrante da instrução (que abrange também as alegações das partes).

Atos reais, finalmente, que se manifestam *re non verbis*, são as condutas materiais das partes no processo, pagando custas, comparecendo fisicamente às audiências, exibindo documentos, submetendo-se a exames, prestando depoimento.

217. atos processuais simples e complexos

Ao lado dos atos processuais simples, que são a grande maioria dos atos do processo (demanda inicial, citação, contestação, sentença) e praticamente se exaurem em uma conduta só, existem os atos complexos. Trata-se essencialmente da *audiência* e da *sessão*, complexos porque se apresentam como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum.

Audiência é a reunião do juiz com os advogados das partes, Ministério Público, testemunhas etc., na qual o primeiro deles toma contato direto com a parte viva da instrução da causa (ouvindo peritos, partes, testemunhas, tomando as alegações finais dos advogados); é na audiência que se manifesta em sua essência o princípio da *oralidade*.

O Código de Processo Penal fala em *audiência* (arts. 791 ss.) e também em *audiência de julgamento* (art. 538). Na Consolidação das Leis do Trabalho a terminologia é *audiência de julgamento* (arts. 843-852). O Código de Processo Civil fala simplesmente *audiência* (arts. 444 ss.). A Lei dos Juizados Especiais, retomando a linguagem do precedente Código de Processo Civil, diz *audiência de instrução e julgamento* (art. 27).

Sessão, na terminologia brasileira, é em primeiro lugar a reunião dos órgãos colegiados. Nas sessões dos órgãos colegiados de jurisdição superior (tribunais) não se realizam provas: apenas se ouvem os advogados e representantes do Ministério Público, passando-se à discussão e julgamento da causa pelos magistrados. Em princípio, essas sessões são ordinárias, ou seja, realizam-se em dias determinados da semana, sem destinação a um processo em particular (ao contrário das audiências, que são designadas para cada processo). A sessão do Tribunal do Júri é o encontro diário entre juiz, jurados, promotor, advogado, acusado, testemunhas, auxiliares da Justiça.

A sessão das varas do trabalho chama-se *audiência de julgamento* (CLT, arts. 843 ss.).

No *processo das pequenas causas*, sessão é a reunião das partes como conciliador, com vista à conciliação (art. 21). Não obtida esta, passa-se à audiência de instrução e julgamento (art. 27).

Apesar da confusão terminológica do Código de Processo Penal (arts. 426, 442 e 445, § 3º), a doutrina distingue: "reunião é o ajuntamento, nas épocas legais, das diversas pessoas que figuram na composição do Tribunal do Júri, dure esse ajuntamento um, dois, três ou mais dias; sessão é o funcionamento diário do tribunal nos diversos processos submetidos a julgamento durante a reunião".

218. documentação do ato processual

Chama-se *termo* a *documentação escrita de atos processuais, feita por serventuário da Justiça*. Como existem atos que se realizam oralmente e precisam ficar documentados no processo (p. ex., os atos praticados em audiência), sua documentação faz-se através dos *termos* (CPC, art. 457; CLT, art. 831). A Lei dos Juizados Especiais autoriza expressamente a gravação sonora ou utilização de meio equivalente, em substituição ao tradicional *termo* destinado ao registro das provas orais (art. 13, § 3º). O mesmo consta do Projeto de Código de Processo Penal, ora estacionado no Parlamento.

Lavram-se *termos* também para os atos de movimentação processual realizados pelo escrivão: termos de *juntada, vista, recebimento, conclusão, data-remessa* (v. CPC, art. 168; CLT, art. 773). Assim também para alguns atos das partes: termo de apelação (CPP, art. 600), de transação (CC, art. 842) *etc.*

A palavra *termo* é empregada também para significar *limite de tempo* (*supra*, n. 207). Fala-se, como vimos, em termo *a quo* e termo *ad quem*, quando se quer fazer referência aos limites inicial e final da fluência de um prazo. Na linguagem da lei, todavia, dificilmente a palavra é utilizada nesse sentido.

Em alguns casos particulares, e só por força de uma tradição, a terminologia processual brasileira emprega, em vez de *termo*, outros vocábulos que têm o mesmo significado, como *assentada*, *ata* e *auto*. Daí dizer-se que tais vocábulos exprimem certas modalidades ou espécies de termos.

Assentada é o termo de comparecimento das testemunhas em juízo (o vocábulo, antes utilizado no art. 234, § 1º, do velho Código de Processo Civil, é abandonado pelo novo, que fala genericamente em *termo* – art. 416, § 2º).

Ata é o registro escrito das ocorrências havidas em sessão ou reunião dos tribunais, de seus órgãos fracionários (RISTF, arts. 88 ss.; RITJSP, arts. 101 ss) ou do tribunal do júri (CPP, arts. 479 e 494-496).

Auto, finalmente, é o termo que documenta atos praticados pelo juiz, auxiliares da Justiça e partes, "fora dos auditórios e cartórios": temos, assim, *auto de arrematação* (CPC, art. 663), *auto de inspeção judicial* (CPC, art. 443), *auto de prisão em flagrante* (CPP, arts. 304 e 305), *auto de busca-e-apreensão* (CPP, art. 245, § 7º) *etc.*

A documentação por meio da palavra escrita à mão ou mecanicamente (máquinas de escrever) mostra-se visivelmente obsoleta, diante das notáveis conquistas da eletrônica. Por isso, o Código de Processo Civil autoriza a documentação dos atos processuais mediante estenotipia, taquigrafia ou por computador; autoriza também a comunicação dos atos às partes (intimações) mediante o uso do *fax* e dos meios eletrônicos em geral (arts. 154, par. e 170). A Lei dos Juizados Especiais instituiu o registro das audiências em fitas magnéticas (art. 13, § 3º).

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XXVI.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 279-312.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 637-671.
Guasp, *Derecho procesal civil*, I, n. 17.
Marques, *Instituições*, II, §§ 83-86 e 88.
———. *Manual*, I, cap. VIII, §§ 32-38.
Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, I, §§ 1ª-3ª.

CAPÍTULO 35
VÍCIOS DO ATO PROCESSUAL

219. inobservância da forma

Como foi dito em capítulo anterior, a eficácia dos atos do processo depende, em princípio, de sua celebração segundo os cânones da lei (*sistema da legalidade formal*). A conseqüência natural da inobservância da forma estabelecida é que o ato fique privado dos efeitos que ordinariamente haveria de ter.

São de três ordens as medidas de que dispõe o Estado para impor a observância dos preceitos jurídicos em geral: a) medidas preventivas; b) sanções de caráter repressivo, penal ou não; c) negação de eficácia jurídica (como exposto no texto).

Mas as irregularidades de que podem estar inquinados os atos processuais não são todas da mesma gravidade: por isso é compreensível que diversos sejam os reflexos da atipicidade do ato sobre sua eficácia. Isolam-se, assim, *quatro grupos de irregularidades*, conforme a conseqüência que tenham sobre o ato: a) irregularidades sem conseqüência; b) irregularidades que acarretam sanções extraprocessuais; c) irregularidades que acarretam nulidade (absoluta ou relativa); d) irregularidades que acarretam inexistência jurídica.

Entre as *irregularidades sem conseqüência* indicam-se: uso de abreviaturas nos termos processuais (CPC, art. 169, par. ún.), termo lavrado com tinta clara ou lápis (CPC, art. 169), denúncia oferecida além do prazo de quinze dias (CPC, art. 46).

Reflexos unicamente extraprocessuais têm, por exemplo, o retardamento de ato da parte do juiz (CPC, art. 133, inc. II) ou dos serventuários (CPC, art. 144, inc. I), a maliciosa omissão de defesa pelo réu (CPC, art. 22) etc.

Em ambas essas categorias de irregularidades permanece íntegra a eficácia do ato.

220. nulidade

Em algumas circunstâncias, reage o ordenamento jurídico à imperfeição do ato processual, destinando-lhe a ausência de eficácia. Trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe, segundo critérios de oportunidade (política legislativa), quando não entende conveniente que o ato irregular venha a produzir efeitos. As razões por que o faz são as mesmas que antes o levaram a estabelecer exigências quanto à forma do ato (sistema de legalidade): a necessidade de fixar garantias para as partes, de modo a celebrar-se um processo apto a conduzir à autêntica atuação do direito, segundo a verdade dos fatos e mediante a adequada participação de todos os seus sujeitos. A observância do procedimento modelado pela lei é penhor da legitimidade política e social do provimento judicial a ser proferido afinal, justamente porque é através dela que se assegura a efetividade do contraditório (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).

Mesmo quando eivado de vício que determina a sua *nulidade*, porém, o ato processual considera-se válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decrete a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o *estado de ineficaz é subseqüente ao pronunciamento judicial* (após a aplicação da sanção de ineficácia – diz-se, portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato nulo é *anulado* pelo juiz). Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhecê-los mediante a simples alegação de nulidade: abrir-se-ia caminho, inclusive, a dolo processual das partes, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todos no processo.

Como se vê, esse sistema de nulidades difere substancialmente daquele inerente ao direito privado. Naqueles ramos do direito substancial (civil, comercial) distingue-se o ato nulo do ato anulável (nulidade *x* anulabilidade); enquanto este prevalece até que seja privado judicialmente de eficácia, o primeiro já é, em princípio, ineficaz (a nulidade opera *pleno jure*). Em direito processual, mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes: só perdem a eficácia se regularmente rescindidas (CPC, arts. 485-495; CPP, arts. 621-631 e 648, inc. VI). Em processo civil, além do mais, a possibilidade da rescisão não dura mais que dois anos a partir do trânsito em julgado (CPC, art. 495).

Fala a doutrina, ainda, em *ineficácia* do ato processual por razões que não se relacionam com os seus vícios de forma. Caso importante é o da sentença dada sem que tenham sido partes no processo todas as pessoas que necessariamente deveriam tê-lo sido (litisconsórcio necessário): essa sentença é ineficaz e, mesmo passando em julgado, nunca produzirá o efeito programado (ex.: ação de anulação de casamento movida a só um dos cônjuges pelo Ministério Público – CC, art. 1.549).

A *sanção da nulidade* pode ser imposta, em determinado ordenamento jurídico, segundo *três sistemas diferentes*: a) todo e qualquer defeito do ato jurídico leva à sua nulidade; b) nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar; c) um sistema misto, distinguindo-se as irregularidades conforme a sua gravidade (v. n. ant.). No direito brasileiro nota-se profunda disparidade entre os sistemas adotados no Código de Processo Penal e no de Processo Civil.

O primeiro deles, desatualizado perante a ciência processual, procura adotar o segundo dos sistemas acima, fornecendo um elenco dos *atos e termos substanciais*, numa casuística e rigidez que contradizem toda a teoria moderna da nulidade (CPP, art. 564); não previu o legislador a sua própria falibilidade, acreditando ser capaz de prever todas as imperfeições que podem levar o processo por caminhos inconvenientes.

O Código de Processo Civil, seguindo o caminho das melhores codificações modernas (v. tb. CPC-39, arts. 273-279), abstrai-se de compor um elenco pretensamente completo dos casos de nulidade; nulo será o ato se houver cominação expressa e também quando, na comparação com o modelo legal, se verificar que não foi celebrado com fidelidade a este (e é muito pequeno o número das *nulidades cominadas* frente às *não-cominadas*, que são praticamente imprevisíveis e portanto arredias ao enquadramento em um rol).

O sistema do Código de Processo Penal vem do direito francês: "aucun exploit ou acte de procédure ne sera declaré nul, si la nullité n'est pas formellement pronnonncée par la loi" (*côde de procédure civile*, art. 1.030). Nosso Código introduz alguma racionalização (art. 563), mas, tanto quanto o dispositivo francês citado, expõe-se ao risco de omitir irregularidades gravíssimas, que não podem deixar de condenar à nulidade o ato ou mesmo o processo. Por isso mesmo, aliás, a

doutrina e a jurisprudência modernas remontam freqüentemente às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação de nulidades não expressamente cominadas.

221. decretação da nulidade

A anulação do ato processual, nos casos de vícios indicados no parágrafo anterior, obedece a uma série de regras, contidas na lei ou impostas pelos princípios gerais, e que em muito contribuem a dar uma feição realista à teoria da nulidade e ao próprio sistema da legalidade das formas processuais. Tais regras contêm-se nos princípios: a) da causalidade; b) da instrumentalidade das formas; c) do interesse; d) da economia processual.

O *princípio da causalidade* impõe que a nulidade de um ato do procedimento contamine os posteriores *que dele sejam dependentes*, com a conseqüência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição (CPC, art. 248, primeira parte – a exigência de que se trate de atos dependentes daquele viciado é a expressão legal da exigência de causalidade).

Essa regra sofre alguns temperamentos, por força de outros princípios coexistentes com ela: a) a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes (*ib.*); b) podendo repetir-se o ato irregular, não se anula todo o processo (e isso acontece quando os atos posteriores não são dependentes do ato nulo).

O *princípio da instrumentalidade das formas*, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*.

Tal princípio, formulado legislativamente nesses mesmos termos no direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao *prejuízo* como requisito para a anulação (CPP, art. 563; CPC, art. 249, § 1º); b) estatuindo a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (CPC, art. 244).

No processo penal nota-se a tendência a presumir o prejuízo, sempre que a omissão interfira com o direito de defesa.

O *princípio do interesse* diz que a própria parte que tiver dado causa à irregularidade não será legitimada a pleitear a anulação do ato (CPC, art. 243, e CPP, art. 565). Essa restrição, contudo, só tem aplicação nas hipóteses de nulidade relativa, quando a exigência de determinada forma é instituída no interesse das partes e não da ordem pública; aí, e não na nulidade absoluta, é razoável que o legislador deixe exclusivamente a critério da parte prejudicada a provocação da decretação de nulidade (sobre a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, v. *infra*, n. 222).

Prende-se também ao princípio do interesse a regra segundo a qual a nulidade não será pronunciada quando o julgamento do mérito for a favor da parte a ser beneficiada pelo seu reconhecimento (CPC, art. 249, § 2º).

O *princípio da economia processual* (que, de resto, informa todo o direito processual) tem diversas aplicações na teoria da nulidade. De certa forma, está presente nas manifestações, já examinadas, do princípio da instrumentalidade das formas; está presente também na determinação de que os atos posteriores ao ato nulo não se contaminam se não dependentes deste (CPC, art. 248, primeira parte entendido a *contrario sensu* e na disposição que salva as partes independentes de um ato complexo, quando este for só parcialmente irregular (CPC, art. 248, segunda parte); presente está também no aproveitamento dos atos do processo inadequados à ação exercida (CPC, art. 250), ou dos atos não-decisórios do processo celebrado perante autoridade absolutamente incompetente (CPC, art. 113, § 2º; CPP, art. 567).

222. nulidade absoluta e nulidade relativa

Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem pública no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se, aqui, da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de-ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

No direito processual civil brasileiro, alguns dos casos de nulidade absoluta estão expressamente indicados na lei ("nulidades cominadas"): *v.g.*, arts. 84; 113, § 2º; 214; 485, incs. I-IV, VI e VIII. Tais não são, no entanto, os únicos casos de nulidade absoluta; é preciso, caso por caso, verificar se a exigência formal foi instituída no interesse da

ordem pública e então, ainda que inexista cominação expressa, a nulidade será absoluta (p. ex., a falta de indicação da causa de pedir na petição inicial, ou a omissão, pelo juiz, do saneamento do processo). Assim também está no Projeto do Código de Processo Penal (arts. 193-200).

Quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal da forma, então se trata de *nulidade relativa*, que o juiz não decretará de-ofício e, portanto, só pode ser decretada mediante provocação da parte prejudicada (CPC, art. 251; CPP, art. 565); a parte tem, ademais, o *ônus* de fazer a alegação na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de ficar convalescido o ato imperfeito (CPC, art. 245, *caput*). No processo penal dirá sempre com a ordem pública a formalidade concernente à defesa do acusado.

A nulidade relativa nunca é cominada pela lei (é sempre "nulidade não-cominada") e seu reconhecimento depende sempre da comparação do ato celebrado em concreto com o modelo legal: se não houver fidelidade a este e se não estiver em jogo um interesse da ordem pública, estaremos diante de um caso de nulidade relativa (exemplos: falta de "vista" à parte para oferecer quesitos, ou indeferimento de prova pericial requerida pela parte).

223. inexistência jurídica do ato processual

Outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser ele inexistente perante o direito. É que, à falta desses elementos, o próprio ato, intrinsecamente, não reúne condições para ser eficaz; fala a doutrina, nesses casos, em *não-atos*.

Dos atos inexistentes não costuma falar a lei – e nem precisaria mesmo falar: se se pratica um ato tão disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia (mas v. CPC, art. 37, par.). Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva (CPC, art. 458, inc. III; CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor.

Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em *nulidade absoluta*. Falam alguns autores em atos *anuláveis* (para o que chamamos de nulidade relativa), atos *relativamente nulos* (para o que chamamos de nulidade absoluta) e atos *absolutamente nulos* (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de-ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?

224. convalidação do ato processual

Nem sempre a imperfeição do ato processual chega a conduzir efetivamente à decretação de sua nulidade. É que podem suceder fatos que façam convalescer o ato, o qual então se revigora e sai da mira da sanção de ineficácia.

No tocante aos atos inquinados de vício causador de nulidade relativa, a não-argüição da irregularidade pela parte interessada, quando esta pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o ato: ocorre a *preclusão* da faculdade de alegar (CPC, art. 245; CPP, art. 572, inc. I).

Segundo dispõe o Código de Processo Civil não ocorre essa preclusão se tiver havido justo impedimento para a omissão da parte interessada em alegar a nulidade (art. 245, par., 2ª parte).

Quanto à nulidade absoluta, tem lugar uma distinção: na maioria dos casos, passando em julgado a sentença de mérito, a irregularidade torna-se irrelevante e não se pode mais decretar a nulidade do ato viciado; mas há certos vícios que o legislador considera mais graves e que mesmo após o trânsito em julgado podem ser levados em conta, para determinar a anulação.

No processo civil isso se dá nas hipóteses que, segundo o art. 485, autorizam a ação rescisória (incs. I, II, III, IV, VI e VIII). Passado o prazo de dois anos para a propositura desta, porém, também essas irregularidades não podem mais conduzir à anulação do ato (art. 495). Existe ainda o caso de falta ou irregularidade da citação para o processo de conhecimento (tendo o réu ficado revel), quando a nulidade será decretada através dos embargos do executado (art. 741, inc. I).

Os vícios considerados no art. 621, inc. II, do Código de Processo Penal (falsidade) podem ser alegados a qualquer tempo, após o trânsito em julgado da sentença, através da revisão criminal (art. 622). Mas apenas o acusado dispõe dessa ação: ao Ministério Público ou ao acusador privado, vencidos no processo-crime, a lei não oferece qualquer caminho para postularem a nulidade do feito.

Mais ainda, às vezes é possível repetir o ato declarado nulo ou suprir a falta de algum ato omitido no processo: uma vez feita a repe-

tição ou o suprimento, convalescem todos os atos posteriores que, por força do princípio da causalidade, estiverem contaminados pelo vício.

Os atos inexistentes não podem convalescer, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei quem lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência jurídica do ato anterior; ela seria passível de anulação, porque iniquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua a sua eficácia (será caso somente de ação rescisória ou revisão criminal, nos limites da lei).

Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.

bibliografia

Calmon de Passos, *A nulidade no processo civil.*
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 360-375.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 702-720.
———. *Litisconsórcio*, n. 37, pp. 186 ss.
Lacerda, *Despacho saneador*, cap. IV, n. 6.
Komatsu, *Da invalidade no processo civil.*
Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, pp. 271 ss.
Wambier (Tereza A. Alvim), *Nulidades da sentença.*

CAPÍTULO 36
PROVA: CONCEITO, DISCRIMINAÇÃO, ÔNUS E VALORAÇÃO

225. conceito de prova

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as conseqüências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo.

No dizer das Ordenações Filipinas, "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões" (Liv. III, Tít. 63) sobre as questões de fato.

Embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo. Mas o novo Código Civil invadiu radicalmente essa área, com disposições de caráter nitidamente processual, o que constitui um retrocesso científico (arts. 212 ss.).

226. discriminação de provas

Dado que através das provas se procura demonstrar a ocorrência ou inocorrência dos pontos duvidosos de fato relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva – em princípio não haveria limitações ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios para a produção de provas.

A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima – CPC, art. 401); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc.).

O Código de Processo Penal contém implícita a adoção do princípio da liberdade dos meios de prova (art. 155); e o Código de Processo Civil estabelece que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, "são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa" (art. 332). Dentre outros, lembrem-se, exemplificativamente, os seguintes meios de prova, regulados de modo expresso pela lei: prova documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial etc.

> A Constituição de 1988, pondo cobro a uma discussão ainda então aberta na doutrina e jurisprudência, declarou "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito" (art. 51, inc. LVI). Não se trata, pois, de admitir a prova obtida ilicitamente, em nome do princípio da verdade real ou de outro qualquer, para depois responsabilizar quem praticou o ilícito (civil, penal, administrativo) – mas simplesmente de impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam.

227. objeto da prova

A prova diz respeito aos fatos. Mas não a todos os fatos: não deve ser admitida a prova dos fatos *notórios* (conhecidos de todos), dos *impertinentes* (estranhos à causa), dos *irrelevantes* (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), dos *incontroversos* (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por *presunção* legal de existência ou de veracidade (CPC, art. 334) ou dos *impossíveis* (embora se admita a prova dos fatos *improváveis*).

Além do mais, para ser admitido, o meio de prova deve ser adequado ao seu objeto.

Constituem objeto da prova as alegações de fato e não os fatos alegados.

228. ônus da prova

Quando uma questão de fato se apresenta como irredutivelmente incerta no processo, em tese poder-se-ia abrir para o juiz o seguinte leque de alternativas: a) ou ele *prescinde* de resolver aquela questão de fato, b) ou *insiste* em resolvê-la. A primeira opção importaria em deixar o juiz de decidir a causa, pronunciando o *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico).

A segunda opção implica: a) o *adiamento do problema*, através da prolação de uma decisão provisória (no estado do processo); b) ou o uso de um *meio mecânico* de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); c) ou, enfim, o emprego das *regras da distribuição do ônus da prova*.

Das várias possibilidades ora indicadas, a que merece a melhor acolhida é a última, que, além de ensejar a resolução da causa nas hipóteses de questão de fato irredutivelmente incerta, informa-se por um critério racional e de eqüidade que a legitima.

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de eqüidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir

senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção).

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da *aquisição*).

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078, de 11.9.90) veio possibilitar ao juiz a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando considerar verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência (art. 6ª, inc. VIII).

O Código de Processo Penal, por seu art. 156, estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de-ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Além disso, não pode ter aplicação rigorosa o critério que atribui ao demandado todo o ônus de provar os fatos extintivos ou impeditivos (para o processo civil, v. CPC, art. 333, inc. II). Assim, p. ex., a simples plausibilidade da alegação de uma justificativa penal (legítima defesa, estado de necessidade etc.) é suficiente para que o juiz a aceite como provada.

A denúncia e a queixa-crime configuram sempre meras hipóteses, que a acusação deve provar no curso do processo. Isso, somado ao que está logo acima, tem levado parte da doutrina a sustentar a inexistência de qualquer ônus da prova a cargo do acusado (senão a negar a própria aplicabilidade do conceito de ônus da prova em processo penal).

Os poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, seja no processo penal, como visto acima, seja no processo civil (CPC, art. 130), têm importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. Em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova.

229. valoração da prova

Já vimos que são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da *prova legal*, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada *persuasão racional*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados.

O sistema da persuasão racional, ou do *livre convencimento*, é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do Código de Processo Civil, *verbis*: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento". Deve ser orientada por essa regra explícita a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal ("o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova"). Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

Sobre as implicações sistemáticas e principiológicas da regra da persuasão racional, v. *supra*, n. 26.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, II, caps. LXIII-LXXVII.
Buzaid, "Do ônus da prova".
Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, nn. 780 ss.
Marques, *Instituições*, III, § 137, *a, b, c* e *d*.
_____. *Manual*, I, cap. XVI.
Micheli, *L'onere della prova*, 1966.
Tourinho Filho, *Processo penal*, III, pp. 203 ss.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto – *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitários Unam, 1970.

ALLORIO, Enrico – "Giustizia e processo nel momento presente", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939.

AMARAL SANTOS, Moacyr – *Primeiras linhas de direito processual civil*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos – *Do chamamento à autoria*, São Paulo, Ed. RT, 1972.

_____. "Do litisconsórcio no sistema do Código de Processo Civil", in *Justitia* 82/63.

_____. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro", in *RT* 438/23.

_____. "Prova do direito estrangeiro", in *RT* 485/16.

_____. "Abandono da causa", in *RF* 254/171.

AZEVEDO SODRÉ, Ruy de – *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*, São Paulo, Ed. RT, 1963.

BARBI, Celso Agrícola – *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, 4ª ed.

_____. "Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil", in *Revista de direito processual civil* 6/157.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", in *A tutela dos interesses difusos*, coord. Ada P. Grinover, São Paulo, Limonad, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006; 2ª ed., 2007.

BERIZONCE, Roberto Omar – *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Platense, 1987.

BETTI, Emilio – "Processo civile: diritto romano", in *Novissimo digesto italiano.*

BUZAID, Alfredo – *O concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952.

_____. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil.*

_____. "Do ônus da prova", in *Revista de direito processual* 4/5.

_____. "Paula Batista – atualidades de um velho processualista", in *Grandes processualistas*, São Paulo, Saraiva, 1982.

CALAMANDREI, Piero – *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Pádua, Cedam, 1936.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, Pádua, Cedam, 1943.

_____. "Il processo come giuoco", in *Scritti in onore di Carnelutti*, 1946, e in *Rivista di diritto processuale*, 1950.

_____. "Linee fondamentali dei processo civile inquisitorio", in *Studi di diritto processuale in onore de Giuseppe Chiovenda*, Pádua, Cedam, 1927.

_____. "Processo e democrazia", in *Opere giuridiche*, vol. III, Nápoles, Morano, 1968.

_____. "Processo e giustizia", in *Rivista di diritto processuale*, 1950.

_____. "Relatività del concetto di azione", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim – *A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador, Livraria Progresso, s/d.

_____. *A nulidade no processo civil*, Salvador, Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de – *Direito processual penal brasileiro*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1969.

_____. *Processo penal cautelar*, Rio, Forense, 1982.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza – *Tratado de direito judiciário do trabalho*, São Paulo, LTr, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro – *Processo e ideologie*, Pádua, Cedam, 1969.

_____. *Access to Justice: a worldwide movement to make rights effective. A general report*, Leyden-Londres-Boston-Milão, Sitjhof-Giuffrè, 1978 (trad. argent. *El acceso a la Justicia*, B. Aires, ed. Colegio Abogados, 1983) (em coop.).

_____. *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milão, Giuffrè, 1955.

_____. "Principii fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato", in *Processo e ideologie* (v. acima).

CARNELUTTI, Francesco – *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro it., 1940.

_____. *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*, Pádua, Cedam, 1929.

_____. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, Foro it., 1956.

_____. *Principii di processo penale*, Nápoles, Morano, 1960.

_____. *Questioni di processo penale*, Bolonha, Cesare Zuffi, 1950.

_____. "Processo in frode alla legge", in *Rivista di diritto processuale* 4/32, parte 2, 1949.

CARRION, Valentin – *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 16ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1993.

CASTRO, Amílcar de – *Direito internacional privado*, 2ª ed., Rio, Forense, 1968.

CASTRO MENDES, João de – *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Ática.

CASTRO NUNES, José de – *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1943.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira – *Direito social brasileiro*, 5ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1963.

CHIOVENDA, Giuseppe – *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene, 1928.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene, 1933 (trad. port. de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1965).

_____. "La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo", in *Saggi*, vol. I, Roma, Foro it., 1930.

COMOGLIO, Luigi – *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, Cedam, 1970.

COQUEIJO COSTA, Carlos – *Princípios de direito processual do trabalho*, São Paulo, LTr, 1976.
CORSINI, Vincenzo – *La giurisdizione*, Milão, Giuffrè, 1936.
COUTURE, Eduardo Juan – *Fundamentos del derecho procesal civil*, B. Aires, Depalma, 1958.
CRUZ E TUCCI, José Rogério – *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987.
_____. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", in *Revista de Processo* 66/72-78.
CUNHA, Oscar – "O dever de verdade no direito processual brasileiro", in *Atti del Congresso di diritto processuale civile*, 1953.
CUNHA BARRETO – "Oralidade e concentração no processo civil", in *RF* 74/208.

DE MARSICO, Alfredo – *Lezioni di diritto penale*, Nápoles, Jovene, 1936.
DENTI, Vittorio – "Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali", in *Rivista di diritto processuale* 1/64, 1964.
DINAMARCO, Cândido Rangel – *Instituições de direito processual civil*, vs. I, II e III 5ª ed., 2005; v. IV 2ª ed., 2005, São Paulo, Malheiros Editores.
_____. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
_____. *Litisconsórcio*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
_____. *Direito processual civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975.
_____. *Execução civil*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
_____. *Manual das pequenas causas*, São Paulo, Ed. RT, 1994.
_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
_____. *A reforma do Código de Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
_____. *A reforma da reforma*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
_____. *Manual dos juizados cíveis*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
_____. "A formação do moderno processo civil brasileiro", in *Fundamentos* (v. acima).
_____. "Direito e processo", in *Fundamentos* (v. acima).
_____. "O princípio do contraditório", in *Fundamentos* (v. acima).
_____. "Os institutos fundamentais de direito processual", in *Fundamentos* (v. acima).
_____. "O Ministério Público na sistemática do direito brasileiro", in *Justitia* 61/161.
_____. "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, coord. Kazuo Watanabe, São Paulo, Ed. RT, 1985.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor – *Estudios de derecho procesal*, Madri, Revista de Derecho Privado, 1955.
FAZZALARI, Elio – *Istituzioni di diritto processuale*, Pádua, Cedam, 1975.
_____. *La giurisdizione volontaria*, Pádua, Cedam, 1953.
_____. "Processo – teoria generale", in *Novissimo digesto* it., XIII, Turim, Utet, 1966.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977.
_____. *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

_____. *Direito constitucional comparado* – I – *O poder constituinte*, São Paulo, Bushatsky, 1974.
FOSCHINI, Gaetano – *Sistema del diritto processuale penale*, Milão, Giuffrè, 1968.
FREITAS CAMARGO, Ruy Junqueira de – "Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira", in *Justitia*.
FRONTINI, Paulo Salvador – "Ministério Público, Estado e Constituição", in *Justitia* 90/247.

GÉNY, François – *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
GOLDSCHMIDT, James – *Principios generales del proceso*, B. Aires, EJEA, 1961.
GRECO FILHO, Vicente – *Direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981-1984.
_____. *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989.
GRINOVER, Ada Pellegrini – *Ação declaratória incidental*, São Paulo, Edusp/RT, 1972.
_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Ed. RT, 1973.
_____. *As condições da ação penal*, São Paulo, Bushatsky, 1977.
_____. *Direito processual civil*, São Paulo, Bushatsky, 1974.
_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975.
_____. *Novas tendências do direito processual*, Rio, For. Universit., 1990.
_____. "Natureza jurídica da execução penal", in *Execução penal*, coord. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana, São Paulo, Max Limonad, 1987.
_____. "O contencioso administrativo na emenda n. 7, de 1977", in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 10/247.
_____. "A problemática dos interesses difusos", in *A tutela dos interesses difusos*, coord. Ada P. Grinover, São Paulo, Limonad, 1984.
_____. "Conciliação e Juizados de Pequenas Causas", in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo, Ed. RT, 1985.
_____. "Modernidade do direito processual brasileiro, in *Rev. Fac. Dir. USP* 88/273-298.
GRINOVER, Ada Pellegrini (em colaboração com SCARANCE FERNANDES, Antonio e MAGALHÃES GOMES, Antonio) – *As nulidades no processo penal*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
GRINOVER, Ada Pellegrini (em colaboração com MAGALHÃES GOMES, Antonio, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES, Luiz Flávio) – *Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.9.1995*, São Paulo, Ed. RT, 1995.
GUASP, Jaime – *Derecho procesal civil*, Madri, Instituto de Estudios Jurídicos, 1968.

KOMATSU, Roque – *Da invalidade no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1991.

LACERDA, Galeno – *Despacho saneador*, Porto Alegre, Sulina, 1953.
LENT, Friedrich – *Zivilprozessrecht*, Munique, 1959 (trad. it. de Edoardo F. Ricci, *Diritto processuale civile tedesco*, Nápoles, Morano, 1962).
LEONE, Giovanni – *Trattato di diritto processuale penale*, Nápoles, Jovene, 1961.
LESSA, Pedro – *Do Poder Judiciário*, Rio, Fco. Alves, 1915.
LEWIS, Anthony – *A trombeta de Gedeão*, Rio, Forense, 1966.
LIEBMAN, Enrico Tullio – *Efficacia ed autorità della sentenza*, reimp., Milão, Giuffrè, 1962 (trad. bras. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio, Forense, 1981).

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1983 (trad. bras. de Cândido R. Dinamarco: *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005).
_____. *Processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1946.
_____. *Problemi del processo civile*, Nápoles, Morano, 1962.
_____. "Diritto costituzionale e processo civile", in *Problemi* (v. acima) e *Riv. dir. proc.*, 1952.
_____. "Fondamento del principio dispositivo", in *Problemi* (v. acima) e *Riv. dir. proc.*, 1960.
_____. "L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi* (v. acima) e *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
_____. "Norme processuali nel Codice Civile", in *Problemi* (v. acima) e *Riv. dir. proc.*, 1952.
_____. "Unità del procedimento cautelare", in *Problemi* (v. acima) e *Riv. dir. proc.*, 1954.
_____. "Il principio del contraditorio e la Costituzione", in *Riv. dir. proc.*, 1964.
_____. "Notas" às *Instituições de direito processual civil*, de Chiovenda.
_____. "Os limites da jurisdição brasileira", in *Estudos sobe o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976.
LIMONGI FRANÇA, Rubens – "Da jurisprudência como direito positivo", in *Revista da Faculdade de Direito*, 1971.
LOBO DA COSTA, Moacyr – *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, São Paulo, Edusp/RT, 1970.
LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo – *Direito processual civil brasileiro*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959.
LYRA, Roberto – *Promotoria Pública*, Rio, Livraria Jacyntho, 1937.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz de Macedo Soares – "A instância e a relação processual", in *Estudos de direito processual civil*, Rio, Jurídica e Universitária, 1969 (tb. in *RF* 82/233).
_____. "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo", in *Estudos de direito processual civil*, Rio, Jurídica e Universitária, 1969.
_____. "Processo autoritário e regime liberal", in *RF* 82/243.
MAGALHÃES NORONHA, Edgar de – *Curso de direito processual penal*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, São Paulo, s/ edit., 2005
MARQUES, José Frederico – *Manual de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1974/1976.
_____. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1961.
_____. *Elementos de direito processual penal*, 2ª ed., Rio, Forense, 1965.
_____. *O direito processual em São Paulo*, São Paulo, Saraiva, 1977.
_____. "Constituição e direito processual", in *Revista da Universidade Católica de Campinas* 17/36.
_____. "Organização judiciária e processo", in *Rev. dir. proc. civ.* 1/18.
MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto – *Da ação penal*, São Paulo, Ed. RT, 1938.
_____. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1973.
_____. "O direito de defesa no inquérito policial", in *RT* 271/31 e 272/7.

MENDES JÚNIOR, João – *Direito Judiciário brasileiro*, Rio, Livraria Jacyntho, 1918.
MESQUITA, José Ignacio Botelho de – *Da ação civil*, São Paulo, Ed. RT, 1973.
MICHELI, Gian Antonio – *L'onere della prova*, Pádua, Cedam, 1966.
MILLAR, Robert Wyness – *Los principios formativos del procedimento civil*, trad. de Catalina Grossman, B. Aires, Ediar, 1945.
MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu – *A correição parcial*, São Paulo, Bushatsky, 1969.
_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., II, Forense, 1967.
_____. "Sobre a reforma processual", in *RT* 383/19.
MOREIRA ALVES, José Carlos – *Direito romano*, Rio, Forense, 1971.
MOREL, René – *Traité élémentaire de procédure civile*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1949.
MORELLI, Gaetano – *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Pádua, Cedam, 1954.
MOURA BITTENCOURT, Edgar – *O juiz*, Rio, Jurídica e Universitária, 1966.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro – *Elementos de direito processual do trabalho*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1977.
NEGRÃO, Theotonio – *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

ORSUCCI – *Limiti alla atività processuale delle parti*, Pádua, Cedam, 1943.

PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira – *A sentença constitutiva*, São Paulo, Ed. RT, 1973.
_____. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1964.
PEKELIS, A. – "Azione – teoria moderna", in *Novissimo digesto italiano*, II, Turim, Utet.
PENTEADO, Djalma Negreiros e outros – "Ministério Público, órgão de Justiça", in *Justitia* 63/7.
PEREIRA BRAGA, Antônio – *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio, Max Limonad, 1942.
PETROCELLI, Biagio – "O Ministério Público, órgão de Justiça", in *Justitia* 61/173.
PIRES CHAVES – *Da ação trabalhista*, Rio, Forense, 1956.
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Tratado das ações*, São Paulo, Ed. RT, 1971/1976.

RÁO, Vicente – *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Limonad, 1958/1960.
RASELLI, Alessandro – "Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze", in *Scritti in onore di Carnelutti*, II, 1950.
REALE, Miguel – *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Bushatsky, 1973.
REDENTI, Enrico – *Diritto processuale civile*, Milão, Giuffrè, 1952.
RICCIO, Stefano – *La preclusione processuale penale*, Milão, Giuffrè, 1951.
ROCCO, Ugo – *Trattato di diritto processuale civile*, 2ª ed., Turim, Utet, 1966.

SCHONKE, Adolf – *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1940/1948 (trad. esp. de Victor Fairén Guillén e Leonardo Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosh, 1950).

SEGNI, Antonio, e Sergio Costa – "Procedimento civile", in *Novissimo digesto italiano.*
SPAGNA MUSSO, Enrico – "Problemas constitucionais do Ministério Público na Itália", in *Justitia* 53/25.

TOLOMEI, Alberto Domenico – *I principii fondamentali del processo penale*, Pádua, Cedam, 1931.
TORNAGHI, Hélio Bastos – *A relação processual penal*, Rio, Livraria Jacinto, 1945.
_____. *Compêndio de processo penal*, Rio, José Konfino, 1967.
_____. *Instituições de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1977.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – *Processo penal*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986.
TRIPOLI, Cesar – *História do direito brasileiro*, São Paulo, 1936/1947.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno – "Os mestres de direito judiciário civil na Faculdade de Direito de São Paulo", in *Direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965.
_____. "A conexão no Código de Processo Civil brasileiro", in *Revista de direito processual* 2/15.
_____. "Escopo do processo civil", in *Revista de direito processual* 7/10.
_____. "Existe o direito de ação?", in *Revista de direito processual* 5/7.
_____. "Pressupostos processuais", in *Revista de direito processual* 6/5.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim – *Nulidades da sentença*, São Paulo, Ed. RT, 1987.
WATANABE, Kazuo – *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, São Paulo, Ed. RT, 1980.
_____. *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987.
_____. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", in *Tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984.

ZANOBINI, Guido – *Corso di diritto corporativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1937.
ZANZUCCHI, Marco Tullio – *Diritto processuale civile*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1964.

* * *

10037

PAULUS Gráfica, 2008
Via Raposo Tavares, km 18,5
05576-200 São Paulo, SP

com Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e, o primeiro deles, também com Luiz Flávio Gomes. Coordenou e apresentou coletâneas de estudos de diversos autores, contendo ensaios seus, como: "A tutela jurisdicional dos interesses difusos" (1984); "O processo constitucional em marcha" (1985); "A execução penal" (1987); "Participação e processo" (1988); "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor" comentado pelos autores do anteprojeto (4ª ed., 1995).

Cândido Rangel Dinamarco é Professor aposentado de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo. É Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi Procurador da Justiça do Estado. Especializou-se em Direito Processual Civil na Universidade Estatal de Milão, junto ao Prof. Enrico Tullio Liebman. Integrou a Comissão de Revisão dos Códigos, do Ministério da Justiça.

Além de artigos e colaborações em revistas jurídicas, no País e no estrangeiro, é autor dos seguintes livros: *Juizado Especial de Pequenas Causas* (1985), em cooperação e *Manual das Pequenas Causas* (1985).

Pela MALHEIROS EDITORES publicou:

Capítulos de Sentença (4ª ed., 2009) • *Execução Civil* (8ª ed., 2002) • *Fundamentos do Processo Civil Moderno* (5ª ed., 2002) • *Instituições de Direto Processual Civil* (vs. I, II e III, 6ª ed., 2009; v. IV, 3ª ed., 2009) • *A Instrumentalidade do Processo* (13ª ed., 2008) • *Intervenção de Terceiros* (5ª ed., 2009) • *Litisconsórcio* (7ª ed., 2002) • *Manual dos Juizados Cíveis* (2ª ed., 2001) • *Nova Era do Processo Civil* (3ª ed., 2009) • *A Reforma da Reforma* (6ª ed., 2003) • *A Reforma do Código de Processo Civil* (5ª ed., 2001) e • *Manual de Direito Processual Civil* (3ª ed., 2005), de Enrico Tullio Liebman (tradução e notas).