

J. E. Carreira Alvim

Teoria Geral do Processo

15ª edição
Revista e atualizada

Sapere aude



Sapere aude

**Exemplar genérico,
conhecimento específico**

Edições anteriores

1ª edição – 1989
10ª edição – 2005 – 2ª tiragem
10ª edição – 2006 – 3ª tiragem
11ª edição – 2006
11ª edição – 2007 – 2ª tiragem
11ª edição – 2007 – 3ª tiragem
11ª edição – 2007 – 4ª tiragem
12ª edição – 2009
12ª edição – 2009 – 2ª tiragem
13ª edição – 2010
13ª edição – 2010 – 2ª tiragem
14ª edição – 2011



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

J. E. CARREIRA ALVIM

Desembargador federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região;
doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais;
professor de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ;
membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP);
e da Academia Mineira de Letras Jurídicas.
E-mail: carreira.alvim@yahoo.com.br
Site: www.carreiraalvim.com.br

Teoria Geral do Processo

15ª edição
Revista e atualizada



RIO DE JANEIRO

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2012 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A483t

Alvim, José Eduardo Carreira

Teoria geral do processo / José Eduardo Carreira Alvim. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ISBN: 978-85-309-4078-2

1. Processo penal. 2. Processo civil. 3. Processo trabalhista. 4. Direito processual. I. Título

88-0688

CDU – 343.1
347.91/95
331.16
347.9

*Dedico esta obra à Tetê Carreira Alvim, minha mulher, uma pessoa muito especial,
sem o estímulo da qual não teria sido publicada.*

O Autor

ÍNDICE SISTEMÁTICO

<i>Nota do Autor</i>	XIII
<i>Apresentação</i>	XV

Capítulo 1 PROPEDÊUTICA PROCESSUAL

Análise de conceitos processuais básicos: necessidade, bem, utilidade, interesse, conflito de interesses, pretensão, resistência e lide	1
Formas de resolução dos conflitos de interesses: autodefesa, autocomposição e processo ...	7
Processo e atuação do direito objetivo. Teoria unitária e teoria dualista do ordenamento jurídico	13
Escopo do processo. Teoria subjetivista, objetivista e mista	15
Bibliografia	18

Capítulo 2 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL

Análise comparativa dos processos romano, germânico e comum medieval	19
Evolução da doutrina processual	23
Revisão científica do direito processual	26
Autonomia e publicização do direito processual	29
Unitarismo e dualismo na ciência do processo: evolução e significação da parêmia	30
Elaboração de uma teoria geral do processo	33
Tendência unificadora e suas manifestações doutrinárias e legislativas	34
Trilogia estrutural do direito processual: jurisdição, ação e processo	34
Bibliografia	36

Capítulo 3 PODER JUDICIÁRIO

Poder Judiciário: estrutura	39

Organização judiciária	46
Unidade e duplo grau de jurisdição: argumentos contrários e favoráveis	46
Composição dos juízos e tribunais	47
Crítérios de ingresso na magistratura	49
Garantias da magistratura: independência política e jurídica dos juízes	52
Auxiliares da Justiça: conceito e classificação	54
Órgãos do foro extrajudicial	55
Ministério Público e sua posição na ordem jurídica	55
Funções, garantias e estrutura do Ministério Público	55
Princípios informativos do Ministério Público	59
Advocacia pública	59
Advocacia privada	59
Defensoria Pública	60
Bibliografia	61

Capítulo 4 JURISDIÇÃO

Funções básicas do Estado: legislação, administração e jurisdição	63
Jurisdição e equivalentes jurisdicionais	64
Características da jurisdição em confronto com a legislação	65
Crítérios de distinção entre jurisdição e administração	66
Caracterização do ato jurisdicional	70
Elementos da jurisdição e poderes jurisdicionais	71
Princípios fundamentais da jurisdição	72
Extensão da jurisdição	75
Jurisdição e suas divisões	76
Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária: visão teórica	78
Tese revisionista do conceito de jurisdição voluntária	80
Jurisdição e arbitragem	82
Bibliografia	82

Capítulo 5 COMPETÊNCIA

Competência: conceito e relações com a jurisdição	85
Delimitação da jurisdição no espaço: competência internacional	86
Competência interna: distribuição da jurisdição. Critérios de determinação da competência	87
Prorrogação de competência: conexão e prevenção	94
Perpetuação da jurisdição	98
Bibliografia	98

Capítulo 6 PROBLEMÁTICA DA AÇÃO

Evolução do conceito de ação	101
Teorias sobre a ação	108
Ação como direito a uma sentença justa.	108
Ação como emanção da personalidade	109
Ação como direito de ser ouvido em juízo	109
Ação como pretensão de tutela jurídica	110
Ação como direito potestativo	111
Ação como direito processual das partes	113
Ação como direito de petição	114
Ação como direito cívico	115
Ação como direito à jurisdição	116
Relatividade do conceito de ação	117
Condições da ação civil	119
Condições da ação penal.	120
Questões sobre o exercício da ação	121
Classificação das ações	122
Elementos da ação.	125
Bibliografia	127

Capítulo 7 PROBLEMÁTICA DO PROCESSO

Principais teorias sobre a natureza do processo: teorias privatistas e publicistas.	129
Processo como contrato	129
Processo como quase contrato	131
Processo como instituição	132
Processo como situação jurídica	134
Processo como relação jurídica.	138
Relação jurídica processual: características	141
Caracterização da relação processual	144
Pressupostos processuais: pressupostos de existência e pressupostos de validade.	145
Questões sobre o processo. Conceito processual de exceção. Objeção processual	151
Bibliografia	154

Capítulo 8 CONTEÚDO OBJETIVO DO PROCESSO

Problemática do mérito.	155
Mérito e lide: lide total e lide parcial	155

Mérito em matéria penal	158
Conceito substancial de exceção.	158
Questões prejudiciais e questões preliminares	160
Ponto comum e diferenças entre questões preliminares e prejudiciais.	162
Bibliografia	163

Capítulo 9

COMPOSIÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO

Sujeitos processuais: juiz e partes.	165
Partes: generalidades, conceito; princípios informativos	166
Pluralidade de partes, ativa e passiva. Litisconsórcio: conceito; modalidades.	169
Assistência: conceito; tipologia	173
Intervenção de terceiros: conceito; modalidades	175
Substituição processual.	177
Representação, substituição e sucessão processual	178
Limites de incidência da autonomia da vontade: o poder dispositivo	179
Bibliografia	181

Capítulo 10

MORFOLOGIA DO PROCESSO

Distinção entre processo e procedimento	183
Princípios fundamentais do processo	184
Princípios fundamentais do procedimento	188
Tipologia do processo	191
Bibliografia	195

Capítulo 11

DISCIPLINA NORMATIVA DO PROCESSO

Norma jurídica: normas materiais e normas processuais	197
Fontes do direito processual	199
Interpretação e integração da norma processual	200
Limitações espaciais e temporais na aplicação da norma processual	202
Bibliografia	204

Capítulo 12

DINÂMICA DO PROCESSO

Impulso processual: autodinâmica e heterodinâmica	205

Fatos, atos e negócios jurídicos processuais	206
Princípios informativos dos atos processuais	208
Tempo dos atos processuais. Prazos e caducidades	209
Revelia e preclusão	211
Perfeição e eficácia do ato processual: teoria das nulidades.	212
Bibliografia	214

Capítulo 13

PROVA

Conceito de prova judiciária	215
Objeto, função e destinatário da prova	216
Classificação das provas	216
Meios probatórios: pressupostos e limitações.	218
Natureza do direito probatório	219
Distribuição do ônus probatório	220
Crítérios formais de distribuição do ônus probatório	220
Crítério material de distribuição do ônus probatório	222
Objeto da prova.	223
Prova de fatos negativos	225
Prova do direito.	226
Motivos de prova, meios de prova e procedimento probatório	227
Procedimento probatório: fases ou momentos	227
Sistemas de valoração das provas.	228
Verdade no processo: verdade formal e verdade material	230
Bibliografia	231

Capítulo 14

SENTENÇA

Introdução ao estudo da sentença: atos ordinatórios e atos decisórios	233
Conceito de sentença.	234
Gênese lógica da sentença	235
Natureza da atividade judicial na emissão da sentença	236
Função da sentença	238
Sentença como ato processual e como fato processual.	239
Classificação da sentença	240
Requisitos formais da sentença.	241
Efeitos da sentença na interferência das jurisdições	242
Bibliografia	245

Capítulo 15

RECURSO

Recurso: notas características e conceito	247
Duplo grau de jurisdição	248
Natureza jurídica do recurso	248
Pressupostos recursais	250
Sucumbência: conceito e classificação	252
Fundamento do recurso	254
Juízo de admissibilidade e juízo de mérito	255
Efeitos do recurso	255
Reflexos da interposição do recurso sobre a relação processual	256
Classificação dos recursos	257
Tipologia recursal	259
Proibição de <i>reformatio in peius</i>	260
Bibliografia	260

Capítulo 16

COISA JULGADA

Natureza jurídica da sentença recorrível	261
Esboço histórico da coisa julgada	264
Coisa julgada: coisa julgada <i>formal</i> e coisa julgada <i>material</i>	264
Justificação da coisa julgada	265
Limites objetivos da coisa julgada	271
Limites subjetivos da coisa julgada	273
Teoria da eficácia natural da sentença	276
Projeção da coisa julgada penal na esfera cível	277
Bibliografia	278

Capítulo 17

EXECUÇÃO

Execução e processo	281
Pressupostos processuais na execução. Objeto da execução. Condições da ação de execução. . .	282
Embargos do devedor: natureza jurídica. Tipologia dos embargos	283
Execução e jurisdição	284
Exceção de pré-executividade	286
Cumprimento de sentença	286
Bibliografia	287

Bibliografia Geral	289

NOTA DO AUTOR

Desde que escrevi a obra ancestral desta **Teoria Geral do Processo**, que àquele tempo chamei de *Elementos de Teoria Geral do Processo*, sentia um desejo incontido de fazer uma revisão profunda nos meus ensinamentos, tornando a sua leitura mais prazerosa, principalmente porque é uma obra dedicada aos estudantes que se iniciam na caminhada pelo Direito Processual Civil.

Só agora consegui lograr esse intento, entregando a presente obra aos meus alunos e a todos os alunos da disciplina Teoria Geral do Processo, espalhados por este País, ou Introdução ao Direito Processual Civil, que é o nome dessa disciplina em algumas Faculdades de Direito do País, inclusive na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde leciono.

Nessa nova **Teoria Geral do Processo**, adotei o sistema de indicar uma Bibliografia sintética no final de cada capítulo, porque a obra tem como destinatários específicos os alunos do curso de graduação. Além disso, mantive nas notas de rodapé apenas o realmente necessário para tornar mais compreensíveis os diversos temas abordados.

Com a obra antiga, enriquecida pelo novo perfil que lhe imprimi, tive a impressão de haver escrito uma obra nova, que entrego ao mundo jurídico como mais uma contribuição, com o propósito de colaborar na preparação dos futuros operadores do Direito Processual Civil, para que possam tornar a justiça brasileira mais humana e sensível do que tem sido até agora.

APRESENTAÇÃO

Eu era Juiz em Belo Horizonte e, por volta de 1967, ouvia falar de José Eduardo Carreira Alvim, ainda estudante, e que se destacava como aluno da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, que os mineiros denominam Casa de Afonso Pena. Um dia, num intervalo de uma e outra audiência, conversando com o Mestre Rui de Souza, que foi meu professor de Direito Comercial e Tributário, e que é dos maiores advogados de Minas, falou-me ele de José Eduardo Carreira Alvim: “Você vai conhecê-lo, Carlos, brevemente, pois o Carreira Alvim tem um grande futuro.” Algum tempo depois, quase ao final do expediente, um moço muito educado entra no meu gabinete portando um papel, em busca de despacho do Juiz. Era o Carreira Alvim, àquela época apenas José Eduardo. Quis conhecê-lo, pedi que se assentasse. Ele acabara de diplomar-se e já era professor-instrutor de prática forense do Departamento de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito, cargo que obtivera por concurso público. Conversamos longamente. O jovem bacharel passava, então, por grandes dificuldades. É que seu pai, Benevenuto de Faria Alvim, ilustre advogado no interior de Minas, falecera tragicamente, e José Eduardo Carreira Alvim tivera de assumir o sustento e a educação de oito irmãos menores, isto quando ele se encontrava, ainda, no quarto ano da escola. O recém-diplomado, que teria tudo para iniciar-se prosperamente no movimentado escritório de seu pai, começou a vida sozinho e trabalhando duramente. A partir desse encontro, ficamos amigos e passei a acompanhar, muito de perto, a vida de Carreira Alvim. O homem é como o vinho – se é bom, quanto mais velho, melhor; se é ruim, com o tempo vira vinagre. O dito popular revelou-se verdadeiro com Carreira Alvim.

Quando nos conhecemos, há mais de vinte anos, Carreira Alvim se preparava para a vida profissional. Iria prestar concursos públicos de: Juiz de Direito, Auditor da Justiça Militar, Promotor de Justiça, Juiz do Trabalho, Promotor e Procurador da República. Conversamos a respeito da bibliografia a ser consultada. Carreira Alvim falou-me de seus estudos, indiquei-lhe alguns livros de direito público, e ele me contou, então, pela primeira vez, de uma moça, sua aluna na faculdade e que muito o estimulava. Essa moça, Teresinha Gontijo, a Tetê, com quem Carreira Alvim se casou, tem sido, na verdade, a sua grande companheira. Retomemos o relato: após a nossa conversa, recolheu-se Carreira Alvim aos estudos. Cerca de seis meses depois, ei-lo de volta, agora num difícil dilema: fora aprovado em todos os concursos, nos primeiros lugares, e as nomeações começavam a sair; o que aceitar, em que cargo tomaria posse? Tivemos outra longa conversa, apontei-lhe, segundo o meu ponto de vista, as vantagens e as desvantagens de cada um daqueles cargos. Carreira Alvim acabou optando pela Procuradoria da República, mudando-se para Brasília. Antes, entretanto, casou-se com Tetê, o grande amor da sua vida, fator – é de justiça reconhecer – do seu sucesso.

Em Brasília, fui reencontrá-lo no ano de 1977, quando vim para o Tribunal Federal de Recursos. Carreira Alvim, então, requisitado pelo Ministro do Planejamento, era o Consultor Jurídico da CODEBRAS. Já era ele professor de Direito Processual. Hospedado na sua casa, quantas e quantas noites percebia acesa a luz do seu escritório, noite a dentro, o Carreira Alvim estudando Direito Processual, preparando as suas aulas; a Tetê, sua mulher, estimulando-o, acordando altas horas da

noite para fazer-lhe um café. E o tempo foi passando. Em 1986, Carreira Alvim comunicou-me que a sua verdadeira vocação era a magistratura. Iria prestar, então, concurso para Juiz Federal. Falamos a respeito, a Tetê, como sempre, ao seu lado. Disse-lhe que talvez tivessem de mudar-se de Brasília, onde o casal, com duas lindas filhas, Luciana e Bianca, estava muito bem instalado, com casa própria, uma majestosa mansão no Lago Sul.

– Isto não importa, atalhou a Tetê, iremos para qualquer lugar, fecharemos a nossa casa, mas o Carreira Alvim realizará o seu grande sonho, que é ser Juiz.

E veio o concurso, duríssimo, no qual Carreira Alvim foi magnificamente classificado e, por isso, pôde escolher a Cidade do Rio de Janeiro para exercer a judicatura.

E lá foram eles para o Rio, Carreira Alvim, a Tetê e as filhas, Luciana e Bianca, deixando em Brasília um monte de amigos.

Esta pequena biografia do autor deste livro precisava ser contada, agora que ele está em véspera de grandes realizações, na magistratura, no magistério e como escritor, para que saibamos de sua luta, a comprovar que o sucesso não vem de graça, jamais; e para conhecer um pouco do homem, do seu caráter, de alguma de sua privacidade, pois somos na vida pública mero reflexo do que somos na vida privada.

Eis José Eduardo Carreira Alvim, como acima falamos, em véspera de grandes realizações. Com esta obra, que tenho a honra de apresentar – **Teoria geral do processo** – Carreira Alvim vai projetar-se, estou certo, como jurista, mestre e escritor.

A Teoria Geral do Processo tem sido visualizada, por eminentes tratadistas, sob a ótica da Teoria Geral de Direito Constitucional. Lembrei, em trabalho recentemente publicado – **Princípios Constitucionais de Processo, em Processo do trabalho – estudos em memória de Carlos Coqueijo Torreão da Costa**, LTr, São Paulo, 1989 –, que os processualistas registram a estreita vinculação do Direito Processual com o Direito Constitucional, certos de que as regras maiores de processo estão na Constituição, e constituem princípios que são a sua base. Segundo o magistério de Cappelletti e Garth, as garantias asseguradas ao litigante, que dizem respeito, por exemplo, ao contraditório, à produção de provas, ao duplo grau de jurisdição, à igualdade das partes, ao juiz natural, garantias que se comportam no conceito do devido processo legal, são encontradas, em maior ou menor grau, nas Constituições da maioria dos países do mundo ocidental (Mauro Cappelletti e B. Garth, **Fundamental guarantees of the parties incivil litigation**, Milano, A. Giuffrè, 1973; Ronaldo Cunha Campos, **Garantias Constitucionais e Processo**, *Revista do curso de direito da universidade de Uberlândia*, 15/1). Na verdade, o que constitui processo está na Constituição, revelando José Alfredo de Oliveira Baracho que Héctor Fix-Zamúdio, na análise da jurisdição constitucional da liberdade, que foi magistralmente desenvolvida por Cappelletti (*La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955), assinala que o Direito Constitucional e o Direito Processual estão intimamente vinculados na proteção dos direitos da pessoa humana. Informa Zamúdio, forte em Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, que a jurisdição tanto pode ser localizada no Direito Constitucional quanto no Direito Processual, motivo por que “essa instituição é estudada pelos cultores das duas disciplinas” (José Alfredo de Oliveira Baracho, **Processo constitucional**, Forense, 1984, p. 4-5).

Dá falar-se num Direito Processual Constitucional, que sistematizaria os preceitos reguladores da jurisdição constitucional nos seus campos – controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional das liberdades –, e num Direito Constitucional Processual, que condensaria as normas de processo contidas na Constituição (José Frederico Marques, **Manual de direito processual civil**, Saraiva, 1974, I/4; Ada Pellegrini Grinover, **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**, J. Bushatsky Ed., 1973, p. 5).

Os princípios que informam o processo, que são inúmeros e variados, na linha da cláusula do *due process of law*, não escapam da análise dos constitucionalistas, e são estudados em pormenor, pelos processualistas, especificamente por aqueles que cuidam da Teoria Geral do Processo.

Nessa linha, o livro que ora vem a lume, de José Eduardo Carreira Alvim, enfoca os princípios que, de forma magnífica, são por ele expostos, a começar pelos conceitos básicos, explicados de

forma didática. No desenvolvimento do direito processual, o autor demonstra a evolução da doutrina processual, e a revisão científica desse importante ramo da ciência jurídica, com a sua publicização e com a elaboração da teoria do processo. Examina o autor, em seguida, a jurisdição, os órgãos desta, a competência, o conteúdo objetivo do processo, a morfologia e a dinâmica deste, a prova, a sentença, os recursos e a execução.

Esses princípios, aqui expostos e analisados com precisão e rigor científico, na linha e sob a ótica constitucional, dão significado e grandeza à Teoria Geral do Processo, espécie da Teoria Geral do Direito Público. O discurso teórico de José Eduardo Carneira Alvim faz com que tais princípios possam ser compreendidos por todos os que deles necessitam, profissionalmente, professores de Direito, advogados, juízes e estudantes.

Alfredo Augusto Becker, em livro de título divertido e conteúdo seríssimo – **Carnaval tributário**, Saraiva, 1989 –, referindo-se a sua primeira obra – **Teoria geral do direito tributário** – e que é, sem dúvida alguma, verdadeira obra-prima do Direito Tributário, menciona que “este livro era e é pura teoria geral. Não comenta nem analisa nenhuma legislação. Apenas ensina o seu leitor a pensar e, depois, por si mesmo, resolver o seu problema jurídico resultante de qualquer lei tributária”.

Aí está uma precisa e simples conceituação da Teoria Geral do Direito, que não cuida da legislação, de modo específico, mas ensina os princípios que vão propiciar a compreensão e solução dos magnos problemas jurídico resultantes da norma de direito positivo.

Também este livro de Carneira Alvim, que ora é entregue ao público, tem esse mérito. Com base nele, os profissionais do foro, os professores e os estudantes poderão solucionar as questões decorrentes da legislação processual que ocorrem no nosso dia a dia.

Não poderia imaginar o jovem recém-formado, que se iniciava, há vinte anos, no estudo do processo, como instrutor de prática forense, dos estagiários no Departamento de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG, que, antes ainda de atingir idade provecta, produziria obra científica de incontestável valor e que, por ser obra de puro processo – tal é que ocorre com os princípios de processo, expressos na Constituição ou que constituem corolário de princípios outros expressos ou implícitos na Lei Maior –, interessam sobremaneira aos homens, porque são garantidores de seu patrimônio material e, sobretudo, moral, que é a liberdade.

Esta última circunstância, por si só, ao tempo em que coroa o jurista ainda moço, recompensa a árdua, porém brilhante, trajetória de José Eduardo Carneira Alvim, no campo do Direito.

Valeu a pena a luta, o esforço, as noites indormidas. Aliás, “tudo vale a pena se a alma não é pequena”, está na poesia de Fernando Pessoa. José Eduardo Carneira Alvim, pelo que vimos de ver, tem grande a alma e severo o espírito. Também por isto, repito o que foi dito linhas atrás, é que está ele em véspera de grandes realizações.

Este livro é prova disto.

Carlos Velloso
Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal

1

PROPEDÊUTICA PROCESSUAL

Análise de conceitos básicos: necessidade, bem, utilidade, interesse, conflito de interesses, pretensão, resistência e lide. Formas de resolução dos conflitos de interesses: autodefesa, autocomposição e processo. Processo e atuação do direito objetivo: teoria unitária e teoria dualista do ordenamento jurídico. Escopo do processo: teoria subjetivista, objetivista e mista.

Análise de conceitos processuais básicos: necessidade, bem, utilidade, interesse, conflito de interesses, pretensão, resistência e lide

O ser humano possui uma vocação, que lhe é imanente, de viver em grupo, associado a outros seres da mesma espécie, tendo Aristóteles registrado que o homem é um animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade. Cada homem tem necessidade dos demais para sua própria conservação e aperfeiçoamento, pelo que a sociedade não é uma formação artificial, mas uma necessidade natural do homem.

Quem contempla um agrupamento social verifica que ele revela aos olhos do observador os homens com as suas necessidades, os seus interesses, as suas pretensões e os seus conflitos.

Estes conceitos não são criados ou moldados pela teoria geral do processo nem patrimônio exclusivo dela,¹ mas que Carnelutti, no âmbito da teoria geral do direito, *submeteu a uma rigorosa análise de síntese*.

O primeiro desses conceitos a merecer atenção é o conceito de *necessidade*, que não é de índole essencialmente jurídica.

Esta expressão “necessidade”, difícil de ser definida, traduz-se numa situação de carência ou desequilíbrio biológico ou psíquico, e, etimologicamente, deriva de *nec + esse*, que significa *não ser*, não existir, traduzindo a falta de alguma coisa ou algo que não é.

O homem experimenta necessidades as mais diversas, sob variados aspectos, e tende a proceder de forma que sejam satisfeitas; que desapareça a carência ou se

1 Alguns desses conceitos sequer têm conteúdo exclusivamente jurídico, mas também sociológico.

restabeleça o equilíbrio perdido. A necessidade decorre do fato de que o homem depende de certos elementos, não só para sobreviver, como para se aperfeiçoar social, política e culturalmente, pelo que não seria errôneo dizer que o homem é um ser dependente.

Se o homem é um ser dependente, podemos concluir que a necessidade é uma *relação de dependência* do homem para com algum elemento, relação essa que Carnelutti precisou como sendo uma “necessidade”. Para ele, a tendência para a combinação de um ente vivo (*homem*) com um ente complementar (*bem*) constitui uma “necessidade”, a qual é satisfeita com a combinação.

Doutrina Carnelutti que entre os entes existem *relações* de complementaridade e isto se deve a uma manifestação vital de que alguns são dotados, que os impulsiona a combinar-se com os entes complementares. A força vital consiste precisamente em que os que têm vida sintam estímulo para tal combinação. O estímulo age mediante uma sensação *penosa*, enquanto falta a combinação, e, mediante uma sensação *agradável*, quando a combinação se produz. Essa tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar constitui uma necessidade. A necessidade se satisfaz com a combinação.

Sendo a necessidade satisfeita mediante determinados elementos, emerge, em seguida, conceito de *bem* ou *bem da vida*.

Para Carnelutti, *bem* é o elemento capaz de satisfazer a uma necessidade do homem; sendo esse vocábulo derivado de *bonum quod beat*, ou seja, *porque faz bem*.

Nesse mesmo sentido, Ugo Rocco, para quem *bem* é tudo o que é apto para satisfazer, ou que satisfaz, a uma necessidade, permitindo a amplitude do conceito que ele compreenda tanto bens materiais, como a água, o alimento, o vestuário e o transporte, quanto imateriais, como a paz, a liberdade, a honra e amor.²

Fixado o conceito de bem, chega-se ao conceito de *utilidade*, que nada mais é do que a aptidão de um bem para satisfazer a uma necessidade.

Ugo Rocco³ define a *utilidade* como a idoneidade de um bem para satisfazer a uma necessidade.

De um lado, temos *o homem* com as suas necessidades e, de outro, *os bens* com a sua utilidade. A necessidade e a utilidade despertam o interesse do homem pelo gozo dos bens da vida, o que não significa que, sempre que haja utilidade num bem, ocorra um interesse relativamente a ele. É preciso que à *utilidade* se alie uma *necessidade* presente ou de previsão futura, exemplificando Carnelutti que o pão é

2 Para Ugo Rocco, o conceito de “bem” é amplíssimo e dentro dele podem agrupar-se todas as realidades que entram no conceito de valor, podendo ser uma coisa, um homem, uma ação, uma omissão, uma relação de fato ou uma relação jurídica.

3 A utilidade mais não é do que o produto de uma relação entre um sujeito que sente uma necessidade e um objeto que satisfaz a essa necessidade, e implica um juízo de utilidade e de valor. A utilidade, neste sentido, é sempre utilidade subjetiva, mas pode dar-se uma utilidade objetiva, quando o juízo de utilidade ou de valor proceda de uma valoração média das valorações individuais ou subjetivas.

um bem e tem sempre utilidade, mas não haverá interesse a não ser para quem não tem fome ou possa prever que venha a tê-la.

Emerge aí, então, o conceito de *interesse*, muito discutido em sede doutrinária.

Para Ugo Rocco, o *interesse* é um *juízo* formulado por um sujeito acerca de uma necessidade, sobre a utilidade ou sobre o valor de um bem, enquanto meio para a satisfação dessa necessidade. Por conseguinte, o *interesse* é um ato da inteligência, que é dado pela tríplice representação de *um bem*, de *uma necessidade* e de *da aptidão* do bem para satisfazer a essa necessidade.

Para Carnelutti, porém, o *interesse* não é um *juízo*, mas uma *posição do homem*; ou mais precisamente a “posição favorável à satisfação de uma necessidade”, e, portanto, uma relação entre o *homem* que experimenta a necessidade e o *bem* apto a satisfazê-la.

Se o *interesse* é uma posição do homem favorável à satisfação de uma necessidade, esta posição se verifica em relação a um bem; pelo que o *homem* e *bem* são os dois termos dessa relação que se chama *interesse*. O *sujeito* do *interesse* é o homem e *objeto dele*, o bem da vida.

Que o *interesse* consista numa relação verifica-se através da própria palavra, que é uma das mais expressivas, derivada de *quod inter est* (*que está entre*), pelo que aquele que está entre uma necessidade e um bem apto a satisfazê-la estará numa *posição* ou *situação* de “interesse”. Assim, se o homem tiver fome, tendo o alimento à sua disposição, estará numa *posição ou situação de interesse*; mas, se tiver fome, sem ter o alimento à sua disposição, não estará.

Alguns, diz Carnelutti, fazem do *interesse* um *juízo*, algo que estaria dentro e não fora de nós, sem pensar que, se assim fosse, ou não haveria guerra ou esta seria uma raridade, pois seria bastante difícil que os homens se atirassem uns contra os outros por uma questão de dissídio de opinião. A relação entre o *homem* e o *bem* não é um *juízo*; sendo o *juízo* necessário para revelar a existência dessa relação.

O *interesse* pode ser de duas espécies: *interesse imediato* e *interesse mediato*.

Quando uma posição ou situação se presta diretamente à satisfação de uma necessidade, o *interesse* se diz *imediato*; como, por exemplo, a posição ou situação de quem possui o alimento, o qual se presta diretamente à satisfação da necessidade de alimentar-se.

Se, no entanto, a posição ou situação do homem apenas indiretamente se presta à satisfação de uma necessidade, enquanto dela possa derivar outra situação (intermediária), que se presta à satisfação da necessidade, diz-se *interesse mediato*; como, por exemplo, a posição ou situação de quem possui o dinheiro para adquirir o alimento.

Distingue-se, ainda, o *interesse* em *interesse individual* e *interesse coletivo*.

O *interesse* se diz *individual* quando a posição ou situação favorável à satisfação de uma necessidade pode determinar-se em relação a um indivíduo, isoladamente; como, por exemplo, o uso de uma casa, porque cada um pode ter uma

casa para si. O interesse se diz *coletivo* quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade não se pode determinar senão em relação a vários indivíduos, considerados em conjunto; como, por exemplo, o uso de uma grande via de comunicação, porque esta não pode ser construída para a satisfação da necessidade de um só homem, mas apenas das necessidades de muitos homens.

Doutrina Amaral Santos que, no *interesse individual*, a razão está entre o bem e o homem, conforme suas necessidades; e, no interesse coletivo, a razão ainda está entre o bem e o homem, mas apreciadas as suas necessidades em relação a necessidades idênticas do grupo social.

A existência dos *interesses coletivos* explica a formação dos grupos sociais, e, porque a satisfação de muitas necessidades humanas não pode ser conseguida isoladamente, os homens se unem em grupos, fazendo surgir a família, a sociedade civil, a corporação, o sindicato, o Estado etc.

Classifica-se, ainda, o interesse em *interesse primário* e *interesse secundário*, enquanto o juízo de utilidade considere o bem em si mesmo, como apto diretamente para satisfazer da necessidade, ou o estime, apenas indiretamente, como meio para a consecução de outro bem, que satisfaça à necessidade.⁴

Como os bens são limitados, ao contrário das necessidades humanas, que são ilimitadas, surge entre os homens, relativamente a determinados bens, choques de forças que caracterizam um *conflito de interesses*, sendo esses conflitos inevitáveis no meio social.

Ocorre um *conflito* entre dois interesses, quando a posição ou situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui ou limita a posição ou situação favorável à satisfação de outra necessidade.

As necessidades do homem aumentam com maior rapidez do que aumentam os bens, e a limitação dos bens, em relação às necessidades, explica que, com frequência, o homem se encontre frente ao dilema, ante duas necessidades, sobre qual deva satisfazer e qual deva sacrificar.

Delineia-se, então, um *conflito entre dois interesses de um mesmo homem*, a que se denomina *conflito subjetivo* de interesses.

Essa modalidade de conflito ocorre quando alguém tem necessidade de alimentar-se e vestir-se, mas possui dinheiro para satisfazer apenas a uma delas; e, como se trata de dois interesses de uma mesma pessoa, o conflito se resolve com sacrifício do interesse menor em favor do interesse maior. Este conflito pode ser relevante para o grupo, na medida em que um desses interesses esteja, mais do que

4 “Há necessidades cuja satisfação facilita a de outras: se um homem não comeu e não restaurou suas forças, não poderá construir a casa. Há necessidade cuja satisfação só se obtém mediante a conquista de posições sucessivas: para comer, o homem deve primeiro prover-se de alimentos; ou, para construir a casa, procurar para si os materiais. Assim se explica que um interesse possa ser, antes que uma posição favorável à satisfação de uma necessidade, uma posição favorável à satisfação de um interesse. Sob este aspecto, distinguem-se os *interesses finais* dos *interesses instrumentais*, e, também, os *interesses imediatos*, dos *interesses mediatos*.”

o outro, coligado a um interesse coletivo, mas não haverá aí um conflito entre dois interesses de uma mesma pessoa, mas entre um *interesse individual* e um *interesse coletivo*.

Como o conflito *subjetivo* de interesses não se extravasa da pessoa do próprio sujeito nele envolvido, resolve-se quando este faz uma opção; pelo que, uma vez feita a opção, cessa o conflito, que deixa de existir.

Pode ocorrer, também, ante a limitação dos bens e as ilimitadas necessidades dos homens, a hipótese de um conflito entre *interesses de duas pessoas*, ao qual Carnelutti chamou de *conflito intersubjetivo* de interesses; conflito este que tem particular importância para o Estado, pelo perigo que representa de uma solução violenta, quando ambos os interessados recorrem à força, para fazer com que o seu interesse prevaleça sobre o interesse do outro.

Quando o conflito se manifesta entre interesses de diversos homens, diz Carnelutti, adquire uma gravidade bem distinta do que quando se refere a interesses de um mesmo homem. Se dois homens têm fome e o alimento só basta para satisfazer à necessidade de um, o conflito se resolve sem dificuldade, quando se trata de pai e filho, porque a vida do filho é também um interesse do pai; mas, se esses dois homens são estranhos, e a satisfação da necessidade de um não interessa à do outro, ninguém sabe como possa terminar o conflito.

Os conflitos podem ocorrer *entre interesses individuais*, como, por exemplo, se Tício e Caio têm necessidade de alimentar-se, mas não existe alimento senão para um deles; entre *interesse individual* e *interesse coletivo*, como o interesse de Tício à segurança pessoal e o interesse coletivo à defesa do território, que reclama a sua exposição aos perigos da guerra; entre *dois interesses coletivos*, como o conflito entre o interesse à instrução pública e o interesse à defesa pública, quando os meios à disposição do Estado forem suficientes para a satisfação de apenas um deles.

Aponta Dias Marques duas causas dos conflitos de interesses: a primeira, de ordem *quantitativa*, resultante da insuficiência de determinados bens para a satisfação de todas as necessidades que os solicitam (*raridade*); a segunda, de ordem *qualitativa*, dada a impossibilidade em que se encontram certos bens, de dar satisfação a necessidades em sentido contrário. É o caso do indivíduo que deve pagar a outrem certa quantia; pagamento que representa um sacrifício para o devedor, embora seja um benefício para o credor.

O conflito intersubjetivo de interesses ou, simplesmente, *conflito de interesses*, tende a diluir-se no meio social, mas, se isso não acontece, levando os contendores a disputar, efetivamente, determinado bem da vida, para a satisfação de suas necessidades, delineia-se aí uma *pretensão*.

Para Carnelutti, o conflito pode dar lugar à atitude de um dos sujeitos, concretizada na “exigência de subordinação do interesse de outrem ao interesse próprio”; exigência esta que se chama “*pretensão*”.

A *pretensão* é, assim, um modo de ser do direito, que tende a fazer-se valer frente a quem não o respeita, ou, em geral, o discute.

Registra Carnelutti que, desde que se dedicou ao estudo do processo, percebeu a necessidade de separar a “pretensão” do “direito”, porque, de outro modo, não se poderia admitir uma *pretensão infundada*, mas, em princípio, confundiu a *pretensão* com a *afirmação do direito*, já que não havia percebido que pode ocorrer não só a *pretensão infundada*, como, também, a *pretensão desarrazoada*; por isso, passou a definir a pretensão como “exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio”, com o que não só a *pretensão* é separada do *direito*, como também da razão; sendo esta precisamente aquilo que vincula a pretensão ao direito.

A pretensão é, assim, um *ato* e não um poder; algo que alguém *faz* e não que alguém tenha; uma manifestação e não uma superioridade da vontade. Esse ato não só não é o direito como *sequer o supõe*; podendo a pretensão ser deduzida tanto por quem tem como por quem não tem o direito, e, portanto, ser *fundada* ou *infundada*. Tampouco, o direito reclama necessariamente a pretensão; pois tanto pode haver *pretensão sem direito* como haver *direito sem pretensão*; pelo que, ao lado da *pretensão infundada*, tem-se, como fenômeno inverso, o *direito inerte*.

Analisando o conceito de pretensão, adverte Carnelutti que essa palavra, no seu valor semântico, sugere a ideia de uma tensão prévia, *prae tendo*, como a situação de quem quer ir adiante apesar dos obstáculos.

Quando a pessoa cujo interesse deveria ser subordinado não concorda com essa subordinação, ela opõe uma *resistência* à pretensão; resistência esta entendida como a “não adaptação à subordinação do interesse próprio ao interesse alheio”, ou, sinteticamente, a “oposição a uma pretensão”.

A *resistência* pode consistir em que, sem lesar o interesse de outrem, o adversário conteste a pretensão ou, sem contestar a pretensão, lese o interesse; podendo ocorrer, também, que a resistência se estenda a uma e outra, em que contesta e lesa o interesse.

Tanto a *contestação* como a *lesão* da pretensão do mesmo modo que a pretensão são dois atos jurídicos, embora de espécie diversa, sendo a contestação uma *declaração de vontade* e a lesão da pretensão, uma *operação* jurídica ou um ato jurídico de evento físico; pelo que se distinguem, em razão da qualidade da resistência, a lide de pretensão *contestada* e a lide de pretensão *insatisfeita*.

Pode acontecer que, diante da pretensão de um dos sujeitos, o titular do interesse oposto decida pela subordinação, caso em que basta a pretensão para determinar a resolução pacífica do conflito; mas, quando à pretensão do titular de um dos interesses em conflito, o outro oferece resistência, o conflito assume as feições de uma verdadeira lide ou *litígio*.

A lide nada mais é do que um *modo de ser* do conflito de interesses, pelo que Carnelutti definiu-a como “conflito de interesses, qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, ou, sinteticamente, “conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita”.⁵

5 Registra Alcalá-Zamora que a situação de conflito originadora do processo se denomina litígio, entendida a palavra na mesma direção de Carnelutti, mas em termos mais amplos, ou seja,

A *lide* tem um elemento *material*, que é o conflito de interesses, e um elemento *formal*, que são a um só tempo a pretensão e a resistência (ou oposição).

O conflito de interesses é uma *lide*, enquanto uma das pessoas formula, contra a outra, uma *pretensão*, e esta outra oferece *resistência*.

O conceito de *lide* é controvertido, entendendo alguns que não se trata de um conceito essencialmente processual, porque todo processo pressupõe uma *lide*, mas nem toda *lide* desemboca, necessariamente, num processo; pelo que o conceito seria mais *sociológico* do que jurídico.

A *lide* tem que ser solucionada, para que não seja comprometida a paz social e a própria estrutura do Estado, pois o conflito de interesses é o germe de desagregação da sociedade.

Formas de resolução dos conflitos de interesses: autodefesa, autocomposição e processo

Surgindo um conflito entre dois interesses *contrapostos*, pode acontecer que seja resolvido por obra dos próprios litigantes ou mediante a decisão imperativa de um terceiro, tendo-se, no primeiro caso, uma *solução parcial do conflito*, por obra *das próprias partes*, e, no segundo, uma *solução imparcial do conflito*, por ato de um terceiro, que não é parte.

São formas *parciais* de resolução dos conflitos⁶ a autodefesa e a autocomposição,⁷ e forma *imparcial*, o processo,⁸ sendo estas as três possíveis desembocaduras de um litígio.

Autodefesa – O vocábulo “autodefesa” é formado pelo prefixo “*auto*”, que significa “próprio”, e pelo substantivo “*defesa*”, traduzindo a *defesa que alguém faz de si mesmo*.⁹

como conflito juridicamente transcendente e suscetível de solução, também jurídica, mediante a autodefesa, autocomposição ou processo, que permitam sua extensão às esferas civil, penal, administrativa etc.

-
- 6 Carnelutti analisa formas diversas de composição dos conflitos, como a econômica e a ética, além da resolução pelos meios jurisdicionais.
 - 7 Deve-se a Alcalá-Zamora a primeira formulação sistemática das ideias de “processo, autocomposição e autodefesa”.
 - 8 Tanto a autocomposição quanto a autodefesa podem ser unilaterais (como na submissão ou na legítima defesa), ou bilaterais (como na transação).
 - 9 Carnelutti prefere a denominação *defesa privada*; Goldschmidt, *autojustiça*; Radbruch e Wegner, *autoajuda*; e Couture, *autotutela*. Alcalá-Zamora considera a palavra “*autotutela*” mais expressiva para designar o fenômeno, mas não a adota, primeiro porque o obrigaria a trocar o título de sua obra (*Proceso, autocomposición y autodefensa*), e, segundo, porque os civilistas falam de autotutela para denominar a perspectiva de que uma pessoa designe o seu tutor, na previsão de que ela se incapacite para o futuro.

Se fosse a autodefesa entendida na sua literalidade, ficariam de fora não poucas manifestações que nela se contêm, como a legítima defesa de terceiro e o estado de necessidade, porque, se a ideia de defesa pressupõe ataque, este faltaria no estado de necessidade, em que o padeiro, vítima de furto famélico, não é agressor do faminto, e, muito menos, o naufrago sacrificado para salvar os demais, ou o devorado pelos seus companheiros de catástrofe.

Esta forma de resolução dos conflitos é apontada como a mais primitiva, quando ainda não existia, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e impor a sua decisão aos contendores, pelo que o único meio de defesa do indivíduo ou do grupo era o emprego da força bruta contra o adversário para vencer a sua resistência.¹⁰

Nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse determinado bem da vida, e encontrasse obstáculo à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem, imperando, assim, a lei do mais forte, em que o conflito era resolvido pelos próprios indivíduos, isoladamente ou em grupo.

Nessa época, não se tinha ainda uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de uma tribo era considerado uma agressão à tribo inteira; pelo que provocava uma reação em massa da tribo agredida, buscando esta impor uma sanção à tribo agressora, aprisionando seus integrantes, matando-os, ou reduzindo-os à condição de escravos.

Por se revelar uma solução “egoísta”, em que a satisfação da necessidade de um dos litigantes não interessa à do outro, os Estados modernos geralmente a proíbem, consentindo-a em casos excepcionais, e, mesmo assim, tornando necessário um processo ulterior, justamente para, se for o caso, declarar a licitude da mesma no caso concreto.

Aponta Alcalá-Zamora, como *notas essenciais* da autodefesa: a ausência de um juiz, distinto das partes litigantes e a imposição da decisão por uma das partes à outra.¹¹

10 Nos agrupamentos primitivos, quando não existia acima dos indivíduos uma autoridade superior, capaz de decidir e de impor a sua decisão, os meios para resolver os conflitos de interesses entre seus membros eram: o acordo voluntário entre os interessados, destinado a estabelecer amigavelmente qual dos interesses opostos devia prevalecer, ou (não chegando eles a um acordo) o choque violento entre eles, empregando, um contra o outro, a própria força individual, para constringer um ao outro a abandonar a pretensão sobre o bem discutido. Como até hoje falta um poder supraestatal capaz de impor, pela força, as próprias decisões aos Estados soberanos, a *extrema ratio* [extrema razão] para resolver os conflitos entre os países é a guerra.

11 “A decisão imposta será, no geral, *egoísta*, mas esta terceira nota não é absoluta. Na legítima defesa de terceiro, a decisão provém de quem não é parte no litígio e pode ser que a decisão, imposta por quem seja alheio a ele, o seja com riscos de sua própria vida para resolvê-lo, pelo que não se pode qualificá-la de egoísta. Faltando à legítima defesa de terceiros as duas notas essenciais, ela só pode ser incluída no gênero *autodefesa* em atenção a duas considerações: uma, de direito penal, que a trata com uma variante da legítima defesa própria, e outra, de direito processual,

A esse tempo, não havia nenhum critério a nortear a resolução dos conflitos; e, se algum critério existia, era *a razão do sujeito mais forte*.

Os Estados modernos, reconhecendo que, em determinadas circunstâncias, não podem evitar que se consume uma lesão de direito, permitem que o próprio indivíduo defenda seus interesses, mesmo com o emprego, se necessário, da força material, nos limites traçados à atividade individual (delimitação legal).

Casos típicos de autodefesa podem ser citados no direito moderno: a legítima defesa, no âmbito penal; o desforço *incontinenti*, no âmbito civil; o direito de greve, no âmbito trabalhista.

Em muitos casos de autodefesa o *processo não é afastado definitivamente*; sendo o agredido dispensado de se dirigir ao juiz, mesmo porque não haverá tempo para isso; mas, posteriormente, o Estado-juiz é chamado a exercer o controle desse ato, e o fará através do processo.

Esta forma de resolução dos conflitos é altamente perniciosa, a uma, porque não satisfaz aos ideais de justiça, visto que o mais forte logrará sempre a satisfação do próprio interesse, e, a outra, porque, envolvendo, inicialmente, dois contendores, pode transformar o conflito numa verdadeira guerra.

À medida que os homens foram compreendendo que os bens, pela sua importância e limitação, e pela sua quantidade e qualidade, não justificavam uma disputa, com risco de perder tudo, o *bom senso* e a *razão* passaram a ocupar o lugar da *força bruta*, ocorrendo uma evolução para aquela forma de resolução dos conflitos denominada “autocomposição”.

Autocomposição – Registra Alcalá-Zamora que este meio de resolução dos conflitos teria convivido com a autodefesa, mas representa uma forma mais evoluída.

O vocábulo “*autocomposição*” se deve a Carnelutti, que, ao tratar dos *equivalentes jurisdicionais*, aí a incluiu, sendo integrado do prefixo *auto*, que significa “próprio”, e do substantivo “*composição*”, que equivale a *solução*, *resolução* ou *decisão do litígio por obra dos próprios litigantes*.

A autocomposição aparece como uma solução *altruísta*, pois traduz atitudes de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário. Assim, “A” desiste de reclamar o pagamento de seu crédito; “B” acede em satisfazer a dívida; a vítima de uma ofensa à honra perdoa o seu ofensor etc.

ou seja, a pessoa que resolve o conflito não é um juiz estatal, senão um *jugador ocasional*, que, neste sentido, se aproxima dos árbitros, pois resolve um *litígio* e não a *generalidade dos litígios*; mas que se distingue dos juízes privados (árbitros), porque não é designado pelas partes, mas instituído por si mesmo, em virtude da circunstância imprevista do caso que lhe toca intervir. Esta figura não poderia aproximar-se da autocomposição, porque, sendo o terceiro alheio ao interesse em conflito, não tem a que renunciar, embora sua conduta seja altamente altruísta: mas seu altruísmo refere-se à decisão e não ao litígio, e poderia ser qualificado de *externo*, em contraste com o *interno*, peculiar à autocomposição.”

Aponta Alcalá-Zamora três formas autocompositivas: *a)* renúncia ou desistência; *b)* submissão ou reconhecimento; e *c)* transação.¹²

A atitude altruísta pode provir do atacante, ou seja, de quem deduz a pretensão; do atacado, ou seja, de quem resiste à pretensão; ou de ambos, mediante concessões recíprocas. As duas primeiras são *unilaterais*, sendo que a que procede do atacante denomina-se *renúncia* ou *desistência*; a que emana do atacado chama-se *submissão* ou reconhecimento; e a terceira, que é *bilateral*, se denomina transação.

A *espontaneidade*, que deveria ser o traço essencial de toda modalidade autocompositiva, pode estar ausente, pois, muitas vezes, a desigual capacidade de resistência econômica dos litigantes ou a lentidão e carestia dos procedimentos conduzem as partes a autocomposições, que, no fundo, configuram verdadeiras rendições.

Sendo a autocomposição uma forma altruísta de composição dos conflitos, em princípio poderia parecer a mais recomendável, mas não o é, porque pode ocultar ou dissimular atos de autodefesa em que o litigante mais fraco, não podendo resistir, prefere renunciar.

Não só com frequência a espontaneidade do sacrifício do próprio interesse é apenas aparente, por envolver uma capitulação do litigante de menor resistência, como pode acontecer também que a renúncia do próprio interesse obedeça a uma errônea interpretação dele por parte do seu titular, que o leva a considerar a sua posição mais desfavorável do que na verdade é.

A autocomposição também não desapareceu dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo consentida e até estimulada em muitos casos, como é o caso da transação, no âmbito civil, e do perdão do ofendido, no âmbito penal.

Pode a autocomposição ocorrer “antes” ou “depois” do processo,¹³ e pressupõe que o litigante possua a faculdade de disposição sobre direito material, pois, quando se trata de direitos indisponíveis (*rectius*, interesses intransigíveis) ou hipóteses em que a lei imponha, obrigatoriamente, a via processual com a finalidade de constatação judicial, não pode ter lugar essa modalidade autocompositiva; razão por que são raras as autocomposições fora das esferas civil e trabalhista.

Processo – Com o evoluir dos tempos, os homens compreenderam a excelência de outro método, em que a solução dos conflitos era entregue a uma terceira pessoa, desinteressada da disputa entre os contendores, surgindo, então, a *arbitragem facultativa*, em tudo superior aos métodos anteriores.

No princípio, a arbitragem foi *voluntária*, exercida pelos sacerdotes, a pedido dos litigantes, pois se acreditava, devido à formação mística desses povos, que eles

12 Pode-se distinguir a composição da lide por obra das partes da composição por obra do juiz, e contrapor, assim, a autocomposição à heterocomposição. Como formas autocompositivas, Carne-lutti aponta três espécies: renúncia, reconhecimento (ato simples) e transação (ato complexo).

13 A autocomposição, do ponto de vista da sua relação com o processo, pode ser: extraprocessual, intraprocessual e pós-processual.

tinham ligações com os deuses e a sua decisão era a manifestação viva da vontade divina; depois, a solução dos conflitos passou a ser entregue aos anciãos do grupo, na crença de que, conhecendo eles os costumes dos antepassados, estavam em melhores condições de decidir o conflito.

De facultativa, a arbitragem, pelas vantagens que apresenta, torna-se obrigatória, e, com a arbitragem obrigatória, surge o *processo* como *última etapa* na evolução dos métodos de resolução dos conflitos.¹⁴

O *processo* se apresenta como última etapa na busca do método mais adequado para assegurar, com paz e justiça, a estabilidade da ordem jurídica, e o mais satisfatório para preservar e restabelecer a razão do que tem razão.¹⁵

Anota Alcalá-Zamora que o *processo*, juntamente com a ação e a jurisdição, constitui um dos três conceitos fundamentais do direito processual, mas dista muito de haver alcançado a sua elaboração definitiva.

A imprecisão que rodeia esses conceitos, agrega o citado jurista, poderia refletir-se com os verbos “ser” e “estar”, nos seguintes termos: do processo, sabemos onde está, mas não o que é, se uma relação ou uma situação jurídica; da jurisdição, sabemos o que é, mas não onde está, se no direito processual ou no constitucional; e, da ação, ignoramos o que é, se abstrata ou concreta, e onde está, se no direito material ou no direito processual. A situação do processualista, conclui Alcalá-Zamora, é bastante incômoda, como a de um inquilino de uma casa cujos alicerces carecem da solidez necessária.

Abstratamente considerado, o *processo* aparece como o melhor método para se resolver litígios, pela *nota de imparcialidade* que o caracteriza e pela força que se empresta às decisões nele proferidas, respaldadas pelo mecanismo coativo do

14 Conjectura-se, com base em indícios que chegaram até nós, que essa evolução se fez em quatro etapas: na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor ou entre grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado, então incipiente, intervém em questões vinculadas à religião, e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da violência ilegítima. Na segunda, surge a arbitragem facultativa: a vítima, em vez de usar da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (árbitro) para fixá-la. Na terceira etapa, aparece a arbitragem obrigatória: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como este acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para defesa do interesse lesado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolher o árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la. Finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e, através de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força, se necessário, a sentença.

15 A autocomposição não se prestaria a esse objetivo, se se considerar que existem direitos e interesses que não admitem renúncias ou transações, como o direito à vida, à integridade corporal etc., a respeito dos quais, se o Estado permitisse a autocomposição, correria o risco de desaparecer.

Estado; mas o seu funcionamento, *em concreto*, na maioria dos países,¹⁶ é objeto de severas críticas.

O processo se apresenta como meio que oferece maiores *probabilidades* de uma resolução justa e pacífica dos litígios, porque o conflito é resolvido por um *terceiro sujeito*, a ele estranho, segundo determinadas regras.

Para que o processo produza *resultados* é preciso que esse terceiro imparcial, que decide o conflito, seja mais forte do que as partes litigantes, para que possa impor, coativamente, a sua vontade, frente a qualquer intuito de desobediência ou descumprimento por parte dos contendores; pelo que se compreende que este terceiro seja o Estado.

A denominação “*processo*” é relativamente moderna e provém etimologicamente do latim *processus*, derivado de *procedere*, que significa avançar, caminhar para frente, dar um passo depois do outro.

Observa Gusmão que o emprego da palavra *processo*, com o significado que tem atualmente, data dos últimos séculos da Idade Média, pois, para traduzi-lo, os romanos usavam o termo *iudicium*. Os romanos usavam também a palavra *processus*, mas com outro significado. Assim, em vez de falarem em *directum*, para se referir ao direito, usavam o vocábulo *ius*; e, em vez de usarem o termo *processus*, usavam *iudicium*.

O processo é o instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; ou seja, o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos.

Apresenta o processo certas características não encontráveis noutros métodos de resolução dos conflitos.

No processo, a lide é resolvida por um terceiro sujeito, que é o juiz, que dele participa na qualidade de órgão estatal, investido de jurisdição imparcial e equidistante dos interesses das partes. O juiz não possui interesse direto naquilo que constitui objeto da disputa judicial; sendo o seu interesse, como órgão estatal, *secundário*, ou seja, o de aplicar o direito objetivo, *assegurando a cada um o que é seu*.

No processo, a lide é resolvida, não segundo critérios de exclusiva conveniência do juiz, mas mediante a aplicação da lei, ou seja, *com justiça*.

Em vista do seu escopo, Carnelutti define o *processo* como sendo “o conjunto de atos destinados à formação ou à atuação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração, para tal fim, de pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juizes)”.

16 A justiça brasileira, em especial, faz do processo um instrumento *perverso* de solução das lides, porque o jurisdicionado sabe o dia em que entra nela, mas nunca o dia em que sai; mormente nas demandas que envolvem questões de direito de família, como a guarda de filhos, a separação judicial, o divórcio etc.

Ao se referir à *formação* de comandos jurídicos, Carnelutti tem em vista o processo de conhecimento, e, ao referir-se à *atuação* de comandos jurídicos, tem em vista o processo de execução.

Grosso modo o processo é a “*operação, mediante a qual se obtém a composição da lide*”.

O processo não se compõe de um único ato, mas de um *conjunto de atos* coordenados entre si e ligados uns aos outros pelo fim colimado, que é o de obter a *justa composição da lide*.

Os atos processuais são praticados pelo juiz, figura relevante no processo, pelas partes, pelos auxiliares da justiça (escrivão, oficial de justiça etc.), pelos colaboradores eventuais (peritos, intérpretes etc.), terceiros desinteressados (testemunhas), tendo alguns partícipes interesse envolvido em lide, *como as partes*, e outros desinteressados, apenas colaborando com o Estado na distribuição da justiça, como as testemunhas.

Para Couture, o processo é “um meio idôneo para dirimir imparcialmente, por ato de juízo da autoridade, um conflito de interesses com relevância jurídica”, sendo que, no plano doutrinário, o processo é um só, ainda que o conflito se produza em distintos âmbitos do direito.

Processo e atuação do direito objetivo. Teoria unitária e teoria dualista do ordenamento jurídico

Na concepção de Carnelutti, chama-se *direito objetivo* ou *ordenamento jurídico* ao conjunto de mandamentos jurídicos ou preceitos legais que se constituem entre seus membros.

O *direito objetivo* se constitui pela formulação de preceitos e imposição de sanções; *observa-se* mediante a conduta dos interessados de acordo com os preceitos; e *atua-se* mediante uma força que submete às sanções os rebeldes à sua observância.

A forma mais expressiva de manifestação do direito objetivo é a lei no sentido amplo (Constituição, leis, decretos etc.)

As relações entre o *processo* e o *direito objetivo* podem ser vistas sob um duplo aspecto:

a) para uns, o processo é um método de *atuação do direito objetivo*, em nada contribuindo para acrescentar ou enriquecer o ordenamento jurídico;

b) para outros, o processo é um método de *complementação do direito objetivo*, acrescentando algo, que antes dele não existia, qual seja, a sentença que ele proporcionou.

Entre os adeptos da primeira corrente está Chiovenda, para quem o ordenamento jurídico cinde-se em *direito material* e *direito processual*, sendo que o primeiro *cria* a regra abstrata (a lei), que se torna concreta no momento em que ocorre o

fato nela previsto, *automaticamente*, sem qualquer participação do juiz; enquanto o segundo *atua* o direito objetivo (da lei), em nada contribuindo para a formação de normas concretas.

Para quem assim pensa, o direito subjetivo e obrigação *preexistem* ao processo.

Esta teoria ficou conhecida como “teoria dualista” do ordenamento jurídico.

A segunda corrente conta com o prestígio de Carnelutti, para quem o direito objetivo não tem condições para disciplinar, sempre, todos os conflitos de interesses que emergem no meio social, sendo necessário, muitas vezes, o processo, para a *complementação* dos comandos da lei. O comando contido na lei é incompleto; é como se fosse um arco, que a sentença completa, transformando em círculo.

Para quem assim pensa, não é tão nítida a cisão entre o *direito material* e o *direito processual*, pois o processo participa da *criação* dos direitos subjetivos e obrigações, que só nascem efetivamente quando existe uma sentença a respeito;¹⁷ tendo, assim, o processo o escopo de *compor a lide*, ditando a norma concreta que a soluciona.

Esta teoria ficou conhecida como “teoria unitária” do ordenamento jurídico.

Como se vê, não basta o ordenamento jurídico criar os sujeitos de direito, preservá-los e distribuir entre eles os bens da vida, pelo que o Estado se preocupa em instituir um método adequado, para dirimir os eventuais conflitos de interesses entre os litigantes, a fim de que a sociedade não se desorganize com as controvérsias entre seus membros.

Na visão *chiovendiana*, o direito objetivo é atuado normalmente no meio social, na medida em que de modo espontâneo são satisfeitos os interesses tutelados pela norma jurídica, atuação *fisiológica* que é feita quase inconscientemente pelos titulares dos interesses em conflito. Assim, se adquiro alguma coisa no comércio, realizo um contrato de compra e venda; se viajo de ônibus, celebro um contrato de transportes etc.

Sucedem, porém, que, muitas vezes, o interesse cuja proteção se pretende é duvidoso, ou duvidoso é o meio de efetivá-lo, ou incerta é a regra legal a ser aplicada, ou a prestação que se exige do obrigado, ou mesmo a obrigação que deve ser satisfeita; tudo isso gerando dúvidas e discussões que o simples *comando* abstrato contido na lei é incapaz de solucionar. Não sendo permitido aos próprios litigantes a resolução do conflito, torna-se necessário afastar o obstáculo que se opõe à satisfação do interesse tutelado pelo direito objetivo (a lei), caso em que este passa por um momento de atuação *patológico*, encontrando, então, no processo, a sua normal realização.¹⁸

17 Na medida em que o processo proporciona uma sentença, contribui para *criar o direito objetivo*, pois a sentença passa a integrar a ordem jurídica, que dinamicamente se completa, a partir da Constituição, como as leis, os decretos, os atos jurídicos, os contratos etc., formando o ordenamento jurídico como um todo.

18 A atuação coercitiva do direito passou a ser uma função pública, que o Estado reclamou para si, por razões de interesse social, a partir do momento em que proibiu a defesa privada, consentindo-a apenas em casos excepcionais.

O processo se realiza para que a lide seja resolvida *com justiça*, mediante a aplicação da lei, pelo que, onde não houver ordenação de conduta em sociedade, não haverá lugar para o *processo*, pois a resolução das lides, através do processo, se dá pela atuação do comando legal, extraído pelo juiz do ordenamento jurídico.¹⁹

Escopo do processo. Teoria subjetivista, objetivista e mista

Em doutrina, não existe uniformidade de entendimento sobre qual seja o verdadeiro escopo do processo, sustentando uns que o processo tende à *tutela dos direitos subjetivos*; outros, que tende à simples *atuação do direito objetivo*; e outros mais tentando *conciliar* essas duas tendências.

Alfredo Rocco nega que haja um escopo do processo, pois o processo, como conjunto de atividades, subordinadas a determinadas condições e ligadas a determinados termos, não tem, por si mesmo, um escopo. Portanto, quando se fala num *escopo*, refere-se sempre a um sujeito que se proponha a alcançá-lo, e como, no processo, esses sujeitos são o Estado-juiz e as partes, é natural que cada um deles se proponha a alcançar determinados escopos; pelo que, na realidade, não há escopo do processo, senão um *escopo dos sujeitos processuais*.

Para a *corrente subjetivista*, o processo funcionaria como instrumento de defesa do direito subjetivo violado ou ameaçado de violação, sendo este o pensamento de Hellwig e Weisman, para os quais o escopo do processo seria a *tutela dos direitos subjetivos*.

Adverte Alfredo Rocco que essa fórmula, “tutela dos direitos subjetivos”, para assinalar o escopo do processo, não é completamente exata, pois, se o direito subjetivo é “um interesse juridicamente protegido”, o conceito de tutela já é um elemento constitutivo do próprio direito subjetivo, pelo que falar-se na “tutela de um direito” reduz-se a uma simples repetição de conceito. A tutela de uma tutela é uma superfetação lógica e prática.

Assinala o citado jurista que a atividade jurisdicional, como toda atividade estatal, é desenvolvida no *interesse comum* de todos os cidadãos, sendo esse interesse comum que os objetivos garantidos pelo direito sejam efetivamente alcançados. A satisfação dos interesses privados é, na verdade, o resultado e não o escopo dessa atividade. A fórmula *tutela dos direitos subjetivos* confunde, pois, o *escopo da ação* com o *escopo do processo*.

19 Se o direito objetivo fosse cumprido espontaneamente pelos destinatários dos comandos jurídicos, não haveria que se falar na realização *coativa* do direito, pois tudo se passaria conforme a vontade da lei. Embora a lei regule o conflito de interesses, é sabido que, muitas vezes, o titular do interesse subordinado não concorda com a atribuição de um determinado bem da vida ao titular do interesse subordinante, surgindo aí um conflito, a ser dirimido por um órgão do Estado. Como se vê, o processo, como *método* ou *operação* através da qual se obtém a composição da lide, mantém um estreito relacionamento com o direito objetivo.

A *teoria objetivista*, seguida por Bülow, na Alemanha, e Chiovenda, na Itália, situa o objetivo do processo na *atuação do direito objetivo*, ou, mais precisamente, na *vontade da lei*, como expressão da vontade do Estado.

O Estado, ensina Chiovenda, cria o direito objetivo (a lei), normatizando a conduta das pessoas, mediante *comandos abstratos*, que se transformam em *concretos*, quando ocorre o fato nele previsto, pelo que, quando o obrigado não ajusta a sua conduta à previsão legal, intervém o juiz para fazer com que esse comando concreto seja efetivamente cumprido.

O processo visa ao *escopo objetivo* de fazer atuar a lei, pelo que os escopos do autor e o do processo só coincidirão no caso de ser fundada a demanda. A sentença, porém, é sempre atuação da lei, seja a demanda fundada ou infundada, pois, acolhendo-a ou rejeitando-a, o juiz afirma uma vontade positiva ou negativa de lei concernente ao caso decidido. Destarte, não serve o processo a uma ou a outra das partes, mas àquela que, segundo o juiz, está com a razão.

É verdade que o juiz só atua a pedido da parte, mas esse fato, observa Chiovenda, não conduz a diferente concepção do escopo do processo, pois uma coisa é a natureza de uma função, e outra, o interesse do seu exercício no caso concreto. Embora o primeiro interessado em pedir a atuação da lei seja o indivíduo, isso não obsta a que aquilo que ele peça seja a atuação da lei; de tal modo que, em grosseira comparação, se alguém adquire alguma coisa no comércio, provê ao seu interesse, mas o ato do negociante em si não visa a satisfazer o interesse de quem compra, e, sim, aos objetivos gerais do seu comércio.

A concepção *puramente objetiva* do escopo do processo,²⁰ observa Alfredo Rocco, tem o defeito fundamental de ser excessivamente abstrata e formalista e não tomar em consideração a função essencial e o conteúdo substancial da norma jurídica. O direito objetivo não é um fim em si mesmo, mas garantia de escopos ou tutela de interesses, pelo que uma atuação pura e simples do direito objetivo nem seria concebível.

Assinala Alfredo Rocco que a discrepância entre as duas concepções do processo depende do diferente ponto de vista, a partir do qual se considere o escopo processual: a) a concepção *objetivista* considera somente o escopo do Estado, e assinala como escopo do processo a atuação do direito objetivo ou da lei, que é expressão da vontade do Estado; b) a concepção *subjetivista* considera somente o escopo de uma das partes, precisamente do autor, e considera, por isso, como escopo do processo, a tutela dos direitos subjetivos.

Para o citado jurista, o Estado tem um *interesse próprio* na realização dos *interesses privados* tutelados pelo direito objetivo,²¹ sendo este o escopo a que se pro-

20 Para Ugo Rocco, não se deve adotar a defeituosa fórmula *atuação do direito objetivo* porque o Estado não tende tanto a atuar as normas jurídicas quanto a realizar, em lugar dos titulares do direito subjetivo, com o uso da força, os interesses tutelados pelas normas jurídicas, quer dizer, os direitos subjetivos; e, mais, a declarar a certeza da existência dos mesmos.

21 O interesse privado é um interesse primário, tutelado diretamente pela lei, enquanto o interesse do Estado é um interesse secundário, de fazer atuar a lei.

põe, através do processo; de tal modo que o escopo de cada uma das partes (autor e réu) pode coincidir, mas pode, também, não coincidir com o escopo do Estado; e só quando se verifica tal coincidência o *escopo da parte* se identifica com o *escopo do Estado*, o qual faz próprio e o realiza com a força da sua soberania.

Uma terceira corrente encabeçada por Betti, na Itália, e Couture, na América Latina, busca *conciliar* a teoria subjetivista com a objetivista, mesclando essas duas posições, podendo ser chamada de *subjetivo-objetivista* ou *mista*.

Essa teoria assinala que entre as duas formulações, a *subjetivista* e a *objetivista*, não existe um real contraste de substância, pois os direitos subjetivos não são algo que se possa separar e contrapor ao direito objetivo, mas produto de valorações jurídicas expressas pelo próprio direito objetivo, e, neste sentido, identificam-se com ele.

Para Betti, nem é de se crer que o direito objetivo possa ser atuado, no processo, como norma geral e abstrata, porque faltaria o interesse de agir numa demanda em que se pedisse ao juiz a interpretação de uma norma jurídica na sua abstração e generalidade, fora de um caso concreto. O direito objetivo não pode ser atuado senão como regra concreta e específica de uma determinada relação jurídica ou estado jurídico, que, se existente de fato, confere ao interessado um direito subjetivo, ou uma posição de superioridade, em confronto com outros.

Não obstante isso, a fórmula “atuação da lei” ou “do *direito objetivo*” é preferível à outra, de *defesa do direito subjetivo*, pelo equívoco que esta poderia fazer incidir, de se acreditar que o processo funcionaria no interesse das partes em conflito, quando, na realidade, ele não funciona no interesse de uma ou outra das partes, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio de se alcançar a finalidade do processo, enquanto o interesse privado é utilizado como aparelho propulsor para satisfazer o interesse público na atuação da lei, para a composição do conflito. O escopo de cada uma das partes é ter razão; mas a finalidade do processo, ao invés, é dar razão a quem tem, e dar razão a quem tem não é um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade.

Repete Betti as considerações feitas, antes, por Chiovenda, de que uma coisa é a natureza de uma função, como aquela do processo; e outra coisa o interesse particular que possa ter o indivíduo no seu exercício no caso específico, como o interesse de agir do autor e de contradizer do réu; pelo que, ainda que o primeiro interessado em provocar a atuação da lei seja o litigante que tenha razão, isto não impede que aquilo que ele peça seja precisamente a atuação da lei.

Para quem reconhece o escopo do processo, no sentido precisado, exclui que nele se exerça uma jurisdição de mero direito objetivo, para fazer observar a lei, independentemente do reconhecimento de direitos subjetivos em relação a quem o juiz é chamado a atuar. Uma jurisdição de mero direito objetivo, neste sentido, conquanto concebível abstratamente, repugna à natureza mesma do processo, e não condiz senão com o processo penal, para quem prescinda de um direito subjetivo de punir do Estado.

Couture segue essa mesma linha, pondo em relevo a função *pública* e a função *privada* do processo.

Bibliografia

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Direito processual civil**. São Paulo: RT, 1971. v. 1.
- BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEa, 1973. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires: EJEa, 1971. v. I.
- _____. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJEa, 1950. v. I.
- _____. **Derecho y proceso**. Buenos Aires: EJEa, 1971. v. I.
- _____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1986. v. 2.
- _____. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- _____. **Teoria general del derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Unam, 1970.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- GUSMÃO, Manuel Aureliano de. **Processo civil e comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934.
- MARQUES, José Dias. **Introdução ao estudo do direito**. Coimbra: Faculdade de Direito de Lisboa.
- MOREIRA, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I.
- ROCCO, Alfredo. **La sentenza civil**. Milano: Giuffrè, 1962.
- ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogota-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969. v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

2

DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL

Análise comparativa dos processos romano, germânico e comum medieval. Evolução da doutrina processual. Revisão científica do direito processual. Autonomia e publicização do direito processual. Unitarismo e dualismo na ciência do processo: evolução e significação da parêmia. Elaboração de uma teoria geral do processo. Tendência unificadora e suas manifestações doutrinárias e legislativas. Trilogia estrutural do direito processual: jurisdição, ação e processo.

Análise comparativa dos processos romano, germânico e comum medieval

O direito processual, como ramo autônomo da ciência do direito, é relativamente recente, tendo pouco mais de cem anos;¹ mas o que ele tem de recente, o processo, como método de resolução das lides, tem de antigo; embora apenas em Roma tenha alcançado o seu mais alto grau de evolução.²

O processo já era praticado em Roma, segundo ritos que satisfaziam plenamente aos ideais de justiça da época, quando ocorreu a queda do Império Romano do Ocidente, invadido pelos bárbaros, possuidores de uma cultura ainda primitiva, o que provocou um verdadeiro choque entre duas culturas e dois métodos completamente diferentes de se fazer justiça: de um lado, o processo romano, altamente aprimorado, e, de outro, o processo germânico, ainda rudimentar e de fundo místico-religioso.

Os invasores germânicos, como vencedores, procuraram impor aos romanos vencidos o seu método de resolução dos conflitos, infinitamente inferior ao processo romano, que, contudo, continuou resistindo ao desaparecimento; havendo época em que esses dois tipos de processo chegaram a conviver em Roma, sobretudo pelos esforços da Igreja, preocupada com a manutenção das instituições romanas, mesmo porque o direito por ela aplicado era de fundo romano-canônico.

-
- 1 O marco do nascimento do direito processual como ciência foi o livro de Oskar von Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden um die Prozessvoraussetzungen* (A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais) em Giessen, na Alemanha, no ano de 1868.
 - 2 As instituições jurídicas, em geral, evoluíram de tal forma em Roma que até hoje o direito de quase todas as nações cultas do mundo se inspira no direito romano.

Com a criação da Universidade de Bolonha, no século XI da Era Cristã, surgiu a Escola dos Glosadores e, posteriormente, a Escola dos Pós-Glosadores, que muito se preocuparam com o estudo do direito romano, procurando adaptá-lo às necessidades do seu tempo; fazendo surgir, em consequência desses estudos, um tipo de processo chamado *processo comum medieval*, de fundo romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos e de novos institutos espontaneamente formados pelo uso.

Chiovenda procedeu a uma *análise comparativa* entre esses três tipos de processo, romano, germânico e comum medieval, que reproduzo, resumidamente, ressaltando em cada um: I – *o escopo do processo*; II – *a função do juiz*; III – *os atos do juiz*; IV – *a função da prova*; V – *a coisa julgada*; e VI – *a forma do processo*.

I – Quanto ao *escopo do processo*, consiste o *processo romano* na atuação da vontade da lei relativamente a um determinado bem da vida (*res in iudicium deducta*).³ A vontade da lei, entendida como um preceito comum (*comunae praeceptum*), é uma entidade superior que impera sobre o pretor, como o pretor impera sobre o povo. O pretor está entre o povo e a lei; sendo ele a *vox legis*. A finalidade do processo é, então, atuar a lei.

No *processo germânico*, enfraquecida a ideia de Estado e da lei como expressão da sua vontade, o processo se apresenta como um meio de pacificação social, pela pacificação dos litigantes. O processo é direcionado menos a decidir do que a dirimir as contendas, fazendo depender a solução delas, não do convencimento do juiz, mas do resultado de certas experiências (juízos de Deus). O fim do processo é, então, obter a conciliação dos litigantes, inclusive mediante a reparação do dano.

O *processo comum medieval* se apresenta como um modo de resolução de questões; sendo o processo considerado como campo de uma atividade privada, e estudado exclusivamente do ponto de vista do interesse e do direito privado. Somente é possível resolver a questão principal na medida em que o juiz resolve as questões envolvidas pela questão principal. O juiz é competente? Eis aí uma questão, que não é a principal. A principal é saber se o réu deve ou não pagar ao autor certa quantia. Tal processo não resulta de nenhuma lei; havendo uma construção da doutrina, ainda incipiente, que se impõe como meio de resolver as controvérsias.

II – Quanto à *função do juiz*, no *processo romano*, o pretor exerce uma função pública, que é a *iurisdictio*; poder este decorrente da soberania estatal e indelegável,⁴ cabendo ao pretor tomar conhecimento dos fatos e submetê-los ao crivo da lei. Tal é a função do juiz romano.

No *processo germânico*, jamais se exerceu poder semelhante, pois os negócios judiciais são tratados em assembleias populares,⁵ tendo o juiz a função de coor-

3 “Coisa deduzida em juízo.”

4 A delegação só era possível nos casos expressamente indicados nas fontes, como quando o pretor partia para a guerra.

5 Essas assembleias populares eram chamadas “*Dings*”.

denar a atuação dos litigantes, proclamando, com a vitória do vencedor, a decisão da causa. A função do juiz limita-se a declarar o que há a provar e por que meio deve ser provado. Depois disto, limita-se o juiz a assistir à experiência probatória e certificar-se mecanicamente do seu resultado.

No *processo comum medieval*, a função do juiz é tomar conhecimento das questões, no que se assemelhava ao romano; mas esse processo reduz a tarefa do juiz a uma verificação quase aritmética do concurso do número de elementos necessários para formar, no caso concreto, o que se chama a “verdade legal”. A atividade do juiz não é a de avaliar racionalmente a prova. Uma vez obliterada⁶ a natureza jurídica do processo, como campo de exercício de uma função pública (*iurisdictio*), o processo passa a ser considerado como campo de uma atividade privada e estudado exclusivamente do ponto de vista do interesse e do direito privado.

III – Quanto aos atos do juiz, o *processo romano* se resume às *interlocutiones* e *sententiae*; sendo a sentença o ato que, acolhendo ou rejeitando a demanda, põe fim à contestabilidade de um bem da vida; ou, em outros termos, um provimento do juiz que resolve sobre o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o, definindo a lide, com a atuação da vontade da lei. A sentença é apenas a decisão definitiva, quer dizer, aquela que resolve o mérito da demanda, pois todas as medidas tomadas pelo juiz, no decorrer do processo, são *interlocutiones*, pelo que com uma *interlocutio*⁷ ordena-se a citação, declara-se inadmissível a apelação, dispõe-se sobre provas etc.

No *processo germânico*, não há semelhante distinção, pois com a queda do princípio da livre convicção do juiz passou a haver uma sentença central sobre provas, que recebe o nome de sentença, mas que constitui, na verdade, a verdadeira decisão da causa, visto que a vitória ou a derrota da parte, expressa na última decisão do juiz, mais não é do que a consequência automática da decisão deste, enunciada ou declarada preventivamente. A sentença é, na realidade, a decisão que provê sobre a prova, constituindo uma verdadeira decisão potencial da causa.

O *processo comum medieval* afasta-se do processo romano, neste ponto, por influência do processo germânico, sendo a sentença uma definição do juiz, que põe fim à lide. Assim, a sentença definitiva é a que *define* as questões principais; sentenças interlocutórias, as que decidem as questões incidentes. As sentenças interlocutórias substituem as *interlocutiones*, e passam a ser apeláveis, passando também em julgado.

IV – Quanto à *função da prova*, destina-se ela, no processo romano, a proporcionar ao juiz o conhecimento dos fatos alegados, formando a sua livre convicção, o qual profere a decisão pela livre observação e estimativa dos fatos. O juiz forma livremente a sua convicção, segundo a prova dos autos. A prova dirige-se ao juiz e representa um encargo que compete ao autor. Ao juiz romano repugnava julgar segundo critérios formais, preestabelecidos ou convencionais, preferindo fazê-lo pela observação dos fatos.

6 Obliterar significa fazer desaparecer pouco a pouco, mas deixando alguns vestígios.

7 “*Interlocutio*” significa “entre uma fala e outra”.

No *processo germânico*, a prova é dirigida mais ao adversário do que ao juiz e se apresenta como uma vantagem que compete a quem é atacado, isto é, o réu; sendo os meios de provas os duelos e as ordálias ou juízos de Deus.

No *processo comum medieval*, a prova é regulada por um complexo de normas formais, chamado *sistema da prova legal*, que disciplina minuciosamente os meios de provas admissíveis e o modo de serem produzidas, bem assim a influência que devam ter no convencimento do juiz. A admissibilidade do testemunho dependia do sexo, da fama, da fortuna, do número; não podendo o testemunho de umas tantas pessoas do povo prevalecer sobre o testemunho de um nobre.

V – Quanto à *coisa julgada*, no *processo romano*, é a expressão de exigência de certeza e segurança no gozo dos bens da vida; ou seja, a *res in iudicium deducta*,⁸ depois de *iudicata*. Não pensavam os romanos em atribuir ao que o juiz afirma, só porque o juiz o afirma, uma presunção da verdade.

No *processo germânico*, a coisa julgada simplesmente não existia.

No *processo comum medieval*, a coisa julgada não mais se compreende como a simples expressão de exigência prática de certeza e segurança no gozo dos bens da vida, mas como uma “presunção de verdade” daquilo que o juiz, como tal, declara, vulgarizando-se a máxima “a coisa julgada faz do branco, preto; do quadrado, redondo”.⁹ Qualquer sentença é recorrível e passa em julgado, inclusive as sentenças interlocutórias.

VI – Quanto à *forma do processo*, o processo romano era oral, pois só o processo oral permite ao juiz formar sua convicção com base na observação pessoal e direta do material da causa. O *processo oral* tem o sentido de que o juiz que deve proferir a decisão é aquele que recolhe os elementos de convicção, interroga as partes e testemunhas (*imediação*). A fim de que isto se torne possível, o juiz deve ser o mesmo do princípio ao fim da causa (*identidade do juiz*); as atividades processuais concentram-se em breve período de tempo, desdobrando-se sem interrupção, resolvendo-se os incidentes em ato contínuo (*concentração*); no contato entre as partes e o juiz serve de meio de comunicação a viva voz (*oralidade*); e todos os atos processuais se efetivam com a colaboração das partes (*publicidade*). O *processo romano* foi eminentemente oral, embora nele houvesse também escritos.

O *processo germânico* também é oral, explicada, contudo, a oralidade não por causas íntimas, como o romano, mas por causas exteriores, em razão da ignorância da escrita, por serem analfabetos.

O *processo comum medieval*, ao contrário do processo romano, é inteiramente escrito, regulado por princípios opostos aos da imediação, concentração, identidade do juiz e publicidade. O procedimento desenvolve-se em várias fases, e juízes diferentes podem funcionar numa ou noutra fase. O processo é excessivamente

8 “Coisa deduzida em juízo.”

9 “*Res iudicata facit de albo nigrum, de quadrata rotunda.*”

lento e demorado; as partes não comparecem, mas depositam em juízo seus escritos; e os depoimentos são colhidos por escrito numa ata, registrando-se não apenas as respostas das partes ou das testemunhas, mas também as suas perguntas.

Em síntese, são essas as principais características dos três tipos de processo: romano, germânico e comum medieval.

Evolução da doutrina processual

Durante muitos séculos, o processo foi praticado sem que houvesse preocupação com a elaboração científica dos seus institutos, tendo só recentemente sido empreendida a construção do direito processual como *sistema de princípios*.¹⁰

A *evolução da doutrina processual*¹¹ pode ser delineada em cinco etapas, a saber: 1) primitivismo; 2) judicialismo; 3) praxismo; 4) procedimentalismo; e 5) processualismo científico.¹²

1) O *primitivismo* se refere ao *período primitivo*, que se perde nas dobras dos tempos, alcançando pelo outro extremo o século XI da Era Cristã; em que não havia, propriamente, autênticas exposições processuais, mas obras de diferente data, nacionalidade e natureza, onde se encontram dados e ideias acerca da justiça e do seu funcionamento.

2) O *judicialismo* assim se denominou por ser o *iudicium* (juízo) um termo tão enraizado na linguagem processual de então que o seu conceito se destaca, com seus sujeitos e suas fases, nos trabalhos da época.¹³

A *Escola Judicialista* nasceu em Bolonha, na Itália, com a criação da primeira Universidade, no ano de 1088, tendo Bolonha representado para o direito processual o que Roma representou para o direito civil; não que antes não se conhecesse o processo e suas instituições, mas porque não se contava, até então, com exposições especialmente dedicadas ao seu estudo. Os jurisconsultos da escola bolonhesa produzem, principalmente entre os séculos XII e XIII, obras de grande envergadura

10 Grosso modo, a *história* do direito processual pode ser assim delineada: a) em Roma; b) Bolonha, o direito comum e a recepção; c) a Revolução Francesa e a codificação napoleônica; e d) Bülow, na doutrina, e Klein, na legislação. Essas etapas, adverte Alcalá-Zamora, não são compartimentos estanques, mas momentos capitais entrelaçados entre si.

11 Essa evolução foi exposta por Alcalá-Zamora, numa conferência em São José da Costa Rica sobre o tema “Evolução da Doutrina Processual”. Esta conferência vem reproduzida às fls. 293 a 331 dos seus *Estudios*. Em “Notas Tomadas de um Curso de Teoria Geral do Processo”, incluía o autor, entre a etapa primitiva e a escola judicialista, a etapa da “Literatura Romana”, o que elevava para seis os períodos.

12 A conferência vem reproduzida às fls. 293 a 331 da obra citada nestes *Estudios*. Em “Notas Tomadas de um Curso de Teoria Geral do Processo”, incluía o autor, entre a etapa primitiva e a escola judicialista, a denominada etapa da “literatura romana”, o que elevava para seis os períodos.

13 Juízo tem processualmente, pelo menos, dois significados fundamentais: o estrito, que equivale à *sentença*, isto é, ao juízo judicial sobre o litígio; e o amplo, como sinônimo de processo. É à segunda dessas acepções que agora nos referimos.

para a época, destacando, na maioria das vezes, o conceito de “*iudicium*”, como a *Ordo Iudiciarius*,¹⁴ de Tancredo, e o *Speculum Iudiciale*,¹⁵ de Guilherme Duranti.

Os *judicialistas*¹⁶ trabalharam, sobretudo, sobre o direito comum, de fundo romano-canônico, e também medieval italiano e ítalo-canônico.

Esse direito comum, do qual provém o sistema continental europeu, propagou-se, e dentro dele o regime dos juízos, mediante a acolhida que teve nas principais nações da Europa, entre os séculos XIII a XV, fenômeno que ficou conhecido como “*recepção*”.

Pelo menos três fatores –, científico, religioso e político –, explicam o êxito que teve a *recepção* em toda a Europa. Por um lado, os estudantes europeus, atraídos pelo prestígio das universidades italianas, acorriam às suas aulas, e, ao regressarem a seus países, foram substituindo, de maneira paulatina e incessante, nas suas atuações como juízes e advogados, o direito nacional germânico pelo direito comum. Por outro lado, os tribunais eclesiásticos aplicavam o direito comum, nos casos por eles julgados. Por fim, os monarcas viram na ressurreição do direito romano o instrumento ideal para firmar seu poder sobre os particularismos locais.

3) O *praxismo* se revela no início do século XVI e vai até o começo do século XIX, sendo um dos mais longos períodos nessa evolução.

A invenção da imprensa, ao facilitar a difusão do pensamento, multiplica de tal forma a aparição de livros, que a evolução da doutrina processual se faz de forma diversa nos diversos países europeus.

A palavra “*praxismo*” é derivada de *praxis*, que significa “aquilo que se pratica habitualmente, rotina, uso, prática”, contrapondo-se à *theoria*, que significa “ação de contemplar, de examinar”. Enquanto a teoria expressa uma reflexão, a praxe, ao contrário, se revela dinâmica.

Esse período denominou-se *praxismo* porque o direito processual foi considerado pelos juristas, advogados e práticos como um conjunto de recomendações práticas sobre *o modo de se proceder em juízo*, mais preocupados com a forma de se realizar o processo do que com os estudos teóricos do processo. Os trabalhos dessa época eram impregnados de nítida preocupação forense; considerando apenas questões de ordem prática,¹⁷ sendo grande a preocupação dos praxistas em “dar fórmulas ou receitas para levar adiante os procedimentos”.

14 “Ordem Judiciária.”

15 “Espelho Judicial.”

16 Um setor muito característico dentro da produção dos judicialistas era constituído pelos pequenos “resumos” ou “compêndios”, que dividem os processos em fases denominadas tempos. Esta divisão do processo em tempos constitui o germe do conceito de preclusão.

17 Analisando a variante espanhola desta tendência, assim se manifesta Alcalá-Zamora: “Caracteriza-se ela, dentre outros, pelos seguintes traços: contemplação da matéria processual mais como uma arte do que como uma ciência; qualidade de práticos da maioria dos autores, que, por isto, escreviam em castelhano e não em latim; atenção prestada ao *stylus curiae* [estilo da cúria romana] que oferece grande analogia com o estilo em uso; predomínio frequente das opiniões

As denominações das obras surgidas nesse período refletem bem as suas características: “Espelho das Ações”, “Regimento de Juizes”, “*Practica Nova Imperialis Rerum Criminalium*”,¹⁸ “Elementos de Prática Forense” etc.

4) O *procedimentalismo* é um produto fundamentalmente francês e coincide com a Revolução Francesa, tendo a *organização judiciária*, a *competência* e, sobretudo, o *procedimento* esgotado o conteúdo das obras desta época. Se bem que o seu método expositivo supere em muito o dos práticos, não conseguem os procedimentalistas situar-se no nível de outros ramos jurídicos.

O método utilizado pelos procedimentalistas era meramente descritivo de fenômenos processuais, faltando colocações teóricas acerca de noções essenciais do direito processual, começando pela própria noção de *procedimento*, que constituiu uma das grandes preocupações desta Escola. Os livros desse período chamavam-se *procedimentos ou direito processual*, mas encontram-se, ainda, a meio caminho entre o praxismo e a fase científica do direito processual, da etapa subsequente.¹⁹

A causa política do procedimentalismo foi, sem dúvida, a Revolução Francesa, e a sua causa jurídica, a codificação napoleônica,²⁰ que, ao separar a legislação processual civil (1806) da legislação processual penal (1808), e, ambas, dos respectivos corpos legais substantivos,²¹ marca um roteiro que é logo seguido por outras nações, fazendo brotar cátedras e livros independentes consagrados ao seu estudo.²²

Em 1856, brota a famosa polêmica entre Windscheid e Muther sobre o conceito de ação, doze anos antes da aparição da obra de Bülow (1868), que marca o nascimento do direito processual como ciência.

O *procedimentalismo* constituiu um importante passo na evolução do direito processual, pois o processo deixou de ser realizado de acordo com a praxe e passou

dos práticos, sobre os próprios preceitos legais, deformados e inclusive anulados pelas mesmas; tonalidade nacional mais marcada que em outras tendências”. Nos livros da época predominava sempre a voz *prática* (forense ou judicial) ou *praxe*.

18 “Nova prática imperial dos feitos criminais.”

19 As obras de caráter procedimentalista realizam uma análise exegética dos textos legais e uma descrição dos fenômenos processuais, com base na regulamentação legal.

20 Outro fator, embora secundário, apontado pelo próprio Alcalá-Zamora foi a obra do inglês Jeremias Bentham, especialmente o seu *Tratado das provas judiciais* e outras, dele ou de seus discípulos, que tiveram uma ressonância extraordinária não somente na Inglaterra como também em toda a Europa.

21 Na própria França, as Ordenações de Luís XIV deslindam e agrupam as normas processuais separadas dos preceitos substantivos (em 1667, sobre procedimento civil, e, em 1670, sobre procedimento criminal), mas o intento não logrou a ressonância e o êxito dos corpos legais processuais promulgados por Napoleão.

22 O procedimentalismo transcende as fronteiras da França e alcança diversos países europeus (Itália, Espanha, Alemanha e Inglaterra), fazendo surgir verdadeiros tratados e nomes como Jeremias Bentham (inglês), Mittermaier (alemão) e Bonnier (francês), cujas obras aparecem entre 1827 e 1843.

a ter na lei a sua regulamentação; além de ter feito com que o praxismo perdesse a sua influência na Europa.

Esse período alcança a segunda metade do século XIX, quando a doutrina procede a uma verdadeira *revisão científica do direito processual*.

Revisão científica do direito processual

O *processualismo científico* tem início no ano de 1868, quando Bülow publica, em Giessen, Alemanha, uma obra intitulada **Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais**,²³ assentando o marco da elaboração do direito processual como um “sistema de princípios”.²⁴

Fala-se, então, em *processualismo científico*, porque não se trata mais de conhecer o processo segundo a praxe, nem de abordá-lo pela forma como a lei regula o processo, mas de tomar como ponto de partida o estudo do próprio processo, segundo a sua natureza jurídica, e, assim, todos os institutos básicos do direito processual.

Começa Bülow por assinalar que a ciência processual civil tinha um longo caminho a percorrer, para alcançar o progresso a que se havia chegado nos demais campos do direito, pois jaziam na penumbra as mais importantes e básicas ideias processuais, obscurecidas por uma construção conceitual inadequada e uma errônea terminologia, ambas herança do direito medieval e conservadas com a maior fidelidade e constância.

Concebe Bülow, então, o processo como uma *relação jurídica*, demonstrando ser ele uma relação de direitos e obrigações entre as partes e o juiz, ou seja, uma relação jurídica processual, quando destacou a noção de *processo* da noção de *procedimento*. O *processo* é uma relação jurídica pública que avança gradualmente e se desenvolve passo a passo. Essa relação jurídica não se identifica com as relações jurídicas privadas, que constituem a matéria do debate judicial porque estas se apresentam totalmente concluídas, enquanto aquela se encontra apenas no embrião. Em vez de considerar o processo como sendo uma relação jurídica de direito público que se desenvolve de modo progressivo entre o juiz e as partes, a ciência processual tem destacado, sempre e unicamente, aquele aspecto da noção de processo que salta à vista da maioria: a sua marcha ou avanço gradual, o *procedimento*.

Anota Alcalá-Zamora que, quer se aceite, quer se rechace a doutrina de Bülow, não se pode discutir que o seu livro teve dois triunfos decisivos: 1º) buscado uma explicação publicista para a natureza jurídica do processo,²⁵ mercê da qual ficaram definitivamente superadas as interpretações privatistas, que imaginaram o proces-

23 Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.

24 Alguns autores assinalam duas datas como início do processualismo científico: os anos de 1856/1857, em que se desenvolveu a histórica polêmica entre Windscheid e Muther em torno do conceito de “ação”, e o ano de 1868, em que aparece a obra de Bülow.

25 Até então, o processo era explicado segundo concepções privatistas (contrato, quase contrato etc.).

so como um contrato ou quase contrato judicial; 2º) provocado um movimento científico-processual de envergadura, magnitude e brilhantismo inigualáveis, que deu origem a uma completa renovação do direito processual no mundo.

As modificações que, a partir de 1868, se operaram na situação precedente e que merecem qualificar-se de processualismo científico são assim assinaladas por Alcalá-Zamora:

a) a independência do direito processual frente ao direito material, iniciada pelos judicialistas da Escola de Bolonha, e acentuada quando a codificação napoleônica difunde o modelo de sua legislação em separado, é levada às suas últimas consequências;

b) os conceitos e questões primordiais do direito processual, como a ação, a jurisdição e o processo, a atuação das partes etc., são examinados de acordo com critérios de rigoroso direito processual;

c) o material usado pelos procedimentalistas é superado, e a exegese é substituída pelo sistema;

d) o estudo da matéria processual empreende-se, então, com enfoque e técnica distintos. Enquanto os procedimentalistas fazem filosofia, de maior ou menor valor, e tratam mais da justiça e da função judicial do que do processo, ou cuidam de descrever as instituições processuais, os processualistas fazem *teoria do direito processual*, inclusive acerca do procedimento, e rompem as amarras com a prática forense. Enquanto o procedimentalista se detém na anatomia do fenômeno processual, o processualista penetra na sua fisiologia.

Nessa época, surge na Alemanha a exponencial figura de Adolf Wach,²⁶ o qual, influenciado em alguns aspectos por Wetzell e noutros por Bülow, com uma formidável preparação romanista e histórica, é o fundador da Escola Alemã.

Em 1885, Wach publica sua obra **Manual de direito processual civil alemão**, que, infelizmente, ficou inacabada, mas que dentre outros méritos pôs em relevo a *autonomia do direito de ação*, provocando uma polêmica que até hoje não se pode dizer completamente encerrada.

Para o citado jurista, a *pretensão de tutela jurídica* (*rectius*, direito de ação) não é função do direito subjetivo, pois não está condicionada por este. O interesse e a pretensão de tutela jurídica não existem unicamente onde existe direito. A chamada ação declaratória negativa não tem por finalidade proteger ou conservar um direito subjetivo, senão manter a integridade da posição jurídica do demandante.

A ação não existe apenas onde exista o direito subjetivo material, pois o autor pode se valer da ação para pedir ao juiz que declare a inexistência de uma relação (ou situação) jurídica, como, por exemplo, para que ele declare por sentença o seu estado civil de solteiro.

26 Até o aparecimento da obra de Adolf Wach, a ação era explicada à luz de concepções privatistas (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*); era a ação o próprio direito subjetivo ou um aspecto dele.

Desta forma, demonstrou Wach a autonomia da ação, frente ao direito subjetivo material, o que constituiu o golpe de morte nas teorias civilistas da ação.

Mais tarde, em 1888, Wach trouxe à luz uma monografia intitulada **Ação declaratória**,²⁷ reafirmando com novos argumentos a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material.²⁸

Enquanto Bülow demonstrou a *natureza jurídica do processo* como uma relação autônoma e distinta da relação jurídica privada, que se faz valer em juízo, e, além disso, relação jurídica pública, com o que desvinculou o processo das concepções privatistas, que o envolviam, Wach convocou a doutrina para uma reflexão sobre a *natureza jurídica da ação*, concebendo-a como um direito subjetivo *processual*, também de natureza pública, que não pressupõe necessariamente o direito subjetivo *material*.

Em 1877, o alemão Degenkolb publicara em Leipzig uma obra intitulada **Ingresso forçado em juízo e norma judicial**, e, em 1880, o húngaro Plósz publicou um livro intitulado **Contribuições à teoria do direito de queixa**,²⁹ de grande importância na posterior evolução do conceito da ação; mas essas obras, apesar de publicadas anteriormente a 1885, não lograram, *na época*, a acolhida que tiveram os ensinamentos de Wach.

Dentre os discípulos de Bülow e Wach, sobressaíram-se Köhler, autor de uma monografia sobre **O processo como relação jurídica**;³⁰ Friedrich Stein com o seu famoso **O conhecimento privado do juiz**, dedicado à doutrina da prova; Hellwig, com um **Tratado** e um **Sistema**;³¹ Kisch, com um estudo sobre a sentença; e Pagenstecher, com um ensaio sobre a coisa julgada material.

Especial destaque merece Goldschmidt, autor da **Teoria do processo como situação jurídica**, onde contesta a natureza jurídica do processo, na versão de Bülow, dizendo ser o processo um conjunto de situações jurídicas; além de esclarecer situações processuais que vieram a enriquecer a ciência do processo, como a elucidação do “ônus probatório”, correspondente à *situação de encargo*.

Em 1903, Chiovenda profere na Universidade de Bolonha, na Itália, uma conferência sob o título **A ação no sistema dos direitos**,³² que foi o ponto de partida da nova sistematização do direito processual, entre os povos de língua latina.

Nessa oportunidade, Chiovenda enquadrou a ação na categoria dos chamados *direitos potestativos* ou *direitos do poder jurídico*. Esta categoria de direitos resulta de numerosíssimas faculdades reunidas em todos os campos do direito privado e público, como o direito de impugnar atos jurídicos diversos, de impugnar contratos,

27 No original *Der Feststellungsanspruch*, que os espanhóis têm preferido traduzir como “A pretensão de declaração”.

28 Esta monografia fez parte de uma publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Leipzig, em homenagem a Windscheid, e cuja edição, em separado, foi publicada no ano de 1889.

29 Ou *Discussão sobre o conceito da ação*.

30 *Der Prozess als Rechtsverhältnis*.

31 Estas obras, como a de Wach, ficaram também incompletas.

32 Trata-se de célebre Prolusão bolonhesa, como ficou vulgarmente conhecida.

de fazer testamentos, de reconhecer filhos, de revogar um mandato ou uma doação, e muitos outros. Em todos esses casos, encontramos-nos frente a um poder do titular do direito, de produzir, com a sua manifestação de vontade, um efeito jurídico do seu interesse, ou a cessação de um estado jurídico desvantajoso; e isto frente a uma ou mais pessoas, que não são obrigadas a nenhuma prestação para com ele, estando tão somente *sujeitas* ao efeito jurídico produzido e do qual não podem subtrair-se.

Autonomia e publicização do direito processual

O direito processual é hoje uma disciplina autônoma da ciência do direito, fruto da grande evolução por que passou na segunda metade do século XIX.

O *processo*, instituto fundamental do direito processual, que, até a obra de Bülow, era explicado sob vestes privatistas, como sendo um contrato ou um quase contrato, passa a ser explicado na sua feição *publicista*, desvinculado das relações de direito privado que por seu intermédio são resolvidas, operando-se, assim, a *autonomia do processo*.

A *ação*, antes explicada pela teoria civilista como o “direito de perseguir em juízo o que nos é devido,”³³ como um elemento do próprio direito material, ou direito que nasce da violação de outro direito, adquire sua *autonomia* com a obra de Wach, desvinculando-se do direito material que através dela se faz valer em juízo, passando a ser considerada como um direito subjetivo processual, de caráter público, de invocar a jurisdição do Estado-juiz.

A jurisdição *sempre* foi considerada como uma função estatal de declarar e realizar o direito; função pública, portanto, a cargo do Estado-juiz.

O direito processual ainda hoje convive com o direito material, porque o processo tem natureza *instrumental*, objetivando a atuação da vontade da lei em relação a uma pretensão, tutelando, *por tabela*, os direitos subjetivos.

Antes das grandes conquistas da ciência processual, o direito processual civil era tido como um mero compartimento do direito privado, sendo o processo e a dinâmica processual disciplinados por princípios do direito civil.

A revisão conceitual do processo e da ação, na segunda metade do século XIX, criou uma *dogmática processual*, então inexistente, e, em consequência, pôs em evidência a *autonomia do direito processual* como ciência, revisão esta que, iniciada no processo civil, transplantou-se depois para o processo penal.

O direito processual se firmou como ciência autônoma no campo da dogmática jurídica por ter *objeto* e *princípios* próprios que não se confundem com o objeto e princípios das demais ciências do direito. O processo como instrumento da jurisdição, a ação como o direito de provocar a jurisdição e a própria jurisdição enquanto atividade pública de atuar a lei têm a sua regulamentação disciplinada pelo direito processual.

33 *Ius quod sibi debeat in iudicio persequendi.*

Para Frederico Marques, o direito processual se publicizou a partir do momento em que se verificou que o processo não tinha por escopo a tutela de direitos subjetivos, mas a atuação do direito objetivo. Afinal, solucionar o conflito de interesses em resguardo da paz social, dando razão a quem a tem, é interesse do próprio Estado, que ele provê com a instituição dos juízos, através do exercício da atividade jurisdicional, toda ela regulada pelo direito processual; e, qualquer que seja a bifurcação que apresente (civil ou penal), compreende-se no campo do direito público.

Unitarismo e dualismo na ciência do processo: evolução e significação da parêmia³⁴

Sobre a dogmática processual, tendente a esclarecer se existe apenas uma ciência do direito processual ou duas ciências jurídicas distintas, compostas pelo direito processual civil e direito processual penal, diverge a doutrina, havendo pelo menos duas correntes: a) uma sustentando a *unidade* do direito processual; b) outra sustentando a *dualidade* do direito processual.

A corrente que sustenta a unidade do direito processual se denomina *teoria unitária*, e a que sustenta a dualidade do direito processual se denomina *teoria dualista*.

Os *unitaristas* afirmam que o direito processual civil e o direito processual penal são dois ramos distintos de uma *mesma ciência*, que é a ciência do direito processual, não existindo distinção substancial entre ambos, sendo os seus adeptos, hoje, a grande maioria, capitaneados, na Itália, por Carnelutti e Leone.

Carnelutti afirma ser o direito processual substancialmente uno e que o processo civil se distingue do processo penal, não porque tenham raízes distintas, mas por serem dois grandes ramos em que se bifurca, a uma boa altura, um tronco único. Leone observa, por sua vez, que as pilastras do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo, tendo ambos a mesma finalidade, que é a atuação do Poder Jurisdicional; em ambos, a intervenção desse Poder é condicionada ao exercício da ação; e ambos se iniciam, se desenvolvem e se concluem com a participação de três sujeitos: autor, réu e juiz.

Em síntese, são os seguintes os argumentos da corrente *unitarista*:

1) O conceito de *processo*, como instrumento de composição dos litígios, é uno, pouco importando que a lide a ser composta seja de natureza penal ou extrape-nal; sendo o processo, no plano da doutrina, um só, ainda que o conflito se produza nos distintos âmbitos do direito. Além disso, o processo é sempre uma relação jurídica entre três pessoas: autor, juiz e réu, e que não é descaracterizada pela diversidade de procedimentos, pois essa diversidade existe mesmo no processo civil³⁵ A ideia de

34 Parêmia é um enunciado breve ou uma notícia rápida do que é enunciado.

35 Os procedimentos podem ser comuns ou especiais; e o procedimento comum pode ser ordinário ou sumário.

processo, acrescenta Couture, é necessariamente teleológica, pois só se explica por seu fim.³⁶

2) O conceito de *ação*, tanto no processo civil quanto no processo penal, também é um só; sendo a ação um direito subjetivo público contra o Estado,³⁷ para haver dele a prestação jurisdicional. Não há, em verdade, uma *ação penal* diferente da *ação civil*; pois a natureza da pretensão é que dá, quanto ao conteúdo, um colorido diferente à ação penal e à ação civil. Todas as ações de todos os ramos do direito processual têm o mesmo caráter público, dado que se dirigem contra o Estado-juiz para que ele atue sua jurisdição na solução da lide.

3) O conceito de *jurisdição* também é uno,³⁸ e nem os próprios dualistas negaram essa circunstância, reputando exato o princípio da unidade da jurisdição, pois ela é sempre função pública e soberana do Estado, exercida pelo Poder Judiciário; e pouco importando que o conflito a ser resolvido seja de natureza penal ou extrapenal. Quando se fala numa jurisdição *civil*, contraposta a uma jurisdição *penal*, essa distinção não infirma o *unitarismo*, dado que se assenta num simples critério de divisão de trabalho, sendo alguns órgãos jurisdicionais incumbidos de resolver litígios de natureza civil, enquanto outros se encarregam de solucionar os de natureza penal; sendo que, às vezes, resolvem cumulativamente a ambos.³⁹

4) Muitos outros institutos do direito processual são comuns tanto ao processo civil quanto ao processo penal, como, v.g., as citações, as notificações, as intimações, as exceções processuais, a prova,⁴⁰ a sentença, o recurso, a coisa julgada etc.

Os *dualistas* sustentam, por seu turno, que o direito processual civil e o direito processual penal são *substancialmente* distintos, constituindo, pois, *duas ciências* jurídicas distintas, tendo à frente expoentes do porte de Florian e Manzini.

Em prol do seu entendimento, se valem os dualistas⁴¹ dos seguintes argumentos:⁴²

36 A matéria pode fazer variar a competência, a composição dos tribunais, as formas de tramitação e até a eficácia mesma dos distintos processos. Mas sempre haverá um denominador comum a toda essa série de atos: o seu caráter, de meio idôneo para dirimir, mediante um juízo, um conflito de interesses jurídico, por ato da autoridade.

37 Sobre o ser a ação direito público contra o Estado, diverge Chiovenda, para quem a ação é direito contra o adversário, e de natureza privada ou pública, conforme a natureza do direito que tutela.

38 Na arbitragem também há o exercício de jurisdição, mas a cargo de árbitros, pessoas leigas (não togadas); tratando-se de jurisdição exercida por órgão – pessoa.

39 Numa pequena comarca do interior, com um único juiz, exerce este a jurisdição na sua plenitude (tanto a civil quanto a penal, trabalhista, eleitoral etc.).

40 Sobre a prova, Florian, que era dualista, reconheceu que “as novas diretrizes do Processo Civil, em matéria de prova, muito o avizinham do Processo Penal”.

41 Os três primeiros argumentos são de Florian e os demais, de Manzini.

42 Florian se valia, ainda, do outro argumento de que o processo civil tem caráter estritamente jurídico, e o penal tem também caráter ético. Em outras palavras: no processo civil, o juízo é regido exclusivamente por critérios jurídicos puros, com abstração, quase sempre, da qualidade das pessoas, prescindindo de critérios e apreciações discricionárias, de equidade e éticas; no processo penal, pelo contrário, o juiz tem de julgar um homem e, por isso, tem de inspirar-se

1) O objeto do processo penal é uma relação de direito público, porque nele se desenvolve outra relação de direito penal; em troca, no processo civil, o objeto é quase sempre uma relação de direito privado.⁴³

2) O processo penal é normalmente indispensável para a aplicação da lei penal; enquanto o processo civil nem sempre é necessário para atuar as relações de direito privado.⁴⁴

3) O poder dispositivo das partes é muito restringido no processo penal, e grande o poder do juiz; inversamente, no processo civil, é grande o poder dispositivo das partes e mínimo o poder do juiz, dada a diversidade de objeto.⁴⁵

4) No processo civil, litigam duas verdadeiras e próprias *partes*, por um interesse privado subjetivo e com largos poderes de disposição, tanto do conteúdo substancial como do conteúdo formal do processo; no processo penal, o conceito de *parte* é impróprio, pois o interesse que determina o procedimento é sempre público e objetivo, e a pretensão punitiva, que constitui o conteúdo substancial do processo, é, de regra, indisponível pelos sujeitos do processo.

5) Ninguém, no processo civil, está obrigado a iniciar ou a exercer a ação civil, salvo em casos excepcionais, em que a iniciativa caiba ao Ministério Público; e, em se tratando de ação penal, existe obrigação funcional do Ministério Público.⁴⁶

em critérios ético-sociais. Esse argumento não convence, bastando pensar na margem entre o máximo e o mínimo de pena com que os códigos sancionam os distintos delitos, para se ver como a fixação da pena a ser imposta no caso concreto é deixada à consciência, à equidade e à apreciação ética do juiz.

43 Nem sempre o objeto do processo civil é uma relação de direito privado. Se surgir litígio entre Fazenda Pública e o particular sobre a exigibilidade ou inexigibilidade de um tributo, será resolvido através do processo civil, e a relação jurídica tributária é sabidamente uma relação jurídica pública.

44 Esta particularidade decorre, não da natureza do processo, mas da própria lide. O processo é distinto da lide, que é seu conteúdo. Nem sempre o processo civil é dispensável para a composição das lides extrapenais, como v.g. a anulação de casamento. Por outro lado, se o indivíduo for injuriado pela imprensa e quiser renunciar ao direito de queixa, com o fim de evitar a punição do ofensor, a renúncia produzirá o efeito inclusive de extinguir a punibilidade, independentemente do processo.

45 Também esta maior ou menor disponibilidade decorre da natureza da lide e não do processo. Nas legislações que admitem a ação penal privada, o poder dispositivo das partes é bem grande. No Brasil, o querelante pode perdoar o querelado, mesmo após sentença condenatória. A Lei n. 9.099/95 e a Lei n. 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais, estaduais e federais) admitem a transação das partes em sede penal. Ademais, no âmbito do processo civil, quando a lide versa sobre direitos indisponíveis, as partes não têm nenhum poder de disposição.

46 O argumento não é válido nem mesmo para o direito italiano, pois, muitas vezes, a atividade persecutória do Ministério Público fica condicionada a uma manifestação de vontade (querela). Há legislações, como a nossa, em que existe a chamada “ação penal privada”, regida, dentre outros, pelo princípio da oportunidade. Nestes casos, o ofendido ou seu representante legal promoverá a ação penal se quiser. Não se pode falar, assim, em obrigatoriedade da ação penal.

6) No processo penal, vigora o princípio da verdade real, e, no processo civil, o princípio da verdade ficta.⁴⁷

Elaboração de uma teoria geral do processo

A vitória dos argumentos da corrente *unitarista* conduziu os cultores do direito processual a proclamar a necessidade da criação de uma *teoria geral do processo*, tendo Carnelutti se manifestado defensor dessa unidade, proclamando ser o direito processual *substancialmente uno*.

Também Calamandrei relata que, na Universidade de Florença, na Itália, o ensino do direito processual compreendia um Curso de Instituições do Direito Processual, ao lado de um Curso de Direito Processual Civil e de Procedimento Penal, plano semelhante ao da Universidade Católica de Milão.

Quando se fala na elaboração de uma *teoria geral do processo*, não se pretende afirmar a “absoluta identidade entre o processo civil e o processo penal”, mas que as pilastras do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo, como os conceitos de *jurisdição, ação e processo*, e muitos outros institutos também o são, tanto no processo civil quanto no processo penal, como a citação, a notificação, a sentença a coisa julgada etc.

A absoluta identidade entre os dois tipos de processo nem poderia haver, porque o processo civil é informado por princípios que não informam o processo penal, e vice-versa; mas esta circunstância não obsta a elaboração de uma *teoria geral do processo*.

Por serem os conceitos de jurisdição, ação e processo comuns tanto ao processo civil quanto ao penal, Podetti os chamou, com extraordinária precisão, de

47 A propósito, registra Tourinho Filho: “É certo que o princípio da verdade real, vigorando com mais intensidade no processo penal, não é exclusivo nem peculiar a este setor do direito. Haja vista a regra inserta no art. 130 do CPC. Com muita propriedade observa Garcia-Velasco: ‘No podemos considerar su búsqueda (de la verdad material) misión privativa del proceso penal sin tachar al mismo tiempo a los demás procesos de aspirantes a falsários, pues aunque en la generalidad de éstos la posibilidad que tienen los interesados de disponer de sus derechos y la aportación de parte hagan posible que a su final surja como verdadero lo que sólo lo es parcialmente, o no lo es en absoluto, ello no nos autoriza a afirmar que esos procesos estén destinados y previstos para la creación de resultados artificiosos e inexactos; por onde, a sensu contrario, este de verdad material no puede considerar-se como principio y menos como cualificador del proceso penal, lo que no impede que en él sea más fácil alcanzar la verdad, como consecuencia de las características singulares del proceso penal y siempre con las reservas consecuentes a la limitación y falibilidad humana.’”

Também Frederico Marques afirma que o princípio da verdade real não vigora no processo penal em toda a sua pureza. E esclarece: se um indivíduo é absolvido por não haver a mínima prova de que praticou o crime que se lhe imputa, a coisa julgada irá impedir que nova ação penal se instaure contra ele, apesar de provas concludentes, inclusive sua confissão, surgirem após *verdictum* absolvitório: *res iudicata pro veritate habetur*.

“trilogia estrutural do direito processual”, já que constituem o arcabouço do direito processual como um todo, sem distinção de ramo.

A disciplina de “Teoria Geral do Processo” já é uma realidade na maioria das Escolas de Direito, onde são ministrados ensinamentos a respeito dos conceitos básicos do direito processual, da organização judiciária, da jurisdição, da ação, do processo, dos procedimentos, dos atos processuais, das nulidades, da sentença, dos recursos, da coisa julgada, da execução etc.

Essa iniciativa trata o ensino do direito processual de forma unitária e integrada, relativamente aos aspectos dogmáticos de institutos comuns a todo o direito processual, civil, penal e trabalhista, evitando que o aluno seja colhido com ensinamentos díspares sobre um mesmo instituto, além de agilizar o aprendizado, com um professor *ensinando* conceitos, dispensando os outros de ensinar a mesma coisa.

Tendência unificadora e suas manifestações doutrinárias e legislativas

A tendência que se manifesta entre os cultores da ciência processual é pela *unificação doutrinária do direito processual*, com estudos dedicados a institutos comuns, tanto ao processo civil quanto ao processo penal, realçando que *não existem duas ciências distintas*, mas uma única ciência, denominada *Direito Processual*.

Não se pretende com isso afirmar a absoluta identidade entre o processo civil e o processo penal, ou que o processo penal seja absorvido pelo processo civil, e, muito menos, a necessidade de uma unificação legislativa, com a elaboração de códigos unificados; embora também já se venha manifestando, nesse campo, uma *tendência unificadora*, mesmo porque, no passado, antes da *unificação* do Código de Processo Civil de 1939, em nível nacional, o direito processual era plural, com cada Estado-membro legislando sobre o direito processual, e, nessa época, os estados da Bahia, de Santa Catarina, e do antigo Distrito Federal⁴⁸ tinham apenas um Código, regulando os processos civil e penal.⁴⁹

Trilogia estrutural do direito processual: jurisdição, ação e processo

Apenas na segunda metade do século XIX o direito processual adquiriu *status* de ciência autônoma, o que se tornou possível quando a doutrina pôde identificar os temas que constituem o objeto desse ramo da ciência do direito e os princípios que o informam.

A *jurisdição* sempre foi considerada uma função estatal; e, embora exercida a um tempo pelo próprio rei, depois por delegados ou funcionários seus, como sucedeu em Roma, ou pelo povo, como acontecia entre os germânicos, que delibe-

48 A atual cidade do Rio de Janeiro.

49 Segundo Waldemar Mariz de Oliveira Jr., o Código de Processo da Suécia (1942) e o Código de Direito Canônico são exemplos dessa unidade.

ravam em assembleias populares (Dings),⁵⁰ a verdade é que o rei, seus delegados ou funcionários, e bem assim o povo, personificavam ou representavam o poder soberano em que se compreendia a jurisdição.

O caráter público da função estatal, de declarar e aplicar o direito, sempre esteve presente no conceito de *jurisdição* como função pública do Estado, exercida pelo Poder Judiciário,⁵¹ de atuar o direito objetivo em relação a uma concreta pretensão.

O *direito de ação* experimentou enorme evolução, até que se completasse a sua transposição do campo do direito privado para o do direito público.

A ação foi, durante longo tempo, considerada, sob vestes privatistas, à luz de preceitos de ordem privada, como sendo um elemento integrante do próprio direito subjetivo material ou do próprio direito subjetivo em atitude de defesa, ou, ainda, a reagir contra a ameaça de sua violação.⁵²

Após os estudos de Windscheid e Muther sobre a *actio*, e, sobretudo, os de Wach, na Alemanha, mais tarde desenvolvidos por Chiovenda, na Itália, considerando a ação um direito potestativo, a doutrina passou a conceber a ação como um *direito autônomo* e distinto do direito subjetivo material que visa a tutelar, e de natureza pública, por ser um direito contra o Estado, devedor da prestação jurisdicional.⁵³

Anteriormente à obra de Wach, em torno da ação, Bülow dera destaque à *autonomia do processo*, desvinculando-o dos princípios de direito privado que o envolviam, concebendo-o como relação jurídica pública, distinta da relação de direito privado, porque num dos polos dessa relação está o Estado como poder soberano, em posição de superioridade à ocupada pelas partes no conflito submetido à apreciação judicial. Antes desta conquista, o processo era também explicado à luz de concepções privatistas, ora como sendo um contrato judicial, ora um quase contrato judicial, tendo Bülow operado a sua transposição do campo do direito privado para o do direito público, enquanto instrumento de atuação do Estado-juiz.

Estes três conceitos – *jurisdição*, *ação* e *processo* – mantêm entre si a mais estreita ligação, e estão de tal forma inter-relacionados, que um não pode ser concebido sem a existência do outro. Assim, sem a *jurisdição*, não se haveria que falar em *direito de ação*, pois não se teria um juiz a quem se dirigir; e muito menos um *processo*, que é o instrumento formal da jurisdição. Sem o direito de ação, a jurisdição não passaria de uma função inerte, e não seria necessário o processo. Sem o

50 As “Dings” eram as assembleias livres do povo.

51 Excepcionalmente, a jurisdição é exercida por outros poderes, como, no Brasil, pelo Senado Federal (art. 52, I e II, CF), quanto à jurisdição política, nos crimes de responsabilidade de determinados agentes públicos.

52 Enquanto a ação foi assim considerada, como tema de direito privado, não se pensava na autonomia da ação, como um direito em si mesmo.

53 Sobre o ser o direito de ação um direito público ou um direito contra o Estado, reina divergência na doutrina; mas, sobre ser um direito *autônomo*, não existe mais dúvida. A autonomia da ação representou, para a ciência do direito processual, fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo (Couture).

processo, não haveria jurisdição, porque o processo é o *instrumento da jurisdição*, e não haveria também lugar para o *direito de ação*.

Como se vê, a ação põe em movimento a jurisdição, que se realiza através do processo, pois é no processo que a ação se encontra com a jurisdição. Na medida em que o autor exercita a ação, tem direito a uma resposta do juiz,⁵⁴ que lhe é dada pela jurisdição, que se vale de um instrumento técnico, que é o processo.

Este íntimo relacionamento foi notado por Podetti, que a esse elenco chamou de “Trilogia estrutural do direito processual”, por serem conceitos não apenas do processo civil, mas, também, do processo penal, que lhes têm dedicado copiosa literatura processual.

Anota Podetti que destes três conceitos, sob o prisma genético-histórico, talvez tenha surgido primeiro a ação, no seu exercício material; depois o processo; e, por último, a jurisdição; mas sob o aspecto lógico-doutrinário, primeiro vem a jurisdição, como órgão-função, depois a ação, como nexos entre o órgão e os sujeitos do processo, e, por último, o processo, que se faz possível e se desenvolve graças à conjugação harmônica da jurisdição com a ação.⁵⁵

Estes três temas constituem a base ou estrutura de todo o direito processual, em que a *teoria da jurisdição* ilumina as teorias da ação e do processo, ao mesmo tempo em que é por elas iluminada; a *teoria da ação* ilumina as teorias da jurisdição e do processo, ao mesmo tempo em que é por elas iluminada; e, finalmente, a *teoria do processo* ilumina as teorias da jurisdição e da ação, ao mesmo tempo em que é por elas iluminada.⁵⁶

Bibliografia

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: RT, 2001. v. 1.

BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen, 1968.

54 A resposta será de acordo com o que o direito objetivo prevê. Assim, se o locatário não paga os aluguéis e o locador-autor pede ao juiz que decrete a sua prisão, não será atendido, pois, nesse caso, não há prisão civil por dívida.

55 Registra, ainda, Ramiro Podetti: “Em meu último livro, ao fixar as bases para o estudo do processo, disse que elas eram três: os conceitos de jurisdição, ação e processo. A ideia flui do direito processual moderno e de seus principais expositores, mas não a havia visto exposta concretamente com anterioridade a meu trabalho. Sem embargo, expressa ou implicitamente, ela já havia sido enunciada”.

56 Esta circunstância também não passou despercebida a Chiovenda: “Considerado nesse triplice aspecto, o processo recebe sua completa significação: um lado supõe o outro, e nenhum deles pode ser estudado isoladamente de uma maneira proveitosa. Assim, na ciência do direito processual, resultam três grandes divisões que se completam reciprocamente: a teoria da ação e das condições de tutela jurídica, a teoria dos pressupostos processuais (propriamente, da jurisdição) e a teoria do procedimento”.

- _____. **A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais**. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: UNAM, 1974. v. II.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
- _____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Barcelona: Bosch, 1931.
- GARCIA-VELASCO, M. I. **Curso de derecho procesal penal**. Universidade de Madrid, 1969.
- LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. México: Textos Universitarios, 1976.
- LEONE, Giovanni. **Tratatto di diritto processuale penale**. Napoli: Jovene, 1961. v. 1.
- MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1967.
- _____. **Tratatto di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 1946.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.
- OLIVEIRA JR, Waldemar Mariz de. **Teoria geral do processo civil**. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1973.
- PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: DIAR, 1963.
- _____. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia de proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1963.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: RT, 2001.
- WACH, Adolf. **Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885.
- _____. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJE, 1977. v. 1.

3

PODER JUDICIÁRIO

Poder Judiciário: estrutura. Organização judiciária. Unidade e duplo grau de jurisdição: argumentos contrários e favoráveis. Composição dos juízos e tribunais. Critérios de ingresso na magistratura. Garantias da magistratura: independência política e jurídica dos juizes. Auxiliares da Justiça: conceito e classificação. Órgãos do foro extrajudicial. Ministério Público e sua posição na ordem jurídica. Funções, garantias e proibições do Ministério Público. Princípios informativos do Ministério Público. Advocacia pública. Advocacia privada. Defensoria Pública.

Poder Judiciário: estrutura

Dentre os poderes do Estado, destaca-se, pela sua importância, de preservar a ordem jurídica e a paz social, o Poder Judiciário, a que corresponde a função jurisdicional,¹ através da qual se obtém a composição da lide,² mediante a aplicação da lei.

No exercício dessa função, o Poder Judiciário se manifesta através de órgãos integrados por pessoas físicas, chamados órgãos jurisdicionais, judiciais ou judicantes.

Sendo a jurisdição emanção da soberania do Estado, e, portanto, um de seus poderes, cabe à Constituição Federal determinar quais são os órgãos integrantes do Poder Judiciário,³ competindo às Constituições estaduais dispor sobre a organização da justiça no âmbito das unidades federadas, observadas as diretrizes da Constituição da República.

Nos termos do art. 92 da Constituição Federal, são órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV – os Tribunais e Juizes do Trabalho; V – os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI – os

1 O Judiciário exerce, também, atividades de índole legislativa e administrativa, não se caracterizando, contudo, pelo exercício dessas funções.

2 Essa composição se obtém, também, através da arbitragem (Lei n. 9.307/96).

3 Não há, na verdade, um Poder Judiciário da União, diverso do Poder Judiciário dos Estados, pois a jurisdição, enquanto poder, função e atividade, é nacional.

Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.⁴

Existe um verdadeiro organismo judiciário, integrado por diversos órgãos, atuando no território nacional, e, afora esses, nenhum outro, ainda que receba a denominação de “tribunal”, exerce a jurisdição, não sendo, portanto, jurisdicionais o Tribunal Marítimo, o Tribunal de Contas da União⁵ e o Tribunal de Justiça Desportiva, sendo meros *órgãos administrativos* atuando de forma análoga à atuação da justiça. Apenas os *tribunais arbitrais*, previstos na Lei de Arbitragem,⁶ apesar de não figurar no elenco do art. 92 da Constituição, exercem também a jurisdição.

I – O *Supremo Tribunal Federal*, órgão de cúpula do Poder Judiciário, foi criado pelo Decreto n. 848/1890, posicionado no vértice da pirâmide organizacional da Justiça, como consectário do sistema federativo, que viria a ser implantado pela Constituição de 1891.

Este tribunal se compõe de onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico⁷ e reputação ilibada (CF, art. 101); tem sede na Capital da República; jurisdição sobre todo o território nacional; e competência originária e recursal (ordinária e extraordinária) prevista na Constituição (art. 102, I a III), competindo-lhe precipuamente a sua guarda.

I-A – O *Conselho Nacional de Justiça* é um órgão *estranho* ao Poder Judiciário, que, por uma cirurgia plástica, indiscutivelmente inconstitucional,⁸ foi incorporado ao art. 92, como um de seus órgãos; compõe-se de quinze membros, integrado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; por ministros do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho; por desembargador do Tribunal de Justiça e juiz estadual; por juízes do Tribunal Regional Federal e do Tribunal Regional do Trabalho, por membros do Ministério Público da União e do Estado; dois advogados e dois cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada; todos nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado; com competência para controlar a atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário, pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além das atribuições

4 Os antigos Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados (art. 14 do ADCT da CF/88) e o Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15 do ADCT da CF/88); inexistem, pois, hoje, Territórios Federais no Brasil.

5 O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar do Poder Legislativo.

6 A arbitragem está disciplinada pela Lei n. 9.307/96.

7 O requisito do “notório saber jurídico” há muito deixou de ser observado pelo Poder Executivo, na escolha dos candidatos a ministro do STF, para o que tem contado com a cumplicidade do Senado Federal.

8 Para quem não sabe, a Constituição agasalha muitas normas *inconstitucionais*; porque não é pelo fato de lá estarem que adquirem constitucionalidades, se se chocarem com princípios de superior hierarquia em face do seu objeto.

que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura e pela Constituição (art. 103-B, § 4º, I a VII).⁹

Costumo dizer que atualmente só temos efetivamente dois Poderes nacionais (Legislativo e Executivo), que atuam sem a interferência de elementos (cidadãos, advogados, membros do Ministério Público), estranhos à sua organização institucional.

Para quem não sabe, em outros sistemas jurídicos, só existe um Conselho Nacional da Magistratura, para *garantir a autonomia do Poder Judiciário*, no exercício de suas funções, que, lá não é, como no Brasil, disciplinado pela Constituição, como um poder autônomo do Estado, independente dos demais poderes.

II – O *Superior Tribunal de Justiça* compõe-se de, no mínimo, trinta e três ministros, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada¹⁰ (CF, art. 104, parágrafo único), depois de aprovada a escolha pelo Senado; dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, de advogados e membros do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Federal; tem sua sede na Capital da República; jurisdição sobre todo território nacional; e competência originária e recursal (ordinária e especial), prevista a Constituição (no art. 105, I a III). Os membros saídos dos tribunais estaduais e regionais, e escolhidos entre advogados e membros do Ministério Público, integram o chamado *quinto constitucional*.

III – Os *Tribunais Regionais Federais*, criados pela Constituição, como órgãos de segundo grau da Justiça Federal comum, superpostos aos juízes federais, completam a estrutura dessa justiça; compõem-se de, no mínimo, sete juízes, escolhidos dentre juízes federais, com mais de cinco anos de carreira, mediante promoção; assegurada também a participação de advogados e membros do Ministério Público Federal, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos; assegurada a participação de advogados e membros do Ministério Público Federal, todos com mais de dez anos na profissão ou na carreira. Essa participação respeita também o chamado *quinto constitucional*.

Esses tribunais têm a sua competência, originária e recursal, prevista na Constituição (no art. 108, I e II), especialmente julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição; a sua jurisdição é delimitada por região (são regionais), havendo, atualmente, cinco Tribunais Regionais Federais, com sede em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife, compreendendo cinco Regiões.

9 No exercício dessa competência, o Conselho Nacional de Justiça tem extravasado as suas atribuições, *afrontando* a Constituição, inclusive aposentando compulsoriamente juízes, apesar de não dispor de atividades jurisdicionais para tanto; e apesar de toda decisão sua nesse sentido vir sendo suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal. Uma das garantias outorgadas aos juízes é a sua *vitaliciedade*, só podendo perder o cargo por *sentença judicial* transitada em julgado (CF, art. 95, I); e decisão do CNJ não é sentença, nem aqui e nem na China.

10 Estes requisitos existem somente no papel, porque na prática não são respeitados.

Os *juízes federais* são órgãos de primeiro grau da Justiça Federal;¹¹ cada Estado, bem como o Distrito Federal, constitui uma Seção Judiciária, que tem por sede a respectiva capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei (CF, art. 110); sua competência é prevista na Constituição (art. 109), sobressaindo a de processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica e empresa pública forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

A Justiça Federal conta, ainda, com Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais, estando a sua disciplina na Lei n. 10.259/01; e também com tribunais do júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

IV – A *Justiça do Trabalho*¹² é estruturada com órgãos de primeiro grau, que são as Varas do Trabalho; de segundo grau, que são os Tribunais Regionais do Trabalho; e de terceiro grau, que é o Tribunal Superior do Trabalho (CF, o art. 111, I a III).

O *Tribunal Superior do Trabalho*, órgão de superposição da Justiça Trabalhista, compõe-se de vinte e sete ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado, sendo um quinto dentre advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, com mais de dez anos de atividade, e os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura de carreira; tem por sede a capital da República; jurisdição sobre todo o território nacional; e competência determinada por lei ordinária.

Os *Tribunais Regionais do Trabalho*, órgãos de segundo grau da Justiça Trabalhista, compõem-se, de, no mínimo, sete juízes nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, assegurando, também, a participação, nesses tribunais, de advogados e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de atividade (CF, art. 115, I e II).

Os *órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho* são os juízes do trabalho, que atuam nas varas do trabalho, aos quais compete processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 114, I), e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (CF, art. 114, IX), bem como todos os feitos referidos na Constituição (art. 114, II a X).

11 Mais propriamente, os órgãos são os *juízos* ou *varas*, células do Poder Judiciário, que se colocam dentro do foro, e não os *juízes*, que são apenas um dos componentes desse órgão; o juiz, pessoa física, coloca-se dentro do juízo (ou vara).

12 A Emenda Constitucional n. 24, de 09.12.1999, deu nova estrutura à Justiça do Trabalho, ao extinguir as Juntas de Conciliação e Julgamento, excluindo a participação dos classistas inclusive nos tribunais trabalhistas.

Nas comarcas não abrangidas pela jurisdição da Justiça do Trabalho, a sua competência pode ser atribuída ao juiz de direito, com recurso para o Tribunal Regional do Trabalho (CF, art. 112).¹³

A Justiça do Trabalho tem também competência para promover a execução de ofício das contribuições sociais (CF, art. 195, I, “A”, e II) decorrentes da sentença que proferir (CF, art. 114).

Conta, ainda, a Justiça do Trabalho com a ajuda da arbitragem, pois, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros (art. 114, § 1º), estando a arbitragem disciplinada pela Lei n. 9.307/96. No entanto, a arbitragem não se insere na estrutura da Justiça do Trabalho, mas ao lado dela na resolução dos conflitos de interesses trabalhistas.

V – A *Justiça Eleitoral* tem estrutura organizacional mais ampla que as demais justiças, atuando em primeiro grau os juízes eleitorais e juntas eleitorais; em segundo grau, os Tribunais Regionais Eleitorais; e em terceiro grau o Tribunal Superior Eleitoral.

O *Tribunal Superior Eleitoral* tem sede na capital da República; compõe-se de, no mínimo, sete membros escolhidos mediante eleição pelo voto secreto dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral¹⁴ (CF, art. 119, I e II); tem jurisdição sobre todo o território nacional; e competência estabelecida em lei complementar. Suas decisões são irrecorríveis, salvo se contrariarem a Constituição, e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Os *Tribunais Regionais Eleitorais* são os órgãos de segundo grau da Justiça Eleitoral, havendo um em cada Estado e no Distrito Federal; compõem-se de sete membros, escolhidos mediante eleição pelo voto secreto dentre desembargadores do Tribunal de Justiça e juízes de direito; um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo; e juízes escolhidos pelo Presidente da República, dentre advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 120, § 1º, I, II e III).

A organização e competência dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais são objeto de lei complementar (art. 121 da CF).

A Justiça Eleitoral é uma justiça *sui generis*, pois toda a sua estrutura organizacional é composta de membros integrantes de outros órgãos judiciários, pelo que não existe concurso para ingresso na carreira de magistrado eleitoral, pois quem

13 Existem também as Comissões de Conciliação Prévia, estabelecendo a Lei n. 9.958/00 que as empresas e os sindicatos podem instituir tais Comissões, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho (CLT, art. 625-A), tendo competência para a execução de título executivo extrajudicial o juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria (CLT, art. 877-A).

14 Esses requisitos também só são exigidos no papel, porque, na prática, nunca são observados.

exerce as funções de juiz eleitoral é o juiz de direito estadual da comarca, sendo a sua função temporária.

VI – A *Justiça Militar da União* é composta de juízes e tribunais militares, instituídos em lei, sendo seus órgãos de primeiro grau os Conselhos Permanentes de Justiça, nas Auditorias (do Exército, da Marinha e da Aeronáutica), além dos Conselhos Especiais de Justiça para determinados julgamentos, cuja competência se restringe ao processo e julgamento de crimes militares definidos em lei, que dispõe também sobre a sua organização e funcionamento (CF, art. 124), atuando como órgão de segundo grau o Superior Tribunal Militar.

O *Superior Tribunal Militar* compõe-se de quinze ministros vitalícios, sendo três oficiais-generais da Marinha, quatro oficiais-generais do Exército e três oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco civis, mediante nomeação pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado, sendo os cinco civis três dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo três dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, e dois por escolha paritária dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (CF, art. 123, I e II).

Apesar da previsão constitucional, ainda não foram criados tribunais de segunda instância no âmbito da Justiça Militar da União, funcionando o Superior Tribunal de Justiça como órgão de segundo grau.

VII – A *Justiça Estadual e a do Distrito Federal* são estruturadas com a observância dos preceitos constitucionais (CF, art. 125), que são, na verdade, diretrizes e limitações de observância obrigatória, sob pena de ofensa à Constituição.

Os *Tribunais de Justiça* são os órgãos de segundo grau da Justiça estadual e do Distrito Federal; têm sua estrutura e competência estabelecidas na Constituição Federal, nas Constituições estaduais, Lei Orgânica do Distrito Federal, e nas respectivas Leis de Organização Judiciária; tem sua sede na capital; jurisdição sobre todo o território da unidade federada; e composição variada de Estado para Estado, respeitado o quinto constitucional, reservado aos advogados e membros do Ministério Público.

Os *órgãos de primeiro grau da Justiça comum estadual e na do Distrito Federal* são os juízes de direito; e os tribunais do júri, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Na justiça estadual e na do Distrito Federal, há também Juizados Especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, permitidos a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (CF, art. 98, I); estando a sua disciplina sob regência da Lei n. 9.099/95.¹⁵

15 A Justiça Agrária cedeu lugar à criação, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, de “varas especializadas”, com competência exclusiva para questões agrárias, para dirimir conflitos fundiários (art. 126, CF).

Existem órgãos da *Justiça Militar estadual de primeiro*¹⁶ e *segundo graus*¹⁷ somente naqueles Estados que os criaram, ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, pois foram abolidos pela Emenda Constitucional n. 1/69, mantidos os Tribunais de Justiça Militar apenas nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul; orientação essa que foi seguida pela atual Constituição.

Pela Constituição de 1988, a lei estadual poderá criar, por proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar for superior a vinte mil integrantes (art. 125, § 3º).

A competência dessa justiça é limitada ao processo e julgamento dos militares dos Estados, nos *crimes militares* definidos em lei, e nas 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 (CF, art. 125, § 4º).

Na organização da justiça militar, tanto federal quanto estadual, e nos juizados especiais estaduais, a Constituição se afina com a doutrina que *valoriza* a justiça com a participação de *leigos* na administração da justiça, pelo que integra o leigo¹⁸ na sua estrutura; isso sem falar no Tribunal do Júri, justiça leiga por excelência.

A justiça feita por leigos pode ser mais eficaz e justa do que a justiça inteiramente togada, mas desde que possam os juízes leigos julgar a liberto das regras estritamente legais, valendo-se da equidade e das máximas da experiência. Considero um despropósito, contrário à lógica mais elementar, integrar o juiz leigo na administração da justiça e vincular o seu julgamento ao exame dos fatos consoante a valoração que deles faz a lei. Isto porque, se um leigo tem *noção* do que seja, por exemplo, *estado de necessidade* ou *legítima defesa*, não tem, por certo, noção do alcance que lhes dá a legislação penal. Nada mais justo, pois, que os aplique de conformidade com o *senso comum* de justiça, como sucede nos julgamentos pelo tribunal do júri.

Ao inserir o leigo nesse contexto, não se pode desconhecer que a sua capacidade de fazer justiça não deve ser medida pelos mesmos critérios utilizados pelos juízes togados.¹⁹

16 Os órgãos de primeiro grau são os Conselhos de Justiça, nas auditorias militares.

17 Órgãos de segundo grau são os Tribunais de Justiça Militar Estaduais.

18 O “leigo” é aquele que não possui qualificação profissional em ciências jurídicas, ou seja, não é bacharel em direito; ou, sendo-o, não se submeteu ao critério para ingresso na magistratura como juiz “togado”. Para a Constituição, todo aquele que não é juiz “togado” é “leigo”, inclusive o bacharel em Direito.

19 Os critérios do juiz togado são os da lei e, excepcionalmente, os da equidade; os critérios do leigo se apoiam, exclusivamente, nos princípios da equidade e nas máximas da experiência, que são produto da sua cultura e do seu viver no meio social.

Organização judiciária

A *organização judiciária* compreende toda a matéria concernente à constituição da magistratura, composição e atribuições dos juízos e tribunais, garantias de independência e subsistência dos juizes, bem como as condições de investidura, acesso e subsistência dos órgãos auxiliares e distribuição de suas atribuições.

Contem-se, ainda, na organização judiciária os princípios e normas referentes às condições da disciplina geral do foro, assim como da disciplina especial dos juizes e dos seus auxiliares.

A Justiça Federal de primeira instância é disciplinada pela Lei de Organização Judiciária Federal (Lei n. 5.010/66) e cada unidade federada, assim como o Distrito Federal, tem sua própria lei de organização judiciária, denominada também Código de Organização Judiciária ou Código Judiciário.

Unidade e duplo grau de jurisdição: argumentos contrários e favoráveis

Existem duas correntes doutrinárias disputando a primazia dos argumentos favoráveis e contrários ao duplo grau de jurisdição: uma sustentando que nada justifica a dualidade de instâncias, e, outra, a sua necessidade.

São argumentos *contrários* ao duplo grau de jurisdição:

a) Não se nega a possibilidade de erro ou injustiça na decisão do juiz de primeiro grau; mas também os juizes de segundo grau são suscetíveis de errar²⁰ ou de proceder com prevaricação.

b) A decisão de segundo grau é inútil se confirmar a de primeiro; e, se reformá-la, é perniciosa, por permitir a dúvida sobre qual a decisão mais justa, contribuindo para o desprestígio do Poder Judiciário.

São argumentos *favoráveis* ao duplo grau de jurisdição:

a) Há sempre a possibilidade de as decisões judiciais se ressentirem de vícios, resultantes de erro ou má-fé do seu prolator, donde a necessidade de permitir-se a sua reforma pela instância superior.

20 Tivemos, no Brasil, um rumoroso *erro judiciário* cometido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na época integrado por expoentes da judicatura nacional, e que, reformando sentença absolutória do Tribunal do Júri da comarca de Araguari, condenou os irmãos Naves *pela prática de um crime que não cometeram*, cuja suposta vítima de homicídio apareceu viva, depois que um dos condenados já havia falecido. O Estado de Minas foi condenado a indenizar a família dos réus, mas nem esse glorioso Tribunal teve o poder para devolver a vida ao morto, por ele injustamente condenado. Este rumoroso caso é citado internacionalmente como *exemplo de erro judiciário*, tendo virado livro (e filme) sob o título *O caso dos irmãos Naves*, de autoria do advogado João Alamy Filho, que atuou na defesa dos réus. Recomendo ao leitor buscar na internet conhecer melhor esta história, que é uma demonstração eloquente de que nem sempre os tribunais de segundo grau julgam melhor e mais justo do que o tribunal do júri.

b) A admissibilidade de reexame das decisões de primeiro grau, por juízes de grau superior, de ordinário mais experientes, exige daqueles maior cuidado no exame e solução das lides, além de contribuir para o aprimoramento moral e cultural dos juízes.

c) É psicologicamente demonstrado que raramente alguém se conforma com um único julgamento que lhe seja contrário.²¹

No particular, penso que a justiça é uma instituição muito cara para se permitir recurso de toda e qualquer causa, independentemente da sua natureza e valor, porque o princípio da ampla defesa se cumpre na instância onde a causa é julgada, e, não, necessariamente, permitindo-se recursos para os tribunais; mesmo porque *as partes não têm direito a que a lei preveja recurso, senão ao recurso que a lei prevê*.

O duplo grau de jurisdição *facultativo* deve ser permitido naquelas hipóteses em que haja relevante interesse econômico ou moral, ou relevante interesse público, como nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, não sendo razoável que as pequenas causas, com valores irrisórios, tomem o tempo dos tribunais, quando, de fato, a verdadeira justiça se faz mesmo é na inferior instância, mormente quando a prova é testemunhal, com o juiz *olhando nos olhos das partes e dos depoentes*.

No Brasil, tem-se até um *duplo grau de jurisdição obrigatório*, nas causas em que a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, suas autarquias e fundações de direito público forem vencidos, tendo o juiz o dever processual de remeter os autos do processo ao reexame do tribunal de apelação, haja ou não recurso voluntário, sob pena de ser avocado pelo seu presidente; se bem que, recentemente, vem sendo restringido esse dever, não havendo mais remessa, por exemplo, nas causas de valor inferior a sessenta salários mínimos e naquelas que estiverem fundamentadas em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente (CPC, art. 475).²²

Composição dos juízos e tribunais

Na estrutura organizacional da justiça, uma coisa é o “*juízo*”, nome técnico que tem o órgão julgador, como célula do Poder Judiciário, identificado também

21 Sirva de confirmação desta assertiva a observação de Cernelutti: “O réu é sempre vencido, mas nunca convencido.”

22 Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

como “*vara*”, na divisão orgânica dos serviços judiciários, em primeira instância, podendo haver mais de um juiz, como há nas médias comarcas, e até diversos juízos, como nas grandes comarcas. Outra coisa é o “*juiz*”, que é a pessoa física que se posta dentro do *juízo*, para decidir em nome do Estado, podendo um juiz (ou vara) ter um único ou mais de um *juiz*.

Vários critérios têm sido excogitados pela doutrina na composição dos juízos e tribunais, sendo os mais prestigiados os seguintes: I – juiz único em primeiro e segundo grau de jurisdição; II – juízo colegiado em primeiro e em segundo grau de jurisdição; III – juiz único em primeiro e juízo colegiado em segundo grau de jurisdição.

O ordenamento jurídico nacional adota com exclusividade um desses critérios, mas todos atendendo à natureza de cada justiça.

I – Juiz único em primeiro e em segundo grau de jurisdição – Este critério tem a vantagem de não ocupar mais de um juiz no julgamento das causas, como acontece quando o órgão é colegiado, pois, enquanto, por exemplo, uma “turma”, composta de três juízes, julga determinado número de processos, cada um dos juízes, *individualmente*, julga três vezes mais. Pelo menos em tese deveria ser assim, embora na prática muitas vezes não seja.

Esta é a solução excepcionalmente adotada pelas justiças estadual e federal, em que os juízes de direito e federal julgam, singularmente, na inferior instância (um único juiz), e, havendo recurso, o relator, no tribunal, julga, também, singularmente, se a sentença estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557, § 1º-A).²³

II – Juízo colegiado em primeiro e segundo grau de jurisdição – Este critério tem a vantagem de evitar um grande número de recursos, porque a sentença já é o produto de uma vontade colegiada, na medida em que o órgão julgador é composto por mais de um juiz; mas, de outro lado, tem a desvantagem de ocupar mais de um juiz para julgar a causa, quando cada juiz poderia estar julgando, individualmente.

Esta é a solução adotada pela justiça militar, em que o Conselho de Justiça, integrado por mais de um juiz, julga em primeiro grau, e o Tribunal de Justiça Militar (se estadual) ou o Superior Tribunal Militar (se federal) julgam em segundo grau de jurisdição.

III – Juiz único em primeiro e juízo colegiado em segundo grau de jurisdição – Este critério apresenta a suposta virtude de conjugar os dois critérios antes enunciados, em que um juiz singular julga em primeiro grau, agilizando a prestação jurisdicional, e, havendo recurso, o reexame se faz por um órgão colegiado integrado, no mínimo, por três juízes, dando maior garantia à decisão.

23 Art. 557 (...) § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (...)

Esta é a solução adotada pelas justiças estadual, federal e do trabalho, em que as causas são julgadas singularmente no primeiro grau de jurisdição, e, para fins de recursos, são objeto de reexame por um órgão colegiado (turma, câmara etc.) do tribunal.

Cada um desses critérios tem as suas virtudes e os seus defeitos, porque a verdadeira justiça não resulta de ser um órgão singular ou colegiado, nem a sua efetividade depende dessa circunstância, senão, a primeira, do bom senso e sensibilidade dos juízes, e, a segunda, de uma estrutura judiciária capaz de suportar a sua responsabilidade.

Crítérios de ingresso na magistratura

Vários são os critérios apontados pela doutrina para a escolha *de juízes*, sendo adotado, em cada país, aquele que melhor atenda às peculiaridades locais, e à índole e à cultura do seu povo.

No Brasil, adota-se mais de um critério, conforme se trate de órgão de primeiro ou de segundo grau de jurisdição, atendendo também à natureza de cada justiça.

Os critérios mais prestigiados são: 1) eleição pelo voto popular; 2) livre escolha pelo Poder Executivo; 3) livre nomeação pelo Poder Judiciário; 4) nomeação pelo Poder Executivo com aprovação do Legislativo; 5) nomeação pelo Poder Executivo por indicação do Judiciário ou Legislativo; 6) nomeação pelo Poder Executivo, por indicação do Judiciário, com aprovação do Legislativo; 7) nomeação pelo Poder Executivo, por indicação de representantes de classe, e aprovação do Legislativo; 8) escolha por órgão especializado; 9) escolha por concurso; 10) escolha por sorteio.

1) *Eleição pelo voto popular* – Este critério é adotado em diversos países, apresentando a vantagem de permitir ao povo a escolha os seus julgadores, pela mesma forma que escolhe os seus representantes no Poder Executivo e no Legislativo, mediante o voto direto; mas apresenta a desvantagem de vincular os futuros juízes às suas bases eleitorais, com promessas de campanha e recebimento de doações, o que compromete a sua imparcialidade na resolução dos litígios. É o critério adotado nos Estados Unidos da América, para a escolha de juízes locais, havendo mesmo uma *campanha política* para quem postule um cargo de juiz.

2) *Livre escolha pelo Executivo* – Por este critério, o chefe do Poder Executivo escolhe *livremente* aquele que, por seus méritos ou pelos seus dotes morais e intelectuais, deva integrar a magistratura; mas apresenta o inconveniente de serem esses requisitos substituídos, na prática, pelo *carisma* do escolhido, além de beneficiar quase sempre os *apadrinhados* políticos de quem detém o poder.

3) *Livre nomeação pelo Poder Judiciário* – Segundo este critério, os próprios membros do Poder Judiciário escolhem aqueles que devam ingressar na magistratura, apresentando mais inconvenientes do que virtudes, porque tem o defeito de favorecer apenas as pessoas ligadas a desembargadores e ministros de tribunais,

permitindo a formação de verdadeiras *castas judiciárias*. É também conhecido como critério da *cooptação*.²⁴

Variante desse sistema, e sem os perigos da *cooptação*, é adotada para as vagas de juízes em alguns tribunais de justiça, como no Estado do Rio de Janeiro, em que o acesso se dá por promoção, pelos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente, mediante indicação do próprio tribunal, por ato de seu Presidente; sem qualquer intervenção de outro Poder; exceto quanto ao quinto constitucional, reservado aos advogados e ao Ministério Público.

4) *Nomeação pelo Poder Executivo com aprovação do Legislativo* – De acordo com este critério, a escolha de juízes é feita mediante a conjugação das vontades do chefe do Poder Executivo e do Senado, em que este se limita a aprovar a indicação feita por aquele, após o que o Presidente da República faz a nomeação.

As desvantagens desse critério é que favorece a composição de tribunais com uma *única* linha ideológica, que é aquela professada pelo Presidente da República, por lhe caber fazer a indicação para o cargo; não cabendo ao Senado fazer recusas por motivo ideológico.

Este é o critério adotado para a composição do Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte da Justiça brasileira, que não deveria ter colorido político.

5) *Nomeação pelo Poder Executivo por indicação do Judiciário ou Legislativo* – Este critério apresenta a vantagem de permitir uma conjugação de vontades de mais de um dos poderes, na nomeação de juízes, em que a nomeação é feita pelo chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado), mediante proposta formulada pelo Legislativo ou Judiciário. A desvantagem, contudo, ainda assim se faz presente porque, quando a proposta provém do Poder Legislativo, o indicado é geralmente alguém ligado ao partido político, e, quando provém do Poder Judiciário, de alguém ligado aos ministros de tribunais ou desembargadores.

Esta solução, na nomeação pelo chefe do Executivo por proposta do Judiciário, é adotada para o preenchimento de vagas nos Tribunais Regionais Federais, em que o próprio tribunal escolhe três juízes federais, pretendentes ao cargo, remetendo essa lista ao Presidente da República que escolhe e faz a nomeação.

Não temos a solução de nomeação pelo chefe do Executivo por indicação do Legislativo, salvante as indicações (propostas) feitas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado de dois cidadãos para integrar o Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B), cujos nomes são encaminhados ao Presidente da República para nomeação; mas esse Conselho, apesar de integrar o elenco do art. 92, que trata dos órgãos do Poder Judiciário, não exerce funções jurisdicionais, mas apenas administrativa; embora não se tenha ainda convencido disso.²⁵

24 *Cooptar* significa admitir numa corporação com dispensa das condições ordinariamente exigidas para a admissão.

25 O Conselho Nacional de Justiça vem tomando decisões que, pela Constituição, tem natureza jurisdicional, e, portanto, excluídas das suas atribuições, indiferente ao fato de o Supremo Tribunal Federal vir suspendendo, liminarmente, essas decisões; como acontece com a aposentadoria de

6) *Nomeação pelo Poder Executivo, por indicação do Judiciário, com aprovação do Legislativo* – Este critério apresenta igualmente a vantagem de permitir a conjugação de vontades de mais de um Poder para a composição dos tribunais, dele participando os três Poderes da República, com o Judiciário fazendo a indicação, o Senado aprovando a indicação e o Presidente da República fazendo a escolha e nomeando o escolhido.

Esta é a solução adotada para a composição do Superior Tribunal de Justiça, em que os juízes candidatos à vaga a eles reservadas (desembargadores estaduais²⁶ e federais) são indicados em lista tríplice; o nome do escolhido pelo Presidente da República é remetido à aprovação do Senado, que depois de aprovado é nomeado.²⁷

7) *Nomeação pelo Poder Executivo, por indicação de órgãos representativos dos advogados e do Ministério Público, com a participação do Judiciário* – Este critério é usado para o preenchimento das vagas destinadas ao *quinto constitucional*, nos tribunais de segundo grau, e ao *terço constitucional*, nos tribunais superiores, que são preenchidas por advogados e membros do Ministério Público, por indicação dos seus respectivos órgãos de classe (Ordem dos Advogados do Brasil e Associações de Ministério Público); sendo que, nos tribunais superiores, depende também da aprovação do Legislativo, através do Senado.

Este critério é adotado para a composição do *quinto* constitucional nos Tribunais de Justiça (estaduais e do Distrito Federal), nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais Regionais do Trabalho; e do *terço* constitucional nos tribunais superiores (STJ,²⁸ TST²⁹ e STM³⁰).

8) *Escolha por órgão especializado* – Segundo este critério, a escolha se dá por um órgão composto de pessoas especializadas em assuntos da Justiça, representativa dos três Poderes do Estado e da classe de advogados, que, em muitos países, é o Conselho Nacional da Magistratura,³¹ presidido pelo Presidente da República.

9) *Escolha por concurso* – O critério que tem granjeado os maiores aplausos, pelas vantagens que proporciona, é a escolha dos juízes por concurso, o que permite o ingresso na justiça de bacharéis em direito e advogados realmente capacitadas para a função de julgar, dotados de conhecimentos jurídicos indispensáveis ao

juízes que só podem resultar de sentença transitada em julgado (CF, art. 95, I), e não de decisão administrativa.

26 Nestes estão compreendidos dois desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

27 Na história do Judiciário brasileiro, temos um precedente, em que o Senado aprovou o nome de um advogado; o Presidente da República nomeou; mas o Superior Tribunal Militar se negou a dar-lhe posse; e não deu e teve que ser indicado e nomeado outro.

28 Superior Tribunal de Justiça.

29 Tribunal Superior do Trabalho.

30 Superior Tribunal Militar.

31 Apesar da aparente semelhança no nome, o Conselho Nacional da Magistratura nada tem a ver com o inusitado Conselho Nacional de Justiça do sistema brasileiro.

exercício da judicatura; além de permitir igual oportunidade a todos os que queiram ingressar na carreira, independentemente da classe social a que pertençam.

É este o critério adotado para o ingresso no cargo de juiz, em primeira instância, de concurso de provas e títulos, para a Justiça Federal e Estadual, Trabalhista e Militar.

A desvantagem do concurso é que este apura apenas a capacidade jurídica do candidato, mas não apura as suas qualidades morais e éticas e, muito menos, a sua sensibilidade judicante, indispensável para fazer uma justiça realmente justa.

10) *Escolha por sorteio* – Embora o sorteio não seja, em princípio, o melhor critério para a escolha de juízes, é o tradicionalmente usado, no Brasil, para a composição do órgão judiciário competente para o julgamento dos crimes dolosos contra vida, que é o Tribunal do Júri (Conselho de Sentença), integrado por pessoas leigas em direito; tendo o vocábulo “leigo”, aqui, o sentido de juiz “não togado”, que apenas o preside.³²

Os julgamentos pelo Tribunal do Júri são julgamentos *sociais*, não se tratando de jurisdição como atuação da vontade concreta de lei, porquanto as decisões independem de fundamentação, proferindo os jurados o seu julgamento *ex informata conscientia*.³³

Garantias da magistratura: independência política e jurídica dos juízes

Aos juízes, enquanto integrantes do Poder Judiciário, são asseguradas certas garantias, que lhes garantem a independência para proferir as suas decisões, que, muitas vezes, contrariam interesses de grandes grupos econômicos, ou até mesmo interesses de governos.

Fala-se, assim, na independência *política e jurídica* dos juízes.

Para certa corrente doutrinária, a *independência política* diz respeito às garantias do juiz para o exercício das suas funções, consistente na: I – vitaliciedade; II – inamovibilidade; e III – irredutibilidade de vencimentos.

A *vitaliciedade* é adquirida pelo juiz de primeiro grau após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 95, I); a *inamovibilidade* significa que o juiz não pode ser removido, de comarca ou vara, ou promovido para o tribunal sem iniciativa sua, salvo por motivo de interesse público (CF, art. 95, II); e a *irredutibilidade de vencimentos* significa que o juiz não pode ter seus vencimentos reduzidos, sujeitando-se, contudo, ao pagamento de tributos, inclusive o imposto de renda (CF, art. 95, III).

32 O juiz togado, no Tribunal do Júri, além da função de comandar o julgamento, *não julga*, fazendo o papel de “rainha da Inglaterra”; a não ser, excepcionalmente, quando o Conselho de Sentença desclassifica o crime de *doloso* para *culposo*.

33 De acordo com a própria consciência.

Aos juízes estão também vedadas, constitucionalmente, determinadas atividades (art. 95, parágrafo único),³⁴ não podendo, dentre outras, exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber custas ou participação em processo e exercer atividade político-partidária;³⁵ nem exercer a advocacia enquanto no exercício da função judicante.

Essas garantias, no entanto, não são mais exclusivas dos juízes, em função do exercício da judicatura, porque são asseguradas igualmente aos membros do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, I, *a a c*) e estes não integram órgão judicante.³⁶

Na verdade, a *garantia política* dos juízes resulta de uma garantia *implícita* na Constituição, para assegurar a sua liberdade de julgar, não podendo ser responsabilizado (civil ou criminalmente) por erros nas decisões e sentenças que profere, exceto se proceder com dolo ou culpa grave.

Para Rosenberg a “garantia política” consiste na eliminação da responsabilidade do juiz, em face das partes, pela sentença que profere, exceto na hipótese de conduta punível.

A *independência jurídica* significa que o juiz a ninguém se subordina, senão à própria lei, segundo a interpretação que dela extraia, na solução dos casos concretos.

O fato de poderem os tribunais reformar as decisões dos juízes não significa quebra da independência jurídica para julgar, mas mera decorrência do *poder de derrogação* que os tribunais possuem sobre as decisões judiciais.

34 Art. 95 (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária. IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (...)

Falta técnica ao inc. V do art. 95 da Constituição, ao proibir ao juiz o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Isso porque o juiz, quando passa para a inatividade, é aposentado, e não “afastado”, e, ao se aposentar, deixa de ser juiz, mantendo apenas a condição de “magistrado, pelo que jamais um juiz poderia exercer mesmo a advocacia, porque juiz é apenas aquele que está no exercício da função. Em outros países, permite-se que o juiz dê meio expediente, podendo inclusive exercer a advocacia fora da sua circunscrição territorial. A disposição por si só é inócua, porque os juízes em quarentena exercem a advocacia por interposta pessoa, o que é do conhecimento do próprio Legislativo e do Judiciário. Há muita *hipocrisia* na organização da Justiça brasileira.

35 O juiz, no Brasil, é um meio-cidadão, que só possui a legitimidade ativa (para votar), mas não a passiva (para ser votado), pelo que, se pretender se candidatar a um cargo eletivo, deve se aposentar; mas, aí, será um magistrado, e não mais um juiz; embora a doutrina e a legislação não façam distinção entre o “magistrado” e o “juiz”. Outro equívoco do ordenamento jurídico nacional é supor que a ideologia do juiz está no partido político (que ele não pode integrar), quando ela está na *cabeça* (da qual não pode prescindir para julgar).

36 Ademais, a irredutibilidade de vencimentos não é garantia que se aplique apenas aos juízes e membros do Ministério Público, aplicando-se igualmente a todo servidor público.

A existência de uma Corregedoria Geral de Justiça, nos tribunais, não afeta também a independência jurídica dos juízes, sendo as suas atribuições apenas de natureza *administrativa*, para corrigir eventuais excessos por parte de juízes, não atuando, porém, no exercício de função jurisdicional.³⁷

Auxiliares da Justiça: conceito e classificação

Os órgãos principais do Poder Judiciário são os juízes e tribunais que, para o desempenho de suas funções, contam, necessariamente, com a colaboração de outros órgãos, chamados *órgãos secundários*, sendo que alguns deles integram o próprio Judiciário, enquanto outros são pessoas, físicas ou jurídicas, convocadas fora dos seus quadros para prestar serviços à Justiça num dado processo.

No sentido amplo, são *auxiliares da Justiça* todos aqueles que, de alguma forma, participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional.

A discriminação dos *órgãos auxiliares* da Justiça e suas funções estão nas leis processuais, nas leis de organização judiciária, nos regimentos dos tribunais, nos provimentos etc.

Os órgãos auxiliares da Justiça são *permanentes*, conforme atuem em todo e qualquer processo, ou *eventuais*, quando atuam apenas em determinados processos.

Esses órgãos são classificados pela doutrina em: a) órgãos auxiliares permanentes; b) órgãos de encargo judicial; e c) órgãos auxiliares extravagantes.

a) Órgãos auxiliares *permanentes* – são os serventuários e funcionários judiciais, que atuam *permanentemente* nos processos, sendo investidos no cargo de acordo com a lei de organização judiciária, que lhes traça as atribuições e delimita o seu exercício, como o escrivão, o oficial de justiça, o contador, o porteiro dos auditórios etc.³⁸

b) Órgãos de *encargo judicial* – são as pessoas que exercem, *eventualmente*, um encargo num dado processo, como o perito, o intérprete etc.

c) Órgãos auxiliares *extravagantes* – são órgãos não judiciários ou entidades estranhas à administração da Justiça que, no exercício de suas próprias atividades, colaboram com o juiz na prestação jurisdicional, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a Imprensa Oficial, os jornais particulares etc.

37 Na prática, alguns Corregedores-Gerais se arvoram mais poderes do que têm, como se fossem verdadeiros tutores dos juízes e da Justiça. Conheci uma desembargadora que amanhecia na seção judiciária do juiz para constatar se ele estava realmente comparecendo ao fórum, para, na hipótese negativa, anotar na sua ficha funcional. Em certa oportunidade, lembrei-lhe que o juiz, como agente de Poder, não é alguém que deva ser *fiscalizado*, mas *conscientizado* da grandeza das suas funções. Não adiantou nada, porque ela continuou agindo como agia.

38 Nos tribunais, são auxiliares permanentes os funcionários que integram as Secretarias, os Gabinetes etc.

Órgãos do foro extrajudicial

Os *órgãos do foro extrajudicial* não se compreendem entre os auxiliares da Justiça, pois apenas administrativamente são subordinados ao Judiciário, pelo qual são fiscalizados, não desempenhando, diretamente, qualquer função no processo.

Esses órgãos apenas eventualmente participam da formação, documentação, publicidade de *atos jurídicos privados* de maior importância, aos quais transmitem fé pública, exercendo funções concernentes à prova desses atos, com especial repercussão na prova judiciária.

São órgãos do chamado *foro extrajudicial* os oficiais de registros públicos, como o registro das pessoas naturais, das pessoas jurídicas, de títulos e documentos, de imóveis etc.

Ministério Público e sua posição na ordem jurídica

O Ministério Público ocupa posição *sui generis* junto ao Poder Judiciário, porque não se integra nele, e apenas funcionalmente atua *junto ao Judiciário*, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127).³⁹

Os membros do Ministério Público desfrutam de certos privilégios *inconstitucionais*, como o de sentar-se, nas audiências,⁴⁰ *ao lado do juiz*, o que faz supor aos acusados na esfera penal ser ele um *parceiro do juiz*, em vez de *parte autora*, porque as partes não ficam ao lado do juiz, mas no local que lhes é reservado para esse fim.⁴¹ Esse privilégio vem de fora, de países onde os membros do Ministério Público integram a magistratura *requerente*, vulgarmente chamada de “magistratura de pé”, pelo que os seus membros tomam assento nas audiências ao lado do juiz, que integra a magistratura *judicante*.

Funções, garantias e estrutura do Ministério Público

As *funções do Ministério Público* são múltiplas, agindo como *parte* e como *fiscal da lei*, atuando nessas qualidades tanto no âmbito penal como no civil e no trabalhista.

39 Art. 127. O Ministério Público é 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.

40 Também nos tribunais, o representante do Ministério Público toma assento ao lado do juiz que preside o órgão julgador (turma, câmara, plenário), o que fica difícil fazer os réus, no processo penal, acreditar não ser ele um *parceiro* do juiz.

41 Muito acertadamente, um juiz federal de São Paulo negou aos membros do Ministério Público esse privilégio, fazendo-o sentar-se no local destinado ao autor, de frente para o réu; decisão que provavelmente será reformada pelos que cultivam os privilégios, seja para quem for, venha de onde vier.

Não é pacífico, na doutrina, o entendimento de que o Ministério Público, que no processo não defende interesse próprio, possa ser verdadeira *parte*, entendendo Manzini que ele promove a atuação do direito objetivo por um interesse superior e não de *parte*, não sendo de admitir-se uma parte *imparcial*.

Entende Fenech que o Ministério Público é parte apenas *instrumental*, pois o titular do direito é o Estado, que atua por intermédio dos membros dessa instituição.

Carnelutti também não via no Ministério Público a qualidade de parte, senão de uma parte *artificial*, enquanto Alcalá-Zamora y Castillo o tinha como parte *sui generis*, imparcial e desinteressada.

No *âmbito penal*, a função do Ministério Público é geralmente *de parte*, tendo como principal atribuição tornar efetivo o poder punitivo do Estado, sendo o órgão de acusação dos violadores da lei penal; mas atua também na esfera penal como *fiscal da lei*, quando zela pela indivisibilidade da ação penal, nos crimes de ação privada.

No *âmbito civil*, o Ministério Público atua *como parte*, na defesa dos interesses públicos, e, como *fiscal da lei*, nos processos em que se controverte sobre interesses de incapazes;⁴² e nos processos de usucapião; de falência e recuperação judicial de empresa; de acidente do trabalho; de anulação de casamento; de separação judicial; de mandado de segurança etc.

A Constituição detalha as funções do Ministério Público;⁴³ dispõe sobre as *garantias* da instituição, que são as mesmas dos juizes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos;⁴⁴ vedando a seus membros

42 Os absolutamente incapazes são os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não possam, por falta de discernimento, praticar atos da vida civil; e os que, mesmo por causa transitória, não possam exprimir sua vontade (Cód. Civil, art. 3º). Os relativamente incapazes são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos (Cód. Civil, art. 4º, I a IV).

43 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (...)

44 Art. 128 (...) § 5º (...) I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade,

determinados comportamentos e atividades,⁴⁵ inclusive o exercício da advocacia, a participação em sociedade comercial e o exercício de atividade político-partidária, ressalvando o exercício de uma função de magistério.

O Ministério Público abrange tanto o Ministério Público da União⁴⁶ quanto o Ministério Público dos Estados e o do Distrito Federal.⁴⁷

O Ministério Público conta com um Conselho Nacional do Ministério Público, composto de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado, integrado pelo Procurador-Geral da República, quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados, dois juízes, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. As suas atribuições são de controle da atuação administrativa e financeira da instituição e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe as atribuições previstas na Constituição.⁴⁸

salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (...)

45 Art. 128 (...) § 5º, II – as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e) exercer atividade político-partidária; (...)

46 O Ministério Público da União compreende o federal, do trabalho e o militar.

47 Art. 128. O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados. (...)

48 Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional (*rectius*, correccional) da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do

Possui também o Ministério Público um Corregedor nacional, cujas atribuições são traçadas pela lei e pela Constituição;⁴⁹ estando prevista a criação de Ouvidorias para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.⁵⁰

O ingresso na carreira do Ministério Público se dá através do concurso público de provas e títulos, observada, na nomeação, a ordem de classificação.⁵¹

Princípios informativos do Ministério Público

O Ministério Público é uma verdadeira *instituição*, sendo informado por dois princípios: a) princípio da unidade ou indivisibilidade; e b) princípio da independência funcional.

a) *Princípio da unidade e indivisibilidade* – O Ministério Público é *uno*, significando que todos os seus membros fazem parte de uma única corporação; e *indivisível*, podendo ser substituídos, uns pelos outros, no exercício de suas funções, sem que haja alteração subjetiva da relação processual, pois quem atua no processo é o Ministério Público, e não o procurador da República ou o promotor de Justiça.

b) *Independência funcional* – Os membros do Ministério Público agem segundo a sua própria consciência, com submissão exclusivamente à lei, sem dependência ao Poder Executivo, no qual se integra, e nem aos juízes, nos juízos ou tribunais em que atuem, e muito menos aos órgãos superiores da instituição.

Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI. (...)

49 Art. 130-A. (...) § 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; III – requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público. (...)

50 Art. 134-A. (...) § 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

51 Art. 129 (...) § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (...)

Os membros do Ministério Público se distinguem da massa de funcionários públicos exatamente por sua *independência funcional*, sujeitos apenas à autoridade do chefe da instituição.

Advocacia pública

A *Advocacia-geral da União* é advocacia pública, a qual, na Constituição de 1988, ganhou *status* de instituição, que, direta ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial⁵² e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.⁵³

O ingresso na carreira de procurador federal far-se-á mediante concurso público de provas e títulos,⁵⁴ estando a sua disciplina sujeita à Lei Complementar n. 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Nos Estados e no Distrito Federal atuam os respectivos procuradores, organizados em carreira, na qual o ingresso depende, também, de concurso público de provas e títulos, cabendo-lhes exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.⁵⁵

Advocacia privada

O advogado foi considerado, pela Constituição de 1988, como “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF, art. 133), no que é desmentida pela legislação infraconstitucional, porque nem sempre a justiça se faz por intermédio de advogado.

No Brasil, não apenas na Justiça do Trabalho, como também nos Juizados Especiais, tanto estaduais quanto federais, a própria parte pode postular a defesa do seu direito, prescindindo da representação por advogado; embora os juízes nem sempre se sintam seguros sem a sua presença, temendo que, tendo que suprir as deficiências da parte, tenha comprometida a sua imparcialidade.⁵⁶

52 Antigamente, a defesa da União e suas autarquias e fundações públicas era feita pela Procuradoria da República, nas capitais, ou pelo Ministério Público estadual, no interior do País.

53 CF: Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

54 CF: Art. 131. (...) § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

55 CF: Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

56 A prática demonstra que, quando a parte se dispõe a fazer a sua própria defesa, na Justiça trabalhista ou nos Juizados Especiais, os juízes logo se apressam em convocar a Defensoria Pública, onde exista, quando não tomam a iniciativa de lhes indicar um defensor *ad hoc* (para esse fim).

Para exercer a advocacia, o advogado deverá estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil da unidade federada onde exerce a sua profissão, não podendo postular em juízo quando estiver com a sua inscrição suspensa, como pena disciplinar, ou quando a tiver cassada por motivo legítimo.

Defensoria Pública

A Defensoria Pública ganhou também *status* constitucional, como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (CF, art. 134).

A organização da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal é objeto da Lei Complementar n. 80/94, que prescreve, também, normas gerais para a sua organização nos Estados, incumbindo a cada unidade federada organizar essa instituição no âmbito do seu território.

A Lei Complementar n. 80/94 repete em parte o preceito constitucional, dispondo que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição”.⁵⁷

Na prática, porém, nem toda comarca dispõe de Defensoria Pública, porque, quando é criada⁵⁸ uma nova comarca, a lei respectiva cria o cargo de juiz e de Ministério Público, mas, nunca, a Defensoria Pública, e, quando a cria, não cuida de provê-lo de imediato;⁵⁹ embora esse órgão seja o encarregado de dar cumprimento ao preceito constitucional que garante assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Está precisando uma norma constitucional, dispondo que, sempre que for criada uma comarca, sejam providos, *concomitantemente*, os cargos de Ministério Público e de defensor público; além, evidentemente, do cargo de juiz.

Os defensores públicos ingressam na carreira mediante concurso de provas e títulos,⁶⁰ assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade,⁶¹ vedando-

57 Nos termos do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

58 O mesmo acontece quando ocorre o desmembramento de comarca.

59 Numa palestra que fiz, em 2008, no Estado do Paraná, fiquei impressionado com o reduzidíssimo número de Defensorias Públicas existente naquela unidade da federação. Não fiquei sabendo se a situação mudou; mas provavelmente não terá mudado.

60 Art. 24. O ingresso na Carreira da Defensoria Pública da União far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, de âmbito nacional, de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, no cargo inicial de Defensor Público Federal de 2ª Categoria. (...)

61 Art. 34. Os membros da Defensoria Pública da União são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma desta Lei Complementar.

lhes o exercício da advocacia fora das suas atribuições institucionais;⁶² cumprindo essas normas o disposto na Constituição.⁶³

As Defensorias Públicas dispõem também de um Conselho Superior da Defensoria (da União, do Distrito Federal e dos Estados) e suas respectivas Corregedorias Gerais.⁶⁴

Bibliografia

- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires: 1971. v. II.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. Barcelona: Labor, 1952. v. 1.
- MANZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951.
- ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho processual civil**. Buenos Aires: EJE, 1955. v. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

-
- 62 Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado: I – exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; II – requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; III – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; IV – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; V – exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral.
- 63 Art. 134. (...) § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.
- 64 As Defensorias Públicas dispõem de autonomia funcional e administrativa, tendo também a iniciativa de sua proposta orçamentária (CF, art. 134, § 2º), para atender às suas despesas.

4

JURISDIÇÃO

Funções básicas do Estado: legislação, administração e jurisdição. Jurisdição e equivalentes jurisdicionais. Características da jurisdição em confronto com a legislação. Critérios de distinção entre jurisdição e administração. Caracterização do ato jurisdicional. Elementos da jurisdição e poderes jurisdicionais. Princípios fundamentais da jurisdição. Extensão da jurisdição. Jurisdição e suas divisões. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária: visão teórica. Tese revisionista do conceito de jurisdição voluntária. Jurisdição e arbitragem.

Funções básicas do Estado: legislação, administração e jurisdição

A análise das funções do Estado moderno está estreitamente vinculada à doutrina da separação dos poderes, exposta e desenvolvida por Montesquieu, na clássica obra **O espírito das leis**.

Embora teorizada por Locke (**Tratado do governo civil**) e tendo antecedentes na obra de Aristóteles (**A política**), foi devido a Montesquieu que a doutrina da separação dos poderes ganhou enorme repercussão, transformando-se numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.

A separação dos poderes consiste basicamente em distinguir três funções básicas do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

O poder, como expressão da soberania do Estado, é fundamentalmente uno, pelo que a tradicional “separação dos poderes” deve ser entendida no sentido de divisão *funcional* do poder. Por isso, afirmava Chiovenda, ser o poder do Estado uno na sua essência, mas fracionado no seu exercício.

A soberania, doutrina *Chiovenda*, é o poder inerente ao Estado, ou seja, a organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral; mas este poder único compreende três grandes funções: legislativa, administrativa e jurisdicional.

Expressa a Constituição Federal (art. 2º) que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Cumprе ressaltar, entretanto, que a separação de poderes não significa que sejam eles estanques e incomunicáveis, vez que o Governo é a resultante da interação dos três poderes e a cada um corresponde, na doutrina constitucional moderna, especificamente, uma função. Assim, ao Poder Legislativo corresponde a função de

“*ditar* as normas reguladoras das atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos”, ou a função de criar o direito, de elaborar a norma geral e abstrata, reguladora da vida em sociedade. As normas gerais e abstratas ditadas pelo Poder Legislativo compõem o ordenamento jurídico do Estado ou o *direito objetivo*, que tem na *lei* a sua expressão mais característica.

Ao Poder Executivo incumbe a função administrativa ou executiva, provendo as necessidades gerais e realizando o bem comum.

Ao Poder Judiciário, por fim, cabe a função jurisdicional, no exercício da qual atua a lei ou direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, declarando o direito aplicável no caso concreto.

À função jurisdicional corresponde, especificamente, “*atuar* as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos”.

Jurisdição e equivalentes jurisdicionais

A palavra *jurisdição* vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), querendo significar a “dicção do direito”, correspondendo à função jurisdicional, que, como as demais, emana do Estado.

Já não se admite mais, pondera Chiovenda, que instituições diferentes do Estado constituam juízes,¹ como ocorria em outras civilizações, particularmente em favor da Igreja, cujos juízes pronunciavam sobre muitas matérias, especialmente nas relações entre os eclesiásticos, inclusive com efeitos civis.

Atualmente, além do Estado-juiz, apenas pessoas ou instituições autorizadas pelo Estado podem fazer justiça, como acontece com os árbitros, cuja atividade é toda ela regulada por lei (Lei n. 9.307/96).

A *jurisdição* é uma função do Estado, pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império do direito. No exercício desta função, o juiz não atua espontaneamente, devendo, para tanto, ser provocado (*Ne procedat iudex ex officio*)² por quem tenha interesse em lide.

Não é pacífico, na doutrina, sobre ser a jurisdição um *poder*, um *dever*, ou as duas coisas ao mesmo tempo.

Os que concebem a jurisdição como um poder só assinalam um dos seus aspectos, pois não se trata somente de um conjunto de poderes, senão também um conjunto de deveres dos órgãos jurisdicionais.

Carnelutti vislumbrava na jurisdição um duplo aspecto, de poder e de obrigação do Estado-juiz; tendo Lopes da Costa visto nela um poder dever do Estado-juiz de declarar e realizar o direito, enquanto Frederico Marques a entendia como função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão.

1 A arbitragem é constitucional, tem natureza jurisdicional, e é regulada pela Lei n. 9.307/96.

2 O juiz não procede de ofício.

Além do método *estatal* de resolução das lides, através do processo, existem outras “possíveis desembocaduras do litígio”, dentre as quais a autocomposição, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Algumas dessas formas de composição da lide são *intraprocessuais*, podendo ter lugar por ocasião do processo, caso em que adquirem um colorido jurisdicional, que lhes é passado pela sentença de homologação, como é o caso da conciliação. Outras formas são *extraprocessuais*, afastando, *em princípio*,³ a jurisdição estatal, como é o caso da arbitragem brasileira, que inclusive dispensa a homologação.

Os “*equivalentes jurisdicionais*” são meios pelos quais se pode atingir a composição da lide por obra dos próprios litigantes, a transação e a conciliação, ou de um particular desprovido de poder jurisdicional, como a mediação.

A arbitragem brasileira não se inclui entre os *equivalentes* jurisdicionais porque ela configura o exercício de atividade *jurisdicional* exercida por um particular, com autorização do Estado, estando disciplinada pela Lei n. 9.307/96.

Características da jurisdição em confronto com a legislação

Caracterizar a jurisdição em confronto com a legislação não é tarefa das mais difíceis, na medida em que *legislar* é ditar o direito em tese, na lei, como norma de conduta que se dirige a todos em geral e a ninguém em particular; enquanto *exercer a jurisdição* é dizer o direito no caso concreto, em relação apenas às partes envolvidas no conflito. A sentença, que é o mais expressivo produto da atividade jurisdicional, se reveste de particularização, enquanto a lei, que é o mais típico produto da atividade legislativa, se reveste de generalização. Por isso, a sentença só alcança as partes envolvidas na lide resolvida no processo, e a lei alcança todos os que se encontram sob o seu império.

Em síntese: *legislar* é dizer o direito na lei, em abstrato; e exercer a jurisdição é atuar a lei no caso concreto.

A *jurisdição* é uma atividade complementar da legislativa, cuja existência seria dispensável se os preceitos legais fossem voluntariamente cumpridos pelos seus destinatários, mas acontece que não são, em virtude da diversidade de interesses em jogo.

Com a *jurisdição*, o Estado-juiz garante a sua autoridade de Estado-legislador, fazendo com que se realizem, no mundo dos fatos, as consequências práticas dos preceitos enunciados pelas normas de direito.

A *legislação* é uma atividade que independe de provocação de quem quer que seja, sendo, por isso, *automovimentada*, operando o Estado-legislador na exata medida das necessidades sociais e coletivas do grupo. Assim, na observância daquilo que geralmente acontece, o Estado-legislador valora os fatos da vida social

3 Digo, em princípio, porque a arbitragem não afasta definitivamente a jurisdição, podendo a sentença arbitral ser *anulada* pelo órgão do Poder Judiciário, nos casos do art. 32 da Lei n. 9.307/96.

e lhes imprime consequências jurídicas, ora para estimular (consequências boas), ora para desestimular (consequências más) a sua ocorrência.

A *jurisdição*, ao contrário, é uma atividade dependente de provocação, que só se movimenta por iniciativa do interessado, cumprindo a quem tiver interesse no seu exercício dirigir-se ao Estado-juiz, pedindo-lhe que atue a lei no caso concreto; sendo raras as manifestações de *jurisdição sem ação*, só consentida em casos expressamente permitidos, como verdadeiras exceções à regra. Essas exceções existem no âmbito da Justiça do Trabalho, em que o juiz pode *ex officio* determinar o cumprimento da sentença favorável ao reclamante; no processo civil, em que pode converter pedido de recuperação judicial da empresa em falência; e no processo penal, em que pode conceder *habeas corpus* de ofício.

Crítérios de distinção entre jurisdição e administração

Não tem sido tarefa fácil caracterizar a função jurisdicional e confrontá-la com a função administrativa.

Entre as três funções da soberania do Estado, ensina Chiovenda, observa-se uma separação conceitual mais ou menos clara, mas na prática difícil de determinar. Se a contraposição é bastante sensível entre a função legislativa e a função jurisdicional, porque àquela compete *criar* a lei e a esta *atuar* a lei, é menos fácil determinar a diferença entre a administração e a jurisdição, porque a administração pode também contrapor-se à jurisdição como atuação da lei.

Apesar dessa dificuldade, a doutrina não tem medido esforços para apontar as notas diferenciadoras dessas duas atividades, tendo diversos critérios sido cogitados para esse fim:

I – **Crítério orgânico** – Para determinar se o ato é administrativo ou jurisdicional, deve-se considerar a qualidade do órgão que o pratica, pelo que, se ele emana Poder Executivo, é administrativo, e, se emana do Poder Judiciário, é jurisdicional.

Este critério foi acoimado de *simplista* por Jellinek, ao argumento de que não é o órgão que qualifica a função, mas, ao contrário, a função é que imprime caráter ao órgão.

Registra Chiovenda que, examinando a diferença entre as funções e atendendo aos órgãos que dela estão investidos, não se pode resolver a questão, porque, se é certo que habitualmente as duas funções estão confiadas a órgãos distintos, nem sempre isso acontece, pois há órgãos jurisdicionais investidos de funções administrativas (jurisdição voluntária) e órgãos administrativos investidos de funções jurisdicionais (contencioso administrativo).

II – **Crítério formal** – Segundo D'Alessio, o ato administrativo, sob o aspecto formal, é aquele que não toma a forma nem de lei e nem de sentença; sendo este também o pensamento de Duguit, para quem o ato jurisdicional, do ponto de vista material, é um ato administrativo, que dos demais não se distingue a não ser pelo seu *aspecto formal*, porque praticado por um funcionário não integrante do mecanismo da Administração.

A mesma crítica formulada ao critério orgânico serve para demonstrar a imprestabilidade do critério formal, pois os órgãos jurisdicionais praticam também atos administrativos, e vice-versa.

III – Critério da diversidade de procedimento lógico – Para essa corrente, a atividade jurisdicional é uma atividade *vinculada*, enquanto a atividade administrativa é uma atividade *discricionária*. Assim, no exercício da função jurisdicional, o juiz tem o dever de aplicar a lei ao caso concreto, pelo que a sua atividade é *vinculada à lei*; e, no exercício da atividade administrativa, o administrador tem o poder de escolher, entre duas ou mais alternativas que a lei põe ao seu alcance, aquela que melhor atende ao interesse público, sendo, por isso, a sua atividade *discricionária*.

A discricionariedade, que é a marca da administração, ao regular as relações de fato, segundo o interesse público, faltaria na jurisdição, onde a relação concreta deve ser sempre regulada conforme a vontade da lei.

Sucedem, porém, que a atividade jurisdicional nem sempre é vinculada, pois, em muitos casos, são conferidos ao juiz poderes discricionários, como, por exemplo, na fixação de alimentos, em que deve guiar-se pela necessidade do alimentando e condições econômicas do alimentante; e nem sempre a atividade administrativa é discricionária, como, por exemplo, a nomeação de funcionários aprovados em concurso, em que deve ser observada rigorosamente a ordem de classificação.

IV – Critério da finalidade – Segundo esse critério, na jurisdição, a lei é um “fim”, e, na administração, a lei é “um meio”.

Se a função do juiz é garantir o império da lei, a consideração da lei domina toda a atividade jurisdicional, pelo que para a jurisdição a lei é um *fim*, visto que essa atividade se destina especificamente à aplicação da lei. A Administração, por seu turno, ao promover o progresso socioeconômico, age nos limites traçados pela lei, pelo que, para ela, a lei é *um meio*.

Essa distinção, segundo Lopes da Costa, depende do ponto de vista do observador; pois, do ponto de vista do juiz e do administrador, a atividade de ambos tem como fim a aplicação da lei, mas, do ponto de vista dos interessados, tanto a jurisdição como a administração são meios de que se servem para a satisfação de seus fins.

V – Critério psicológico – Para este critério, a aplicação do direito pode ser tanto atividade jurisdicional quanto administrativa, pelo que a diferença estaria em que, na atividade jurisdicional, predomina a *inteligência*, enquanto na atividade administrativa predomina a *vontade*.

No exercício da jurisdição, o juiz examina os fatos alegados pelas partes, as provas por elas produzidas, se desses fatos resultam consequências jurídicas, e só então profere a decisão, sendo todo esse trabalho predominantemente de *inteligência*. Já o administrador, agindo em prol do bem comum, faz seus planos, delibera sobre a sua execução, e só então verifica se a lei o permite, sendo a atividade administrativa informada predominantemente pela *vontade*.

Acontece que a sentença, que é produto da atividade jurisdicional, e pela qual o juiz atua o direito objetivo na composição da lide, é também um *ato de vontade*; enquanto o ato administrativo, não podendo fugir à finalidade do bem comum, essa verificação é *obra da inteligência*. A *prevalência* de um elemento sobre o outro não é suficiente para caracterizar o ato jurisdicional e o ato administrativo.

VI – Critério de acerto do direito – Para este critério, a jurisdição consistiria em regular os casos de *direito incerto e controvertido*, pelo que toda vez que o juiz proceder a esse acerto, *em contraditório*, estará exercendo a jurisdição.

Esse critério é imprestável, porque deixa de fora da jurisdição o *cumprimento* da sentença, que é atividade jurisdicional, mas o direito não é mais *incerto* nem *controvertido*.

Cumpra observar, também, que pode haver *atos jurisdicionais* sem controvérsia e contraditório, como acontece nas hipóteses de revelia ou de confissão, e atos *não jurisdicionais*, que se apresentam com a aparência de decisão de uma controvérsia, como na jurisdição voluntária.

VII – Critério da natureza do interesse protegido – Segundo este critério, o ato administrativo se dirige à *proteção do interesse público*, enquanto o ato jurisdicional visa à *proteção de interesses privados*.

Sucedem que a *jurisdição penal* tutela interesses públicos, enquanto a administração, muitas vezes, tutela o interesse do particular, sem, com isso, perder a sua natureza administrativa; como, por exemplo, quando a administração impede o funcionamento de uma empresa por falta de condições de trabalho.

VIII – Critério da sanção – Segundo este critério, a diferença entre a função jurisdicional e a função administrativa estaria em que aquela se exerce através de *sanções*, o que não acontece com esta.

Nesse ponto não se encontra a distinção, porque a função jurisdicional não importa, necessariamente, na aplicação de sanções, como, por exemplo, nos provimentos meramente declaratórios; e, no exercício da função administrativa, podem ser impostas sanções, como, por exemplo, na aplicação de multas ou na imposição de penas disciplinares.

IX – Critério da substituição de atividade – Para este critério, a atividade jurisdicional é uma atividade de substituição, e, portanto, uma *atividade secundária*, em que o juiz age substituindo a atividade das partes, que é a atividade primária, o que não acontece com a atividade administrativa, que é em si uma atividade primária, agindo a administração em nome próprio e não em lugar de outrem.

Este critério, originalmente formulado por Chiovenda, foi aceito, na Itália, por Alfredo Rocco e Calamandrei, e seguido, no Brasil, por Amaral Santos, Frederico Marques, Humberto Theodoro Júnior e, com alguns reparos, por Lopes da Costa.

Para Chiovenda, a verdadeira característica da função jurisdicional está na substituição, por uma atividade pública, da atividade alheia, substituição esta que

tem lugar porque, tendo o Estado, proibido a autodefesa, reservou para si a tarefa de resolver os conflitos de interesses, substituindo por uma atividade sua, de órgão público, a atividade das partes envolvidas no conflito.

Essa substituição de atividade se opera de dois modos, correspondentes aos dois estágios do processo: o de conhecimento e o de execução; sendo que, no processo de conhecimento, a jurisdição consiste na substituição da atividade *intelectiva* das partes pela atividade *intelectiva* do juiz, ao afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta de lei; o mesmo ocorrendo na fase de execução da sentença, em que a atividade das partes é substituída pela atividade do juiz.

Administrar, doutrina Chiovenda, é uma atividade imposta direta e imediatamente pela lei aos órgãos públicos; pelo que, do mesmo modo que o proprietário age por conta própria, a Administração Pública age também por conta própria e *não no lugar de outrem*. Quando a Administração satisfaz, reconhece, reintegra ou repara direitos alheios, não faz coisa diferente do que faz o devedor pagando ao seu credor, ou o possuidor restituindo a coisa ao seu proprietário.⁴

A partir destas considerações, formula Chiovenda as distinções entre a atividade jurisdicional e a administrativa nestes termos:

- a) o juiz age *atuando a lei*; a Administração age *de conformidade com a lei*;
- b) o juiz *considera a lei em si mesma*; o administrador *considera a lei como norma de sua própria conduta*;
- c) a administração *é uma atividade primária ou originária*; a jurisdição *é uma atividade secundária*;
- d) quando a Administração julga, julga sobre sua própria atividade; quando a jurisdição julga, julga sobre uma atividade alheia e sobre uma vontade de lei concernente a outrem.

A *jurisdição* consiste, portanto, para Chiovenda, “na atuação da lei mediante a substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade alheia, seja afirmando a existência de uma vontade de lei, seja tornando-a efetiva na prática”; sob o primeiro aspecto, tem-se uma jurisdição de cognição⁵ e na segunda, de execução.

Criticando essa teoria, observa Lopes da Costa que esse critério isolado não separaria os atos de jurisdição voluntária, à qual se reconhece hoje natureza administrativa, pois, na decisão que concede ou nega ao pai autorização para alienar bem imóvel do filho incapaz, a inteligência do juiz substitui a do requerente. Então, a jurisdição voluntária seria uma *espécie de jurisdição* e não uma *espécie de função administrativa*.

4 Acrescenta Chiovenda que, às vezes, a Administração julga sobre a própria atividade, mas em vista de uma atividade alheia, e vice-versa, quando o juiz pronuncia acerca da atividade alheia, julga, ao mesmo tempo, acerca do que deve fazer, julga se tem a obrigação de prover sobre a demanda (por exemplo, se é competente), e julga o que deve fazer para substituir a atividade alheia, corrigi-la ou repará-la. Mas, na Administração, predomina o juízo sobre a própria atividade, enquanto, na jurisdição, predomina o juízo sobre a atividade alheia (Chiovenda).

5 A jurisdição de cognição é o mesmo que jurisdição de conhecimento.

X – Critério da exclusão – Para os adeptos dessa corrente,⁶ não existe um meio de se caracterizar a função administrativa, relativamente às demais funções do Estado, a não ser procedendo por exclusão, de modo que a administração compreenderia todas as atividades estatais, que não fossem judiciárias ou legislativas.

Caracterização do ato jurisdicional

Assevera Couture que a importância da configuração do ato jurisdicional não é apenas um problema de doutrina, mas de segurança individual e de tutela dos direitos humanos, porque somente o ato jurisdicional proporciona um produto que é a sentença, capaz de adquirir a imutabilidade, principal característica da coisa julgada.

Distingue o jurista uruguaio três elementos próprios (característicos) do ato jurisdicional: a forma,⁷ o conteúdo e a função.

Por *forma*, entende-se a presença de *partes*, de *juiz* e de *procedimentos* estabelecidos na lei; por *conteúdo*, considera-se a existência de um conflito com relevância jurídica, que deve ser dirimido pelos órgãos da jurisdição, mediante uma decisão que adquira a autoridade de coisa julgada; e por *função* entende-se o encargo ou a incumbência de assegurar a justiça, a paz social e demais valores jurídicos, mediante a aplicação eventualmente coercível do direito.

Alfredo Rocco vê na jurisdição algumas *formas externas*, a saber:

a) um órgão adequado, distinto dos que exercem as funções de legislar e administrar, colocado em posição de independência, para exercer o seu ofício imparcialmente;

b) um contraditório regular, que permita às partes pugnarem por seus interesses, fazendo valer suas razões, a fim de que a autoridade judiciária tudo decida conforme o direito;

c) um procedimento preestabelecido, com formas predeterminadas, para assegurar uma resolução justa do conflito.

Considerando insuficiente o critério *de substituição*, preconizado por Chioven-da, para caracterizar a jurisdição, Lopes da Costa faz intervir outras notas diferenciadoras, na teoria da ação, do processo e da coisa julgada.

Na verdade, adverte Lopes da Costa, o conceito de jurisdição se prende, estreitamente, ao conceito de ação, de processo e de coisa julgada.

Jurisdição e processo são conceitos correlativos, sendo este o campo em que aquela se desenvolve; sendo que o processo exige no mínimo três sujeitos: juiz, autor e réu.

6 Era esse o entendimento de Adolf Merkl.

7 A forma corresponde aos elementos externos da lide.

Para funcionar na causa, o juiz deve ser *imparcial*, não podendo ser nela interessado, atuando, portanto, *supra partes*, enquanto a autoridade administrativa, quando julga, age *inter partes*.

Outra nota característica dessa distinção é que, somente quando provocado, o juiz pode agir, pelo que toda vez que um procedimento é iniciado oficiosamente pode-se dizer, com segurança, que não é jurisdicional.⁸

Em face dessas considerações, Lopes da Costa resume assim as *notas características* da jurisdição: *a)* atuação do juiz *supra partes*; *b)* em processo; *c)* sob provocação do interessado; *d)* substituindo, no processo de conhecimento, a inteligência das partes, e, no processo de execução,⁹ a vontade delas; *e)* em decisão com efeito de coisa julgada; *f)* declarando a existência de direitos e realizando-os, se necessário.

Elementos da jurisdição e poderes jurisdicionais

A doutrina clássica, acentuando que o direito pátrio usa a palavra *jurisdição* para exprimir o conhecimento da causa, seu julgamento e execução da sentença, assim como o direito de impor as penas legais, conclui que os juízes têm a *jurisdição* e o *imperium* do pretor romano, que compreende: o direito de conhecer, de ordenar, de julgar, de punir e de executar.

Segundo a concepção clássica, são *elementos da jurisdição*, assim discriminados:

Notio – é a faculdade de conhecer de certa causa, ou de ser regularmente investido da faculdade de decidir uma controvérsia, assim como de ordenar os atos respectivos.

Vocatio – é a faculdade de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao conhecimento da verdade.

Coertio (ou *coertitio*) – é o direito de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas feitas ao juiz no exercício de suas funções (*Jurisdictio sine coertitio nulla est*).¹⁰

Iudicium – é poder de julgar e de proferir a sentença.

Executio – é poder de, em nome do Estado, tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões.

Para a moderna doutrina, a *jurisdição* compreende os seguintes *poderes jurisdicionais*:

8 Cumpra observar, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro agasalha procedimentos civis *ex officio* (falência) e, no processo trabalhista, a execução da sentença pode ter início também *ex officio*. Em ambos os casos, há verdadeiro exercício de função jurisdicional. No âmbito processual penal, o *habeas corpus* pode também ser concedido de ofício.

9 Atualmente, a sentença não é mais objeto de execução, como no passado, mas de simples cumprimento, no próprio processo em que for proferida; salvo a sentença proferida contra a Fazenda Pública, que ainda se sujeita à execução, através da ação e processo executório.

10 A jurisdição sem o poder de coerção é nula.

a) *Poder de decisão* – Através desse poder, o Estado-juiz afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei, por dois modos possíveis e com diferentes efeitos: afirma uma vontade de lei concernente às partes, através de uma sentença de mérito, reconhecendo a uma delas um bem da vida, e garantindo-o para o futuro, no mesmo ou em outros processos, com efeito de coisa julgada material; e, por outro lado, afirma uma vontade de lei concernente ao dever do juiz de pronunciar-se sobre o mérito, julgando sobre a sua própria atividade, sem o feito de coisa julgada material, com eficácia limitada ao processo em que é proferida, sem obrigar em outros processos.

Esse poder de decisão, de dizer a última palavra sobre o que é e o que não é o *direito*, é típico da atividade jurisdicional, com o que o juiz decide o mérito dos conflitos, excluindo-o da apreciação de qualquer outro órgão, pertencente aos demais poderes do Estado.

b) *Poder de coerção* – Este poder se manifesta com mais intensidade na execução, embora esteja presente também no processo de cognição, como no ato de notificação ou de citação; em que se o destinatário se recusa a receber materialmente o mandado, considera-se como se tivesse sido entregue.

Em virtude desse poder, pode o juiz determinar a remoção de obstáculos opostos ao exercício de suas funções; sujeitar ao seu poder os presentes à audiência (partes, advogados, assistentes); admoestar e afastar os infratores etc. A testemunha, por exemplo, tem o dever de comparecer, podendo ser conduzida à força se se recusar a colaborar com a Justiça. O juiz pode ainda requisitar a presença de força policial, para vencer qualquer resistência ilegal, das partes ou de terceiros, no cumprimento das suas decisões.

c) *Poder de documentação* – Este poder resulta da necessidade de documentar, de modo a fazer fé, tudo o que ocorre perante os órgãos judiciais, como termos de assentada, de audiência, de instrução, certidões de notificação, de citação etc.

Princípios fundamentais da jurisdição

A jurisdição é informada por certos *princípios*, universalmente aceitos e reconhecidos, que servem para esclarecer e desenvolver o seu conceito, princípios esses que, em maior ou menor extensão, implícita ou explicitamente, estão sempre presentes onde haja o exercício de função jurisdicional.

São *princípios fundamentais da jurisdição*:

I) *Princípio da investidura* – Significa esse princípio que a jurisdição só pode ser legitimamente exercida por quem tenha sido dela investido por autoridade competente do Estado, de conformidade com as normas legais. Quem, a pretexto de exercer a jurisdição, pratica ato próprio da atividade jurisdicional, sem a observância do requisito da investidura, pratica crime previsto no Código Penal (art. 328).¹¹

11 Art. 328. Usurpar o exercício de função pública: Pena – detenção, de três meses a dois anos, e multa.

À ausência de investidura equipara-se, para os efeitos legais, a situação dos juízes aposentados, visto que, com a aposentadoria, perdem a jurisdição, o mesmo ocorrendo com os juízes em disponibilidade.

II) *Princípio da aderência ao território* – Este princípio significa que a jurisdição pressupõe um território sobre o qual é exercida, não se podendo falar em jurisdição, senão enquanto correlata com determinada área territorial do Estado. É também chamado de *princípio da improrrogabilidade da jurisdição*. Tal princípio estabelece, inclusive, limites às atividades jurisdicionais dos juízes, que, fora do território sujeito por lei à sua jurisdição, não podem exercê-las, não passando de um cidadão como qualquer outro.

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, por exemplo, têm jurisdição sobre todo o território do País; os Tribunais de Justiça têm jurisdição sobre todo o território do Estado; os Tribunais Regionais (federais e do trabalho) têm jurisdição sobre determinada região do País, compreendendo um ou mais Estados; os juízes (federais, do trabalho e estaduais) têm jurisdição no âmbito da sua respectiva base territorial (seção judiciária, circunscrição, comarca), que pode abranger um ou mais municípios ou distritos.

Em face desse princípio, e, havendo necessidade de ser praticado um ato processual fora da jurisdição do juízo da causa, deve ele solicitar a cooperação de outro juízo, do local onde deva o ato ser realizado.

O princípio da aderência ao território comporta, no ordenamento jurídico nacional, não poucas exceções, tanto no âmbito civil como, por exemplo, nos casos de prevenção (CPC, art. 107);¹² de citação em comarca contígua (CPC, art. 230);¹³ e no âmbito penal, na hipótese de haver desclassificação da infração da competência de outro juízo (CPP, art. 74, § 2º, 1ª parte)¹⁴ ou de desaforamento do crime (CPP, art. 427, *caput*).¹⁵

III) *Princípio da indelegabilidade* – Este princípio significa que, sendo o juiz investido das funções jurisdicionais como órgão do Estado, deve exercê-las pessoalmente, sem poder delegar atribuições. Se o Estado investiu o juiz no exercício

12 Art. 107. Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado ou comarca, determinar-se-á o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel.

13 Art. 230. Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas.

14 Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

15 Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (...)

de uma função pública, cometendo-lhe a função jurisdicional referente a determinadas lides, não pode o juiz transferir a outro a competência para conhecer e julgar os processos que lhe tocam.

Quando se trata de ato a ser praticado fora do território sujeito à jurisdição do juiz, não há delegação de função, pois tanto o deprecante quanto o deprecado, aquele solicitando e este realizando o ato, estão a exercer a jurisdição na sua base territorial e nos limites da sua própria competência.

IV) *Princípio da indeclinabilidade* – Este princípio significa que o juiz não pode declinar do seu ofício, deixando de atender quem deduza em juízo uma pretensão, pedindo a tutela jurisdicional.¹⁶ Nem mesmo a lacuna ou a obscuridade da lei exime o juiz de proferir decisão ou sentença,¹⁷ devendo, nesses casos, valer-se dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito.

V) *Princípio do juiz natural*¹⁸ – Este princípio significa que todos têm, em igualdade de condições, direito a um julgamento por juiz independente e imparcial, segundo as normas legais e constitucionais. O juiz (*rectius*, juízo) natural é sinônimo de juiz *legal* ou juiz *constitucional*, competente para processar e julgar ao tempo em que ocorre o fato a ser processado e julgado.

Em face desse princípio, não pode haver lugar para tribunais ou juízes de exceção, como tal considerado todo aquele que vier a ser constituído *post factum*, para julgar um fato já ocorrido ao tempo da sua constituição.

As justiças especializadas (militar, eleitoral, trabalhista) nada têm a ver com os tribunais de exceção, pois são instituídas pela Constituição, que as regula e delimita o âmbito de sua jurisdição, para julgamentos de fatos ocorridos posteriormente.

VI) *Princípio da inércia* – Segundo este princípio, não pode haver “jurisdição sem ação”, pois a jurisdição depende de provocação do interessado no seu exercício, não sendo, de regra, automovimentada. No particular, prefiro falar em *dependência de provocação*, pois “inerte” é o que não se movimenta, e a jurisdição se movimenta; lentamente, mas se movimenta.

A *imparcialidade* que caracteriza a atividade jurisdicional impede que os juízes exerçam suas funções sem que haja pedido de quem se entenda lesado ou ameaçado de lesão num direito seu.

16 Este princípio tem assento constitucional, dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

17 CPC/Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

18 O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a Constituição, diferentemente do que faz com os juízes, *não garante o princípio do promotor natural*. Ao contrário, consagra no § 1º do art. 127 os princípios da “unidade” e da “individualidade” do Ministério Público, dando maior mobilidade à instituição, permitindo avocação e substituição do órgão acusador, tudo evidentemente nos termos da lei orgânica (*Habeas Corpus* n. 2.088-0/RJ).

Elucidativo a propósito é o art. 2º do CPC, dispondo que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional *senão quando a parte ou o interessado a requerer*,¹⁹ nos casos e forma legais”.

As máximas *Ne procedat iudex ex officio*²⁰ e *Nemo iudex sine actore*²¹ dão bem a exata extensão desse princípio.

A inércia é rompida pelo exercício do direito de ação, e, a partir daí, o processo se movimenta por impulso oficial (autodinâmica), não prescindindo, porém, da atividade das partes (heterodinâmica).

Mesmo, no âmbito penal, o processo se instaura mediante provocação do Ministério Público e, portanto, através da ação.

Existem, no ordenamento jurídico nacional, poucas exceções ao *princípio da inércia*, tanto no âmbito civil *stricto sensu* como no trabalhista e no penal. Assim, por exemplo, o juiz pode decretar de ofício a falência do comerciante, se, no curso de um processo de recuperação judicial de empresa, verificar que falta algum requisito para a sua concessão; a execução no processo trabalhista pode instaurar-se de ofício pelo juiz; também o *habeas corpus* pode conceder-se de ofício.

VII) *Princípio do acesso à justiça* – Essa simples faculdade acabou erigida num princípio, segundo o qual a todos é assegurado o acesso ao Judiciário, para defesa de seus direitos; servindo a expressão “acesso à Justiça” para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: a) primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e b) segundo, deve ele produzir resultados que sejam *individual e socialmente justos*.

VIII) *Nula poena sine iudicio*²² – Este princípio é *exclusivo* da jurisdição penal, significando que nenhuma sanção penal pode ser imposta sem a intervenção do juiz, através do competente processo. Nem com a concordância do próprio infrator da norma penal, pode ele sujeitar-se voluntariamente à sanção, *extrajudicialmente*.²³

Extensão da jurisdição

Como emanção da soberania do Estado, a jurisdição chega até onde chega a soberania estatal, pelo que, sendo a jurisdição atuação da vontade da lei ao caso concreto, não pode haver sujeição à jurisdição, *senão* onde possa haver sujeição à lei, e vice-versa.

Os limites da jurisdição são impostos pelo poder de império do Estado, de sujeitar os destinatários da lei ao seu comando; pelo que, onde há sujeição à lei, há

19 A referência à “parte” é alusiva ao procedimento contencioso e ao “interessado”, alusiva ao procedimento voluntário ou não contencioso.

20 O juízo não procede de ofício.

21 Não há juiz sem autor.

22 Não há pena sem processo.

23 A transação, no processo dos Juizados Especiais Criminais estaduais e federais, é possível, nos termos das Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01.

também sujeição à jurisdição; e onde não impera a lei não há lugar para o exercício da jurisdição.

Esse *parallelismo* entre a legislação e a jurisdição, dentro dos limites territoriais da soberania, não desaparece, mesmo quando (nos processos internos) se aplica a lei estrangeira, pois, na realidade, “o juiz nacional aplica, em qualquer caso, a lei nacional”.

Em obediência a um dever genérico internacional, de reconhecer os demais Estados como soberanos, nos limites de seus respectivos territórios, todo Estado, ainda que em medida diversa, reconhece a atividade desenvolvida pelos demais, mas sem detrimento da própria soberania.

Com este objetivo, o Estado expede atos de vontade própria, cujo conteúdo esteja em conformidade com os atos de vontade do Estado estrangeiro, e, em vista dessa atividade legislativa (estrangeira), o Estado nacional prescreve normas preliminares²⁴ que traçam os limites dentro dos quais o legislador *reconhece* o direito alienígena, como regra de relações que interessam concomitantemente a estrangeiros e nacionais.

Em virtude dessas *normas de aplicação*, o juiz não aplica direito estrangeiro, mas direito *nacionalizado*; porquanto a vontade de lei que o juiz atua *somente pode ser a do Estado*.

A fórmula “nacionalização do direito estrangeiro” deve-se a Savigny, que alude à “faculdade de incluir leis originariamente estrangeiras entre as fontes a que devem ater-se os Tribunais do país”.

O exercício da jurisdição se entrosa intimamente com a ideia de território, pelo que todos aqueles que nele se encontrem estão submetidos *potencialmente* à jurisdição do Estado.

Jurisdição e suas divisões

A jurisdição, considerada em si mesma, é emanção da soberania do Estado, pelo que, sendo única a soberania, *una* também é a jurisdição.²⁵

Entender o contrário seria admitir a existência de uma pluralidade de soberanias, atuando no âmbito *de um mesmo* território, o que contraria a própria ideia de Estado.

24 No Brasil, é Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que é a mesma Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), com a ementa modificada pela Lei n. 12.376/10.

25 A jurisdição é função unitária, porque a *potestade* (poder) que lhe é inerente e a atividade que requer são essencialmente idênticas em todos os casos. Mas ela pode ser especificada em atenção aos interesses envolvidos no processo e à modalidade segundo a qual a garantia processual se desenvolve. Têm-se, pois, não propriamente uma jurisdição penal e uma jurisdição civil, mas uma *competência penal* e uma *competência civil* (Manzini).

Quer decida um conflito de interesses de natureza civil, quer penal ou trabalhista, o Estado exerce a jurisdição, pois a diversidade de lide não determina a diversidade de função jurisdicional. Neste sentido, afirma-se que a *jurisdição é una*, quer dizer, não comporta divisões.

A doutrina, no entanto, costuma classificar a jurisdição, segundo vários critérios, quando se fala, então, em *espécies de jurisdição*, a saber:

I) Quanto à *gradação*: jurisdição inferior e jurisdição superior.

A jurisdição *inferior* é a que se exerce na primeira instância, por juiz que conhece e julga, originariamente, as causas; a jurisdição *superior* é a exercida na superior instância, por força de recurso interposto em causa já sentenciada, como consequência do duplo grau ou por força de remessa *ex officio*.

II) Quanto à *matéria*: jurisdição penal e jurisdição civil.

A jurisdição *penal* tem por objeto as lides de natureza penal; a jurisdição *civil* compreende as causas de natureza extrapenal, como as civis, comerciais, administrativas, tributárias, constitucionais, trabalhistas etc.

III) Quanto à *origem*: jurisdição legal e jurisdição convencional.

A jurisdição *legal* é permanente, nasce da investidura do juiz no cargo com as atribuições próprias de seu ofício, de dizer ou declarar o direito; a jurisdição *convencional* é momentânea, exercida pelo árbitro ou tribunal arbitral, por força de compromisso assumido pelas partes, sendo momentânea.

IV) Quanto aos *organismos judiciais*: jurisdição especial e jurisdição comum.

A jurisdição *especial* tem o seu campo de atuação assinalado pela lei, como a militar, eleitoral e trabalhista; e a jurisdição comum tem competência sobre todas as causas que não estejam expressamente atribuídas a outras jurisdições, como a jurisdição comum federal e a estadual.

Na doutrina, prevalece o entendimento de que a justiça federal se enquadra na jurisdição comum, porque esses juízes processam e julgam qualquer lide não compreendida na competência reservada às justiças especiais. Assim, ao lado de uma justiça comum federal, existe uma justiça comum estadual.

V) Quanto à *forma*: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária.

A jurisdição contenciosa é exercida em face de litígio, quando há controvérsia (*inter nolentes*),²⁶ e a jurisdição voluntária, quando o juiz se limita a homologar a vontade dos interessados, ou quando o juiz decide, mas em face de interesses não litigiosos (*inter volentes*).²⁷

A doutrina tem reconhecido, porém, que a chamada jurisdição *voluntária* não é verdadeira jurisdição, e nem voluntária; pois voluntário ou contencioso seria o procedimento.

26 “Entre os que não querem.”

27 “Entre os que querem.”

Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária: visão teórica

Não existe um critério insusceptível de crítica para se distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, o que levou Kisch a afirmar estar fadada ao insucesso a procura de uma acentuada separação entre os domínios dessas duas espécies de jurisdição.

Identicamente, pensam Weismann e Rosenberg, que julgam impossível apresentar um decisivo fundamento material para distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária.

Chiovenda também reputa imprópria a contraposição tradicional, jurisdição *voluntária* e *contenciosa*, porque entre as atividades jurisdicionais não se insere a *jurisdição voluntária*, que não é propriamente jurisdição.²⁸

Couture ressalta que a denominada *jurisdição voluntária* não é jurisdição e *nem voluntária*, a uma, porque sua índole não é jurisdicional, e, a outra, porque, em muitos casos, a intervenção dos juízes é imposta pela lei, sob pena de sanções pecuniárias ou privação do fim esperado.

Muitos atos estatais, doutrina Chiovenda, embora sejam atos de *simples administração*, exigem especiais garantias de autoridade nos órgãos que os praticam, pelo que é natural que o Estado se utilize, para corresponder a essas exigências, da mesma hierarquia judiciária comum; mas nem todos os atos de jurisdição voluntária são realizados pelos órgãos jurisdicionais, sendo, muitas vezes, atos de órgãos administrativos, que não estão disciplinados pelo Código de Processo Civil, mas são similares aos que a lei atribui, como jurisdição, aos juízes.

Por conseguinte, para Chiovenda a jurisdição voluntária “é uma forma especial de atividade do Estado, exercida, em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos órgãos administrativos, e pertencente à *função administrativa*, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares”.

A distinção entre a jurisdição *contenciosa* e a *voluntária* tem grande importância prática, porque apenas aquela produz coisa julgada, e não esta, podendo o ato voluntário ser revisto, a qualquer tempo, respeitados apenas os direitos adquiridos.

Partindo da observação de que a chamada *jurisdição voluntária* não se insere nas atividades jurisdicionais propriamente ditas, porque não visam à resolução de “conflitos de interesses”, tutelando, ao contrário, interesses não conflitantes, sustentam alguns doutrinadores que são de jurisdição voluntária *toda e qualquer administração pública de interesses privados*: tanto a exercida por órgãos judiciários como a exercida por outros órgãos da Administração Pública.

Este é o pensamento de Chiovenda, que mereceu, no Brasil, o aval de Lopes da Costa.

28 A tese revisionista do conceito de jurisdição vem sustentando o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária.

Outros procuram abrandar a extensão desse pensamento, sustentando ser de jurisdição voluntária tão somente os atos de administração pública de interesses privados *exercidos por órgãos do Poder Judiciário*, sendo este o entendimento de Frederico Marques.

Não se pode afirmar que a doutrina tenha chegado a resultados satisfatórios na pesquisa da índole das jurisdições *contenciosa* e *voluntária*, pois os diversos critérios apresentados para distingui-las não lograram acobertar-se das críticas a respeito.

São os seguintes os critérios mais prestigiados:

I) Critério da *contenciosidade* da relação jurídica – Esta circunstância não é essencial à jurisdição, porque pode haver processo *sem controvérsia*, como na hipótese de revelia do réu, como pode também haver processos em que o réu reconheça a pretensão adversária.²⁹

II) Critério da *coação* – Este critério é também insubsistente, pois a coação não é exclusiva da jurisdição contenciosa, havendo provimentos de jurisdição voluntária de caráter coativo, como acontece, por exemplo, com a nomeação de tutores.

III) Critério da *repressão e prevenção* – A repressão como característica da jurisdição contenciosa, e da *prevenção*, como característica da jurisdição voluntária, também é inexato, porque existem formas processuais de *tutela preventiva*, e muitos atos de jurisdição voluntária carecem de fim preventivo.

IV) Critério de *constitutividade* – Chiovenda, com apoio em Wach, sustenta que a diferença entre as jurisdições contenciosa e voluntária está no *escopo constitutivo* da voluntária.

Os atos de jurisdição *voluntária* tendem sempre à constituição de estados jurídicos novos ou cooperam no desenvolvimento de relações jurídicas existentes; enquanto a jurisdição contenciosa, ao contrário, visa apenas à atuação de relações existentes.

A jurisdição contenciosa supõe um *juízo* sobre uma vontade de lei concernente às partes e a *substituição* da atividade das partes pela do órgão público, seja no afirmar a existência daquela vontade, seja no fazer tudo quanto for necessário, a que se consiga o bem garantido pela lei.³⁰ Assim, a jurisdição civil supõe, numa das partes, a expectativa de um bem da vida em face de outra, seja esse *bem* uma prestação, um efeito jurídico, uma declaração, um ato conservativo ou um ato executivo. Isso não acontece na jurisdição voluntária, em que *não há duas partes*, não há um bem garantido *contra outrem*, uma norma de lei a atuar *contra outrem*, mas um *estado jurídico* impossível de nascer ou desenvolver-se sem a intervenção do Estado-juiz.

29 “A total ausência de controvérsia sobre a qual deva pronunciar-se o juiz, dando razão a um ou outro dos contendores, é a condição principal e essencialíssima para que a jurisdição voluntária possa ser exercida” (Ricci).

30 Para Couture, contudo, por oposição à sentença jurisdicional, cujo conteúdo pode ser declaratório, constitutivo, condenatório ou cautelar, as decisões que se proferem na jurisdição voluntária são sempre de mera *declaração*. Não condenam nem constituem novos direitos.

Respondendo à crítica que Weismann opôs aos seus ensinamentos, de que também no campo da jurisdição contenciosa existem sentenças *constitutivas*, respondia Chiovenda que as sentenças constitutivas contêm a “atuação de um *direito* à constituição de um novo estado jurídico; direito que corresponde a um sujeito jurídico *contra o outro*”. Pelo contrário, na constituição ou desenvolvimento de estados jurídicos, na jurisdição voluntária, não se atua um *direito* correspondente a *Tício* contra *Caio*.

Para Chiovenda, o caráter da jurisdição voluntária não está na ausência de *contraditório*, pois pode haver processo sem contraditório, mas a *ausência de duas partes*;³¹ se bem que a jurisdição contenciosa possa desenvolver-se também sem contraditório, mas haverá sempre duas partes.

Na jurisdição voluntária, ao contrário, *não há partes*, há *requerentes*,³² e, mesmo naqueles casos em que o juiz emite um provimento *inaudita altera parte*, emite sempre *contra* ou *em face* de alguém, a quem deve ser comunicado, para que possa impugná-lo ou para fins de que seja executada.

Em síntese:

<i>Jurisdição contenciosa</i>	<i>Jurisdição voluntária</i>
• atividade jurisdicional (substitutiva)	• atividade administrativa (não substitutiva)
• escopo de atuar a lei	• escopo constitutivo
• existência de partes	• existência de interessados
• produz coisa julgada	• não há coisa julgada
• existe uma lide	• existe um dissenso de opinião

Tese revisionista do conceito de jurisdição voluntária

Contrariando a doutrina tradicional, que afirma a natureza administrativa da jurisdição voluntária, negando haver nela atividade jurisdicional, opõe-se a *tese revisionista*, que afirma o seu caráter de verdadeira e própria jurisdição, permitindo a seus adeptos falar em *processo contencioso* e *processo voluntário*. Assim, são considerados jurisdicionais não somente os atos do processo contencioso, como também os atos do processo voluntário, afirmando-se que, na jurisdição voluntária, se aplica direito privado, e, tanto quanto na contenciosa, tende à atuação do direito

31 “Tampouco há controvérsia na jurisdição voluntária. Se esta aparece, se à pretensão do petionante se opuser alguém que se considere lesado por ela, o ato judicial não jurisdicional se transforma em contencioso, e, portanto, em jurisdicional” (Couture).

32 O ato judicial não jurisdicional não tem partes; faltando-lhe, pois, o primeiro elemento formal da jurisdição; nele o petionante ou pretendente não pede nada contra ninguém, faltando-lhe, pois, o adversário; ele não é parte no sentido técnico, porque não é contraparte de ninguém (Couture). Ricci entende que, se surgir contestação na jurisdição voluntária, a questão deixa de pertencer à sede honorária e deve deferir-se à sede contenciosa.

objetivo, na tutela de interesses privados; enfim, pela natureza e pelo objeto, o *processo voluntário é jurisdicional*.

No concenente à forma, apontam os *revisionistas* algumas diferenças entre as duas jurisdições, concordando, porém, com a doutrina tradicional em que não há *litígio* ou *controvérsia* no processo voluntário; se surgir conflito entre os interesses privados, como, por exemplo, na nomeação de um tutor, transforma-se em contencioso.³³

Afirmam também os revisionistas que *não há contraparte*, na jurisdição voluntária, mas formulam uma indagação: quem promove a atuação da jurisdição voluntária não é parte? E respondem: considerando parte aquele que pede em seu próprio nome ou em cujo nome é pedida a atuação da lei, quem pede autorização para vender bens de menores, ou quem reclama tutela, é parte; *o que não existe é contraparte*.

Não há *demanda*, no sentido de que não há um demandado direto; mas, se *demanda* é o ato processual em que se manifesta a ação, e esta é o direito à jurisdição, entendem que dificilmente poder-se-ia explicar que não seja jurisdicional o processo voluntário, pois quem promove qualquer dos *negócios* voluntários o faz em procura da tutela e reconhecimento de seus próprios direitos, o mesmo que no processo contencioso. Aceitam os revisionistas que os requisitos exigidos na demanda contenciosa não são, em sua totalidade, exigíveis no processo voluntário.

Em resumo, no processo voluntário *não há contraparte*, nem, em consequência, *controvérsia*, como no contencioso, mas essas diferenças formais carecem de valor suficiente para negar caráter jurisdicional ao processo voluntário. Assim, continua de pé o fundamento de que, tanto no processo contencioso quanto no voluntário, trata-se de tutela dos mesmos direitos; apenas num caso controvertido, e, noutro, não.

Para a corrente revisionista, a jurisdição voluntária é jurisdição, enquanto o adjetivo *voluntária* encontra plena coincidência entre a tese tradicional e a revisionista. Não é voluntária, no sentido de que o peticionante não vai a juízo espontaneamente, por sua vontade (*inter volentes*) em oposição à jurisdição contenciosa (*inter nolentes*).

Em ambos os casos, é uma atividade necessária; mas, contudo, pode-se continuar a usar a expressão *jurisdição voluntária* por comodidade ou por costume.

Couture salienta que a adoção da tese revisionista tornaria necessário revisar o conceito de ato jurisdicional, incluindo nele a jurisdição voluntária,³⁴ e que esta tarefa, nas atuais circunstâncias, não resultaria em proveito da ciência processual.

Para Schönke, as jurisdições contenciosa e voluntária são partes do mesmo ramo, e a delimitação da esfera de ambas é um problema de distribuição de competência.

33 Embora sem ser um revisionista, também Couture – adepto da concepção tradicional – afirma que, se surgir controvérsia, o ato não jurisdicional transforma-se em contencioso.

34 Anota Afrânio Jardim que Sérgio Demoro Hamilton vislumbra a existência de jurisdição voluntária nos procedimentos regulados nos arts. 33 e 53 do Código de Processo Penal; sendo este também o seu próprio entendimento.

Jurisdição e arbitragem

A jurisdição é atividade estatal compositiva do litígio, mediante o processo, em que o Estado substitui por uma atividade sua a atividade das partes envolvidas no conflito.

A *arbitragem* é também uma forma de se compor conflitos mediante um processo, só que a cargo de particulares, a quem o Estado outorga o poder de emitir sentença com a mesma eficácia das sentenças proferidas por seus próprios juízes. Neste sentido, é facultado às pessoas capazes de contratar se valerem dessa instituição para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem é disciplinada pela Lei n. 9.307/96, que atribui eficácia à sentença arbitral, sendo condenatória, força de título executivo judicial (art. 18).³⁵

Na verdade, a arbitragem permite que a resolução dos conflitos possa ser obtida numa outra vertente, também processual e jurisdicional, mas fora da esfera estatal.

Na arbitragem existe o exercício de verdadeira jurisdição, só que exercida por órgãos- pessoas, aos quais o Estado reconhece uma parcela do seu poder, e cujas decisões ele chancela com o selo de sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões de seus próprios juízes (órgãos-entes). Daí chamar-se *sentença arbitral* as decisões finais de mérito proferidas pelos árbitros (Lei n. 9.307/96, art. 31).³⁶

Há também na arbitragem, tanto quanto na jurisdição estatal, um processo que proporciona a formação de uma relação jurídica processual entre as partes litigantes, requerente (autor), requerido (réu) e tribunal arbitral (juiz).

Portanto, ao lado de uma jurisdição estatal, viceja uma jurisdição privada, cujo produto final é a sentença de mérito, que em nada difere, quanto à sua extensão e eficácia, da sentença judicial, a não ser que esta está sujeita a recurso para o tribunal, o que não acontece com a sentença arbitral, sujeita apenas a uma ação de nulidade, pela inobservância de requisitos formais.³⁷

Espera-se que, através da arbitragem, os conflitos de interesses sejam resolvidos de forma mais ágil e eficaz, deixando para o Poder Judiciário apenas aqueles que, por envolverem *interesses intransigíveis*, não possam ser entregue à decisão de árbitros.

Bibliografia

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1973.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e “habeas data” – constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

35 Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

36 Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

37 A sentença arbitral tanto quanto a judicial está sujeita a embargos de declaração (Lei n. 9.307/96, art. 30).

- CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1973. v. I.
- _____. **Sistema de diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
- _____. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid: REUS S.A., 1977. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- COSTA CARVALHO, Luiz Antônio. **Curso theorico e pratico de direito judiciário civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco Filho, 1973.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- D'ALESSIO, Francesco. **Istituzioni di diritto amministrativo italiano**. Torino: UTET, 1932.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FROCHAM, Manuel Ibañez. **La jurisdicción**. Buenos Aires: Depalma, 1972.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Revista de direito penal**, n. 30.
- _____. **Direito processual penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- _____. **A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.
- MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. **Da competência no processo trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 1967.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido de. **Curso de prática do processo**. Rio de Janeiro: Ed. Cândido de Oliveira Filho, 1938.
- RAMALHO, Barão de. **Praxe brasileira**. Lisboa: J. Ribeiro dos Santos, 1904.
- RICCI, Francisco. **Commento al codice di procedura civile**. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria, 1895. 3º v.
- ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.
- SAREDO, Giuseppe. **Istituzioni di procedura civile**. Editora Giuseppe Pellas, 1887.
- SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Bosch, 1950.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. II.

5

COMPETÊNCIA

Competência: conceito e relações com a jurisdição. Delimitação da jurisdição no espaço: competência internacional. Competência interna: distribuição da jurisdição. Critérios de determinação da competência. Prorrogação de competência: conexão e prevenção. Perpetuação da jurisdição.

Competência: conceito e relações com a jurisdição

A competência mantém o mais estreito relacionamento com a jurisdição, pois é a distribuição da jurisdição entre os diversos órgãos do Poder Judiciário que dá vida à *teoria da competência*.

A jurisdição é a um só tempo *poder* do Estado, expressão da soberania nacional, e *função*, que corresponde especificamente, embora não exclusivamente,¹ aos órgãos jurisdicionais estatais.²

A *competência* mantém o mais estreito relacionamento com a jurisdição, mesmo porque ela nada mais é do que “a medida da jurisdição”;³ e tanto assim é que autorizada doutrina faz coincidir a competência⁴ com “a quantidade de jurisdição assinalada pela lei ao exercício de cada órgão jurisdicional” (Liebman).⁵

Nem todo órgão jurisdicional que tenha jurisdição é, também, competente para julgar todas as causas; embora a recíproca seja verdadeira, pois todo órgão jurisdicional competente tem, *ipso facto*, jurisdição.

-
- 1 Também os árbitros e tribunais arbitrais exercem a jurisdição privada (Lei n. 9.307/96), o mesmo acontecendo com o Senado Federal, no exercício da jurisdição política, no julgamento de crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II).
 - 2 Couture assinala, contudo, que a noção de jurisdição como poder é insuficiente porque a jurisdição é um poder-dever. Junto à faculdade de julgar, o juiz tem o dever administrativo de fazê-lo. O conceito de *poder* deve ser substituído pelo conceito de *função*.
 - 3 Costuma-se atribuir a Mortara essa definição, mas ele próprio a atribui a Pisanelli.
 - 4 Por *competência* se entende, também, “a faculdade e o dever de exercício da jurisdição no caso particular” (Schönke).
 - 5 Para Carnelutti, a competência “é o poder pertencente ao ofício judicial (*rectius*, juízo) ou ao oficial (*rectius*, juiz) considerado na sua singularidade”; com o que se clareia a diferença entre a *competência* e a *jurisdição*; sendo esta o poder pertencente a cada ofício judicial considerado como gênero, e não como espécie.

A restrição ao exercício da jurisdição provém da lei, que traça os limites dentro dos quais ela pode ser exercida; pelo que, se a lei não restringe a jurisdição de um juiz, ele pode julgar tudo; mas se a lei lhe atribui poderes para julgar apenas determinadas controvérsias, *a jurisdição fica demarcada pela competência*.

Para cada possível causa (ou demanda), registra Liebman, existe, pelo menos, um juiz (*rectius*, juízo) competente, corolário da aplicação do princípio do *juiz natural*; e, se existir mais de um, ter-se-á uma competência “concorrente”.

Cada juízo, singular ou colegiado, somente pode julgar aquelas causas que, segundo a lei, estão compreendidas no âmbito dos poderes jurisdicionais dela recebidos; pois, fora desses limites, é *incompetente*.

Sendo a “competência” um dos pressupostos processuais de validade do processo, deve o juiz examinar, de ofício, se é ou não competente para a causa; pelo que, num primeiro momento, julga sobre a própria competência; decisão que, no entanto, não vincula outros juízes e tribunais.

O poder jurisdicional é amplo e abstrato, e dele estão investidos todos os órgãos jurisdicionais, mas cada um tem a sua jurisdição delimitada pela *competência*.

A doutrina e a lei processual não têm feito a devida distinção entre “juízo” e “juiz”, falando amiúde em *juiz* competente, quando, na verdade, se trata de *juízo* (ou *vara*) competente, que é o órgão judicial dentro do qual se posiciona o *juiz*, pessoa física, no exercício da jurisdição. Portanto, se o *juízo* for competente, essa competência se estende ao *juiz*; embora possa não ter estas condições de processar e julgar a causa, se for impedido (art. 134)⁶ ou suspeito (art. 135).⁷

Delimitação da jurisdição no espaço: competência internacional

A jurisdição do Estado vai até onde vai a sua soberania, surgindo daí um primeiro problema, que é delimitar a jurisdição em relação ao território, objetivando evitar que a jurisdição nacional entre em choque com a de outros Estados, também

6 Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. (...)

7 Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. (...)

soberanos, criando conflitos intoleráveis na ordem jurídica internacional, com possíveis danos à segurança externa.

Nenhum critério científico existe a nortear o legislador nesse particular, guiando-se ele mais por motivos de ordem prática ou política do que qualquer outra coisa.

A impossibilidade de o Estado tornar efetivas as suas decisões no estrangeiro aconselha a limitação espacial, pois, segundo Celso Barbi, não seria do seu interesse ocupar os seus juizes com questões que não se liguem ao seu ordenamento jurídico por qualquer circunstância, como o domicílio das partes, a localização do objeto da demanda no seu território, a ocorrência neste dos fatos que originam a demanda etc.

Para Amilcar de Castro, é a aplicação do *princípio da efetividade* que significa ser o juiz incompetente para proferir sentença quando não tenha condições de fazê-la cumprir.

Se a jurisdição pode ser, em tese, concebida ilimitadamente, desconhecendo qualquer fronteira, motivos de ordem prática e razões de natureza política aconselham ao Estado a agir de forma a não conturbar a jurisdição de outros países, mesmo porque qualquer medida que a comprometesse seria inoperante.

Cuida, assim, cada Estado soberano, numa primeira operação, de traçar a linha limítrofe ao exercício da jurisdição *dos seus juizes*, além da qual ela não se exerce em hipótese alguma. Nessa hipótese, fala-se em *competência de jurisdição* da justiça nacional.

O Código de Processo Civil dedica um capítulo à *Competência Internacional*, regulando, no art. 88, a competência *concorrente* e, no art. 89, a competência *exclusiva* do juiz nacional.

Competência interna: distribuição da jurisdição. Critérios de determinação da competência

A multiplicidade de órgãos jurisdicionais, atuando no território do Estado soberano, determina que, numa segunda operação, se reparta entre eles o exercício da jurisdição, quando se fala, então, em *competência interna*.

A doutrina aponta diversos critérios para a determinação da competência, não havendo, contudo, uniformidade no que tange à fixação dessas diretrizes.

Pode-se afirmar que, grosso modo, as diversas teorias assentam as suas bases em cinco elementos, a saber: a) valor da causa; b) matéria; c) pessoas; d) território; e) função.⁸

a) *Valor da causa* – quando a competência se determina com base no *valor econômico* da relação jurídica ou objeto da demanda.

8 Os antigos praxistas distribuíam a competência segundo três critérios: a) *ratione materiae* – determinada pela natureza da causa ou objeto da lide; b) *ratione personae* – determinada pela condição das pessoas envolvidas na lide; c) *ratione loci* (ou *rationi territorii*) – tendo em vista a posição territorial dos juizes e das partes.

b) *Matéria* – quando é a natureza da relação jurídica que serve de base para determinar a competência.

c) *Pessoas* – quando se determina a competência em razão da condição das partes *em lide*.

d) *Território* – quando a competência é determinada com base no lugar onde se encontram as partes ou o objeto da relação jurídica que constitui objeto do processo.

e) *Função* – quando a competência atende à natureza da função que o órgão jurisdicional é chamado a exercer em relação a uma determinada demanda.

Com as variantes próprias de cada sistema, estes elementos constituem o fundamento de todos os critérios determinantes da competência.

Carnelutti⁹ concebeu um sistema, segundo o qual a jurisdição é repartida entre os diversos órgãos jurisdicionais em consideração à função a ser desenvolvida pelos juízes (competência funcional ou hierárquica) e à matéria sobre a qual a função deve atuar (competência material); traçando, de um lado, a competência *externa*, atendendo às relações entre os órgãos jurisdicionais, conforme a qual se fixa o *juízo* competente, e delimita a competência *interna*, considerando os problemas internos dos juizes, pela qual se fixa o *juiz* competente.

Critica Carnelutti a teoria sobre competência adotada pelo Código italiano, cujas normas se referem ao que ele chama de competência *externa*, quando existe também uma competência *interna*, que é relativa à distribuição dos assuntos no âmbito interno de cada órgão. As disposições codificadas são impropriamente agrupadas em torno de critérios heterogêneos, como os da matéria e os do território, enquanto, mais corretamente, dever-se-ia falar de competência hierárquica, isto é, da distribuição dos assuntos segundo o grau dos órgãos judiciários; além de considerar também impróprio falar-se de competência “por matéria”, que indicaria, em matéria penal, o crime imputado, enquanto tal critério não é exclusivo, coexistindo com o da pena cominada.

Este é o critério preferido por Frederico Marques, mas que não granjeou a simpatia da doutrina nacional, em vista de ter o Código de Processo Civil brasileiro optado pelos critérios de Chiovenda.¹⁰

Para Chiovenda, compreendem-se no estudo da competência os critérios pelos quais é determinada, pelo que, ao influxo das afinidades entre os vários critérios e sua diversa importância, agrupou-os desta forma: I – critério objetivo; II – critério territorial; e – III – critério funcional.

9 A competência externa, referida por Carnelutti, não é a competência internacional de que se tem falado e a interna tem também sentido diverso.

10 João Mendes Júnior tem critério próprio, dividindo a competência em: competência de atribuições (dos juízes) e competência de foro; mas que também não teve a simpatia dos doutrinadores nacionais.

I – Pelo *critério objetivo*, a competência é determinada pelo *valor da causa* ou pela *natureza da causa*;¹¹ tendo-se, no primeiro caso, a competência *pelo valor*, e, no segundo, a competência *pela matéria*. No direito processual brasileiro, a competência é determinada também pela qualidade das pessoas.

II – Pelo *critério territorial*, a competência se relaciona com o território onde o órgão judicial exerce a sua atividade, pelo fato de residir o réu em determinado lugar (*forum domicilii*),¹² ou de haver-se contraído a obrigação em certo lugar (*forum contractus*),¹³ ou de achar-se em dado lugar o objeto da lide (*forum rei sitae*).¹⁴

III – Pelo *critério funcional*, a competência é determinada pela natureza e exigências especiais *das funções* que o juiz é chamado a exercer num determinado processo; podendo repartir-se pelos diversos órgãos na mesma causa, entre juízes de cognição e juízes de execução, entre juízes de primeiro grau e juízes de segundo grau; ou, então, atribuir a causa ao juiz de determinado território, abrindo lugar a uma competência em que o elemento *funcional* concorre com o *territorial*.

Foram esses critérios os adotados pelo Código de Processo Civil brasileiro, com as adaptações necessárias ao sistema nacional.¹⁵

I – A competência em *razão do valor* se assenta, em princípio, no fato de toda causa ter um valor, que o valor do objeto em lide, ou o valor do bem estimado em dinheiro, tendo o Código assegurado o seu julgamento por determinados juízos.

O valor da causa não é fixado arbitrariamente pelo autor, resultando de critérios estabelecidos pelo Código (CPC, art. 259).¹⁶

No campo da *teoria geral da competência*, não se pode entender por “valor da causa” apenas o valor do bem estimado em dinheiro, pois excluiria esse elemento de fixação da competência, do campo processual penal, em que a competência é fixada também pela quantidade da pena aplicada em tese ao crime, devendo enxergar-se aí a competência pelo valor.

Nem todas as causas, porém, estão sujeitas a uma valoração *pecuniária*, como, por exemplo, as concernentes ao estado e à capacidade das pessoas (anulação de ca-

11 Neste caso, a competência é determinada pelo conteúdo da relação jurídica em lide.

12 Foro do domicílio.

13 Foro do contrato.

14 Foro da situação da coisa.

15 Os critérios de determinação da competência não valem isoladamente, mas em conjunto, pelo que o critério funcional se entrelaça com o da matéria e com o territorial.

16 Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: I – na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação; II – havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; III – sendo alternativos os pedidos, o de maior valor; IV – se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal; V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato; VI – na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor; VII – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto. (...)

samento, separação judicial e alteração de registro civil etc.), estabelecendo o Código que o julgamento dessas causas compete sempre ao *juiz de direito* (CPC, art. 92).

Para o Código, *juiz de direito* é aquele que goza das garantias de *vitaliciedade*, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, com o que fica excluído o juiz ainda não vitaliciado, como tal considerado aquele que ainda não transpôs o período de dois anos no exercício do cargo, assim reconhecido pelo tribunal,¹⁷ e o que não tenha ainda adquirido a inamovibilidade,¹⁸ como o juiz substituto e o auxiliar.

Chiovenda se refere, também, às causas de valor “indeterminável” ou “inestimável”, que, não encerrando conteúdo econômico imediato, impossíveis de serem por si avaliadas, como relativas ao estado das pessoas;¹⁹ cumprindo ao autor estimar-lhes um valor, que pode ser impugnado pelo réu, decidindo o juiz a questão.

A competência *em razão da matéria* é determinada pela natureza da causa ou da relação jurídica material controvertida que se apresenta ao juiz para ser decidida.

Algumas causas, em vista da natureza da *relação jurídica material em lide*, são atribuídas exclusivamente a determinados juízes, independentemente do seu valor.

O que justifica esta distribuição da competência é o interesse público, em que o legislador pretende conceder uma proteção mais eficaz ao indivíduo ou aos interesses sociais, subtraindo estas controvérsias da cognição de alguns juízes, chamando *determinados juízes* a decidi-las.

No âmbito da Justiça comum estadual, por exemplo, as causas cíveis são da competência dos juízes das varas cíveis, mas, se versar sobre questão de família, passa a ser da competência da vara de família; as causas penais tocam aos juízes das varas criminais; as causas trabalhistas, aos juízes do trabalho; e assim por diante.

A competência *em razão da matéria* é distribuída aos órgãos jurisdicionais *estaduais e federais*, de primeiro e de segundo grau, pelas Constituições federal e estadual, leis federais de processo, especialmente o Código de Processo Civil e pelas leis de organização judiciária estadual e federal; a competência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores é determinada pela Constituição.

Nas comarcas com vara única, *toda a competência* é atribuída ao juiz de direito, mesmo porque é também único; salvo se for da competência da justiça federal, trabalhista, eleitoral ou militar.

A *qualidade das pessoas* não tem relevância na distribuição da competência, no sistema italiano, abolidas que foram as jurisdições privilegiadas, mas *interfere* no sistema brasileiro, em que algumas pessoas jurídicas (União, autarquias, fundações

17 CF: Art. 95 (...) I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. (...)

18 Art. 95 (...) II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII. (...)

19 São causas de estado: as de divórcio, separação judicial, anulação de casamento, tutela e curatela etc.

públicas e empresas públicas), por motivo de interesse público, gozam do privilégio de foro e de juízo, quando se fala, então, em competência em *razão das pessoas*.

A competência *pela qualidade das pessoas* não encontra obstáculo na Constituição Federal, que consagra esse critério para determinar a competência dos juízes federais (*rectius*, juízos federais), caso em que se leva em consideração para fixá-la o “fator subjetivo”.

A Constituição distribui a competência em consideração à *qualidade das pessoas*, quando estão em lide pessoas jurídicas de direito público, nacionais ou estrangeiras, autoridades do Estado etc.

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar os litígios trabalhistas, bem assim os decorrentes do *contrato de empreitada*, em que o empreiteiro seja operário e artífice (CLT, art. 652),²⁰ embora o contrato de empreitada não se confunda com o contrato de trabalho; caso em que se leva em consideração a condição de *pequeno empreiteiro* do reclamante.

Na esfera penal, interfere na competência a *prerrogativa de função*, que nada tem a ver com a competência funcional, aproximando-se da competência pela *qualidade da pessoa*.

Ao contrário do que se poderia supor, a prerrogativa de função (CPP, art. 84)²¹ não sugere “foro privilegiado”, porque o privilégio se refere à pessoa e não à prerrogativa, que leva em conta a dignidade da função, a altura do cargo e a eminência da posição de quem o ocupa; pelo que, se perde a função, cessa a competência pela prerrogativa de função.

A Constituição distribui a competência entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista a prerrogativa da função, atribuindo-a ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores; e as Constituições estaduais atribuindo-as ao Tribunal de Justiça.

II – A competência territorial, também chamada *competência de foro*, atende à necessidade de se determinar a competência, quando vários juízes, competentes em razão da matéria, do valor ou das pessoas, exercem funções jurisdicionais nas diversas comarcas, seções judiciárias ou circunscrições judiciárias. Através dela se distribuem as causas entre os juízes, tornando mais cômoda a defesa das partes e em especial a do réu, e dispõe, para particulares espécies de controvérsias, que o processo se desenvolva num juízo que, pela sua sede, possa exercitar as suas funções de maneira mais eficiente.

20 Art. 652. Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: III – os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice. (...)

21 Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

A *competência por território*, escreve Manzini, na esfera penal, é o “poder-dever de um juiz, competente em razão da matéria, de conhecer e julgar um determinado crime, por motivo de nexo entre o *lugar do crime* ou do réu e o *lugar* em que o juiz exercita a jurisdição”.

O *foro* é o lugar onde a demanda deve ser proposta, ou a verdadeira sede da lide; não se confundindo com *fórum*, que é o lugar onde se tratam as questões judiciais, nem com juízo, que é uma unidade do Poder Judiciário que se coloca dentro do foro.

A lei cuida de estabelecer o foro onde as causas devem ser propostas, em consideração a determinados elementos, que variam conforme se trate de jurisdição civil, penal ou trabalhista.

Ao lado do *foro geral*, estabelece a lei os foros *supletivos* do geral e também os foros *especiais*.

O *foro geral* é aquele onde uma pessoa deve ser ré, em juízo, em qualquer causa, salvo quando seja expressamente deferida a outro foro.

No processo civil, a *competência territorial geral* é determinada pelo *domicílio do réu* nas ações pessoais e reais sobre bens móveis (CPC, art. 94, *caput*),²² sendo o domicílio da pessoa natural o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (Cód. Civil, art. 70) e o da pessoa jurídica privada o lugar da sua administração (Cód. Civil, art. 75, IV).

Cuida também a lei de estabelecer os foros *supletivos do geral*, atendendo à circunstância de uma pessoa ter mais de um domicílio, ou de não ter nenhum, ou de ser incerto ou desconhecido o seu domicílio, ou de não ter domicílio no território nacional.

Se a *pessoa natural* tiver diversas residências onde, alternadamente, viva, considera-se domicílio seu qualquer delas;²³ quanto às relações concernentes à profissão, o domicílio é o lugar onde esta é exercida;²⁴ se não tiver residência habitual, tem-se por domicílio o lugar onde é encontrada.²⁵

Se for pessoa jurídica e tiver diversos estabelecimentos em lugares diferentes, será domicílio qualquer deles;²⁶ se a administração ou diretoria tiver a sede no estrangeiro, será domicílio a agência ou estabelecimento, no Brasil, quanto às obrigações por eles contraídas.²⁷

22 Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. (...)

23 Código Civil: Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

24 Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida. (...)

25 Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

26 Art. 75 (...) § 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

27 Art. 75 (...) § 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

Em se tratando de incapaz, o seu domicílio será o do seu representante legal; o do servidor público, o lugar em que exerce permanentemente suas funções; a do militar, onde servir²⁸ etc.

Ao lado do foro geral e dos supletivos do geral, consagra a lei, ainda, o *foro especial*, ou seja, aquele em que o réu deve ser chamado a responder somente em determinadas causas, atribuídas ao juízo desse foro.

No processo civil, esta competência se estabelece: a) em razão da situação da coisa; b) em razão da condição das pessoas; c) em razão do ato ou fato determinante da demanda.

O *critério da situação da coisa (forum rei sitae)* atende à conveniência de ser a ação proposta no foro onde a coisa está, porque as provas, em regra, aí se encontram, podendo haver necessidade de inspeção judicial pelo juiz, que é excelente meio de apuração dos fatos por quem vai julgar a causa.

O *critério da condição das pessoas* vem atender às condições especiais em que se encontram determinadas pessoas, como os incapazes, a mulher, o alimentando, as pessoas jurídicas de direito público ou privado etc.

O *critério do local do ato ou fato* determina o foro para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos; para a ação em que se pede o cumprimento de obrigação; para a ação de reparação do dano; para a ação em que o réu é administrador ou gestor de negócios alheios etc.

A *competência territorial geral*, na esfera trabalhista, é determinada pela localidade onde o empregado presta serviço ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro,²⁹ independentemente do fato de ser o empregado reclamante ou reclamado.³⁰

Na esfera penal, a *competência territorial geral* é ditada pelo local da infração, porque aí se tem maior interesse na persecução do crime, que será mais eficaz, e haverá também maior facilidade na produção da prova.

Quando é desconhecido o lugar da infração, determina-se a competência tomando-se como critério subsidiário o “domicílio ou residência do réu”.

28 Art. 76 (...) Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

29 CLT: Art. 651. A competência (...) é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

30 A CLT consagra algumas exceções à regra geral, prevendo outros foros, como o “foro da celebração do contrato” ou “da prestação de serviços” (art. 651, § 3º, CLT), o do “domicílio do empregador” ou “do local em que estiver situada a agência ou filial” (art. 651, § 2º, CLT) etc.

No caso de ação penal privada, o querelante poderá preferir o foro do domicílio ou residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração,³¹ salvo as hipóteses de ação subsidiariamente entregue ao Ministério Público, quando prevalece a regra geral.

III – A competência funcional, nas esferas *civil e trabalhista*, tem relevância no plano vertical, relativamente aos recursos, em que o juízo de primeiro grau julga e o tribunal *rejulga*, e nas causas de competência originária dos tribunais (mandado de segurança, ação rescisória etc.), em que a competência para processar a causa é do relator e a competência para julgar é do órgão colegiado (turma, câmara, plenário etc.).

Nas causas civis e trabalhistas, o juízo da ação é o juízo da execução, não tendo lugar a repartição de competência funcional.

Na esfera penal, contudo, a competência funcional é adotada na inferior instância, em que há juízos *de cognição* e juízos *de execução*, competindo a uns o *julgamento* da causa penal e a outros a *execução* da sentença.

Prorrogação de competência: conexão e prevenção

A distribuição da jurisdição entre os diversos órgãos do Poder Judiciário atende, às vezes, ao interesse público e, às vezes, ao interesse ou comodidade das partes.

Em atenção ao interesse público, determina-se a competência pelos critérios *objetivo e funcional*; e, atendendo ao interesse ou comodidade das partes, determina-se a competência *territorial*.

Quando a competência se determina em vista do interesse público, a lei não admite a sua modificação, pelo que ela é *improrrogável*, tratando-se, portanto, de *competência absoluta*.

Quando a competência tem em vista o interesse de uma das partes (autor ou réu), ela pode ser modificada, tratando-se, portanto, de *competência relativa*.

No processo penal, esta distinção, entre competência absoluta e relativa, não apresenta maior importância, porque, seja absoluta ou relativa, deve o juiz, de ofício, declarar-se incompetente.³²

Nos processos civil e trabalhista, a distinção é relevante, pois, quando se trata de competência absoluta, deve o juiz declarar-se *incompetente* de ofício, remetendo os autos do processo ao juiz competente; não, porém, quando se trata de competência relativa, que deve ser alegada pela parte, sob pena de prorrogação.

Fala-se em *prorrogação de competência* para designar o fenômeno pelo qual o juiz tem ampliada a sua competência, para atuar num processo para o qual, em princípio, seria incompetente.

31 CPP: Art. 73. Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

32 Assim não entendeu, porém, o STJ, no RHC n. 6.491-60: “Tratando-se de incompetência *ratione loci* de nulidade relativa, sujeita-se este à comprovação de prejuízo” (RHC n. 6.491-GO).

A competência que pode ser ampliada é tão somente a competência de *foro* ou *territorial*, prorrogação esta que pode ocorrer por *determinação da lei* ou por *vontade das partes*.

No primeiro caso, denomina-se *prorrogação legal*, em que o Código, por motivos de ordem pública, dispõe sobre a modificação; no segundo, diz-se *prorrogação voluntária*, ligada ao poder dispositivo das partes, que pode ser *expressa* ou *tácita*.

A *prorrogação legal* ocorre nos casos de *continência* ou *conexão*, cujo objetivo é evitar sentenças contraditórias e também por questão de economia processual.

A doutrina mais difundida sobre a *conexão* se deve a Pescatore, segundo o qual as coisas, nas suas relações lógicas, são idênticas, diversas ou análogas, conforme sejam os seus elementos constitutivos.

Duas *coisas* são idênticas quando todos os seus elementos são os mesmos; diversas quando todos os seus elementos são diferentes; e *análogas* quando algum ou alguns dos seus elementos são idênticos, e outro ou outros são diversos.

Aplicados esses ensinamentos às ações, conclui-se que duas *ações* são idênticas quando seus elementos são os mesmos; diversas, quando os seus elementos são diferentes; e análogas, quando um ou mais de um de seus elementos são idênticos e outro ou outros são diversos.

A ação compõe-se de três elementos, a saber: partes, pedido (ou objeto)³³ e causa de pedir.

Se duas ações tiverem idênticos dois desses elementos, as partes e o pedido, ou as partes e a causa de pedir, ou o pedido e a causa de pedir, serão análogas; sendo também análogas se apenas um desses elementos lhes for comum, como o pedido ou a causa de pedir.

Na teoria, são também análogas as ações quando o elemento comum consiste apenas nas pessoas, mas, nesse caso, a analogia é tão *fraca* que não é considerada pelo Código para fins de prorrogação de competência.

Em vez de falar em “analogia” de ações, a doutrina e o Código preferem a expressão “conexão” de ações ou de causas.

A *conexão* é o vínculo entre duas ou mais ações, por terem um elemento ou dois elementos comuns, fazendo com que sejam decididas pelo mesmo juízo.

Para o Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto (ou pedido) ou a causa de pedir (art. 103).

No *processo penal*, a conexão tem outra configuração, ocorrendo quando: a) duas ou mais infrações penais houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; b) no mesmo caso, houverem sido praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir im-

33 O Código de Processo Civil se refere ora a “pedido”, como no art. 282, IV, ora a “objeto”, como no art. 103.

punidade ou vantagem em relação ao qualquer delas; e c) a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração (CPP, art. 76, I a III).³⁴

A *continência* é uma espécie do gênero conexão de causas, pelo que teria sido desnecessário ressuscitá-la, como fez o Código de Processo Civil de 1973, porquanto a identidade de partes nas duas ações apenas torna a conexão mais qualificada.

Para o Código de Processo Civil, dá-se a *continência* entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras (art. 104).

A *continência* exige mais do que a simples conexão, pois, pelo fato de terem duas ações a mesma causa de pedir, já seriam conexas; sendo que a continência exige também a identidade de partes e que o objeto de uma, por ser mais amplo, abranja o das demais. Assim, na hipótese de credores solidários fundados num mesmo contrato de mútuo (idêntica causa de pedir), proporem duas ações distintas, postulando, numa delas, a cobrança dos juros, e noutra, a cobrança do mútuo por inteiro. Nesse caso, há identidade de partes e de causa de pedir, nas duas ações, mas a segunda, por ter o objeto mais amplo (cobrança de todo o mútuo), do que na primeira (cobrança apenas dos juros), é por ela absorvida.

No *processo penal*, a continência tem outra configuração, ocorrendo: a) quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; e b) no caso de infração cometida em concurso formal de crimes (CP, art. 70),³⁵ de erro na execução (CP, art. 73)³⁶ ou de resultado diverso do pretendido (CP, art. 74)³⁷ (CPP, art. 77, I e II).³⁸

34 CPP: Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

35 CP: Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

36 CP: Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. *No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

37 CP: Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

38 CPP: Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º [atual art. 70], 53, segunda parte [atual art. 73, segunda parte], e 54 [atual art. 74] do Código Penal.

No processo trabalhista, aplicam-se as regras de conexão ou continência no que for compatível com o sistema.

Ocorre a prorrogação voluntária *expressa* de competência, no processo civil, em virtude de acordo das partes, antes da instauração do processo, mediante eleição de foro (ou foro contratual), sendo admitida no processo civil, mas vedada no processo trabalhista.

A prorrogação voluntária *tácita*, no processo civil, se dá quando a ação é proposta num foro incompetente e o réu não oferece exceção de incompetência no prazo legal.

No processo penal, em que o foro é determinado no *interesse público*, e não no *interesse do réu*, mesmo que o acusado não oponha a exceção de incompetência, o juiz pode dar-se por incompetente, a qualquer tempo.

Caso específico de prorrogação de competência no campo penal é o do *desaforamento*, nos processos da competência do Tribunal do Júri, quando o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança do acusado, caso em que poderá o julgamento ser deslocado para outra comarca da mesma região, preferindo-se as mais próximas.³⁹

A *prevenção* é o fenômeno processual segundo o qual o juízo que primeiro tomar conhecimento da causa tem sobre ela firmada a sua competência, com a exclusão de todos os demais.

O Código de Processo Civil não é harmônico quanto aos critérios para fins de prevenção, considerando prevento o juízo que “despachou” em primeiro lugar,⁴⁰ quando as duas ações correm na mesma comarca; e, quando correm em comarcas distintas, aquele onde se deu primeiro a citação válida;⁴¹ embora considere proposta a ação quando a petição inicial é despachada ou simplesmente distribuída onde houver mais de uma vara.⁴²

No *processo penal*, dá-se a competência por *prevenção* toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes (*rectius*, juízos) igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato

39 CPP: Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

40 Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

41 Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. (...)

42 Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.⁴³

A *prevenção* firma a competência de um juízo que já era competente, segundo as regras gerais da competência, pelo que não se inclui entre os critérios de determinação da competência.

Perpetuação da jurisdição

A *perpetuação da jurisdição* traduz o fenômeno processual pelo qual, firmada a competência de um juiz, ela perdura até final da decisão e execução ou cumprimento da sentença.

Na verdade, o que se perpetua é, antes, a *competência* do que a jurisdição.

Para o Código de Processo Civil, determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente; salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia (art. 87).

Assim, a mudança de domicílio das partes, o aumento ou diminuição do valor da coisa, ou a sucessão processual por morte das partes, nada altera a competência que perdura até a prolação da sentença, em primeiro grau, ou do acórdão em segundo grau.

A perpetuação da competência não subsiste quando ocorrer supressão do órgão judiciário, como, por exemplo, na extinção de comarca, quando todos os processos serão remetidos à nova comarca; da mesma forma quando houver alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, que, por ser absoluta, passa à competência do novo órgão judiciário.

O Código de Processo Penal não contém um preceito genérico sobre a perpetuação da jurisdição, porém, no seu art. 81,⁴⁴ traz uma regra, que é corolário desse princípio.

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

43 Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (...).

44 Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos. Parágrafo único. Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processual civil**. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- _____. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1956. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973. v. I.
- MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. Padova: Cedam, 1967.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.
- MORALES, Hernando M. **Curso de derecho procesal civil**. 6. ed. Bogotá: ABC, 1973.
- MORTARA, Ludovico. **Manuale della procedura civile**. Torino: UTET, 1916.
- RICCI, Francesco Ricci. **Commento al codice di procedura civile**. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria, 1895.
- SANTORO, Arturo Santoro. **Manuale de diritto processuale penale**. Torino: Editrice Torinese, 1954.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Bosch, 1950.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- _____. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I.

6

PROBLEMÁTICA DA AÇÃO

Evolução do conceito de ação. Teorias sobre a ação. Ação como direito a uma sentença justa. Ação como emanção da personalidade. Ação como direito de ser ouvido em juízo. Ação como pretensão de tutela jurídica. Ação como direito potestativo. Ação como direito processual das partes. Ação como direito de petição. Ação como direito cívico. Ação como direito à jurisdição. Relatividade do conceito de ação. Condições da ação civil. Condições da ação penal. Questões sobre o exercício da ação. Classificação das ações. Elementos da ação.

Evolução do conceito de ação

A evolução conceitual da ação não se pode dizer encerrada, tão grande é ainda a discussão em torno do seu conceito.

Desde a concepção da *actio*, no direito romano, muitos séculos se passaram, e o tema continua tão atual quanto os mais recentes institutos e as mais novas conquistas da ciência processual.

Os estudos que surgiram, a partir do século XIX, contribuíram em grande parte para a elucidação do conceito de ação e tiveram o mérito de abrir o debate em torno dela.

Estas considerações sintetizam as diversas posições doutrinárias sobre tão polêmico conceito.

Qualquer pesquisa relativa ao tema deve começar, sem dúvida, pelo direito romano, dada a importância que o processo romano teve como antecedente mais importante das construções sistemáticas e doutrinárias dos nossos dias.¹

A história de Roma divide-se em três etapas (monarquia, república e império), correspondentes a três épocas distintas, em que o procedimento romano tomou o nome de cada sistema que nelas estiveram em vigor: I) sistema das ações da lei (*legis actiones*); II) sistema formulário (*per formulas*); e III) sistema da *cognitio extraordinaria* (ou *cognitio extra ordinem*).

No decurso desses três sistemas, a palavra “ação” (*actio*) foi mudando de sentido e adquirindo um conteúdo diferente.

1 Os romanos, além de guerreiros, foram inegavelmente grandes juristas, sabendo colocar a força a serviço do direito.

I – No primeiro período, chamado das *ações da lei*, o procedimento caracterizou-se por um ritualismo próximo da religiosidade, consistente em declarações solenes, acompanhadas de gestos que os pontífices ensinavam aos litigantes, e que estes deveriam repetir diante dos pretores,² sendo que o mais insignificante erro conduzia à perda do litígio. Bem conhecido é o exemplo citado por Gaio, e que se tornou o retrato do sistema, de um contendor que, demandando contra seu vizinho por haver este lhe cortado umas videiras, pronunciou perante o pretor a palavra *vites* (videira) em vez da palavra *arbor* (árvore), que era a que lhe haviam ensinado os pontífices, e, por este simples erro na denominação, perdeu a demanda.

As *ações da lei* encontram o seu fundamento na *Lei das XII Tábuas*,³ que, mais do que uma classificação de ações, constituíam formas autorizadas de procedimento, com características próprias, em que palavras, gestos e atitudes prescritas pela lei deveriam ser adotados pelas partes.

Eram as seguintes as ações da lei: *legis actio sacramentum*,⁴ *legis actio per iudicis postulationem*,⁵ *legis actio per conditionem*,⁶ *legis actio per manus iniunctionem*⁷ e *legis actio per pignoris capionem*.⁸

II – Na segunda fase do procedimento romano, chamado *formulario*, o processo se constituía de recitação oral e palavras rituais, por fórmulas que o pretor redigia e entregava aos litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado uma ação e uma fórmula diferente. Ao *domínio*, correspondia uma ação reivindicatória; à *posse*, uma ação possessória etc.

Essa característica do procedimento *formulario* levou Riccobono a afirmar que o direito romano *não era um sistema de direitos, senão um sistema de ações*, registrando

2 O pretor era o magistrado romano, numa época em que quem julgava não era o pretor, mas o *iudex* (juiz) ou *arbiter* (árbitro), ambos julgadores privados.

3 Eram as seguintes as Tábuas: Tábua I – chamamento a juízo; Tábua II – julgamentos e furtos; Tábua III – direitos de crédito e devedores relapsos; Tábua IV – casamento e pátrio poder; Tábua V – herança e tutela; Tábua VI – propriedade e posse; Tábua VII – delitos; Tábua VIII – direitos prediais; Tábua IX – dispositivos de Direito Público; Tábua X – direito sacro; Tábuas XI e XII – complementam as matérias das Tábuas precedentes. Dessas Tábuas, apenas as Tábuas I a III tratavam do direito processual.

4 A *actio sacramentum* era a ação ordinária utilizada toda vez que a lei não estabelecia uma ação especial. O *sacramentum* era o depósito de uma quantia feito pelas partes em juízo; aquela que perdesse a causa perdia também essa quantia, que era destinada ao Estado.

5 A *actio per iudicis postulationem* era a ação especial utilizada para a divisão de herança; para a cobrança de crédito decorrente de promessa; e para a divisão de bens comuns.

6 A *actio per conditionem* era a ação para cobrança de crédito em dinheiro e para sancionar prestações de coisa certa que não dinheiro.

7 A *actio per manus iniunctionem* era a ação executória utilizada contra o condenado, numa ação de declaração, a pagar certa importância, ou que confessa que o autor tinha razão.

8 A *actio per pignoris capionem* era a ação que só podia ser utilizada para cobrança de certos débitos – cobrança de soldos; de contribuição para compra de cavalo e sua manutenção; de preço do animal destinado ao sacrifício religioso; de aluguel de animal, desde que o preço fosse aplicado em sacrifício religioso; e cobrança de impostos – e que admitia o apossamento de bens do devedor, para compeli-lo ao pagamento do débito.

Arangio-Ruiz existirem tantas ações quantos os direitos subjetivos, e umas e outros são numerados e definidos por fórmulas que se encontram expostas no edito⁹ do pretor.

A fórmula era uma instrução escrita, com a qual o pretor nomeava o juiz (*iudex*) ou árbitro (*arbiter*) e fixava os elementos sobre os quais deveria basear o seu juízo, outorgando-lhe um mandato, mais ou menos determinado, para a condenação eventual do réu ou sua absolvição na sentença.¹⁰

A fórmula era composta de: *intentio*; *demonstratio*; *condemnatio*; e *adjudicatio*.

A *intentio* é a parte da fórmula em que se pede que se declare um fato, traduzindo a intenção do autor; a *demonstratio*, necessária apenas se a *intentio* é incerta, traduz a demonstração ou fundamentação da pretensão; a *condemnatio* significa o pedido de condenação do réu; e a *adjudicatio* tem o propósito de adjudicar a uma das partes o quanto corresponda à obrigação.

Tanto o procedimento das ações da lei quanto o formulário compreendiam duas fases: *in iure*,¹¹ perante o pretor, para escolher a fórmula, e terminava com a *litiscontestatio*,¹² e *in iudicio*,¹³ perante o juiz ou árbitro, e terminava com a sentença.

III – O terceiro período, chamado *cognitio extraordinaria*, caracterizou-se pela fusão das duas fases do procedimento romano numa só instância, em que os litigantes compareciam perante o pretor, que conhecia diretamente da demanda, colhendo a prova e proferindo sentença.

A essa época o Estado, já bastante fortalecido, fazia sentir mais diretamente sua presença no processo, tendo o pretor se transformado em juiz, assumindo posição mais ativa do que nos períodos anteriores, deixando de ser um mero ordenador das ações.

Esta última etapa na evolução do procedimento romano termina com as publicações ordenadas pelo Imperador Justiniano,¹⁴ que tornaram conhecida a definição de ação, elaborada séculos antes por Celso e reproduzida, mais tarde, quase textualmente, por Ulpiano: *Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeatur*.¹⁵

Essa definição de Celso viria, séculos mais tarde, a constituir a base de uma doutrina, a qual teve a adesão dos juristas até meados do século XIX, que, identi-

9 O *edito* é parte de uma lei em que se preceitua alguma coisa; diferente de *édito*, ordem judicial publicada por editais.

10 Exemplo: “*Si paret... Condemnato, si non paret absolvito*” (Arangio-Ruiz). Se for manifesto, condena; se não for, absolve.

11 A etapa denominada “*in iure*” era aquela em que o pretor organizava o julgamento, fixando a proposta da questão litigiosa, sem considerar a veracidade ou falsidade dos fatos invocados pelas partes, decidindo se devia haver julgamento (*iudicium*).

12 A *litiscontestatio* encerrava a primeira fase do procedimento, fixando, perante o pretor, a lide que seria objeto de decisão pelo juiz popular (*iudex* ou *arbiter*) na segunda fase.

13 A etapa denominada “*in iudicio*” era aquela que se passava perante o *iudex* ou *arbiter*, que dirigia o processo, colhia as provas e proferia a sentença.

14 Essas publicações ocorreram entre os anos de 529 a 534 da Era Cristã.

15 “Em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido.”

ficando a *ação* com o *direito subjetivo material*, que através dela se fazia valer em juízo, ficou conhecida como *doutrina civilista* ou *immanentista da ação*. Era chamada de *immanentista* porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, sem ter vida própria, do que resultou a clássica proposição: “Não há direito sem ação; não há ação sem direito; a ação segue a natureza do direito.”¹⁶

Esta identificação da ação com o direito subjetivo material fez com que ela constituísse uma parte do estudo do direito civil, mas teve o mérito de permitir o surgimento da Escola Histórica do Direito, com Savigny à frente, criando o ambiente adequado para que os investigadores alemães colocassem as bases da nova ciência do direito processual, na segunda metade do século XIX.

De grande importância, pelos reflexos que provocou, foi a polêmica que nos anos de 1856 e 1857 travaram Windscheid e Muther; o primeiro, professor na Universidade de Greifswald, e o segundo, na Universidade de Königsberg.¹⁷

Em 1856, Windscheid publicou uma obra intitulada **A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito atual**, que foi o ponto de partida das doutrinas acerca da natureza jurídica da ação, até então acomodadas com a definição de Celso.

Nessa época, vigorava em grande parte da Alemanha o direito romano justinianeu, reelaborado pelos juristas medievais e modernos, e continuava sendo aplicado o processo germânico comum, com a recepção, também muito ampla, de concepções de institutos romanos.

Em face da advertência do romanista francês Ortolan, de que o termo *actio* havia trocado de significado no tempo, em relação aos diversos sistemas processuais, ninguém pensou pôr em dúvida nem a substancial afinidade entre a figura da *actio* – delineada com referência a uma outra época histórica – e a figura moderna da ação, nem a legitimidade de subsumir ambas numa definição compreensiva. Nenhuma dúvida havia, também, sobre o sujeito passivo da ação (*actio*), identificado com a pessoa do adversário, cujo vínculo frente ao autor se concebia como obrigação de reparar a lesão. A doutrina não parecia perturbada com a natureza da *actio* que, não obstante alguma divergência, admitia uma série de denominadores comuns.

A monografia de Windscheid agitou as águas estancadas, ao discutir, primeiro, o paralelismo entre a *actio* (ação) romana e a moderna *klage* (ação) germânica, e, depois, a coordenação da *actio* com o direito subjetivo material, cuja tutela ela assegurava, abrindo um debate que não se pode dizer ainda encerrado.

Em sua monografia, procurou Windscheid demonstrar que o conceito romano de *actio* não coincidia em absoluto com o conceito de *klage* do moderno direito germânico. A concepção dominante, que teve em Savigny o expoente que lhe dera sua formulação mais significativa, entende por *direito de acionar* o direito à tutela

16 Acolhida pelo art. 75 do Código Civil de 1916: a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.

17 Königsberg se chama hoje Kaliningrad e se encontra sob o domínio da Rússia (Revista FOCUS, n. 145, Impala, p. 37, 24.07.2002).

judicial, nascido da lesão de um direito, no qual se transforma um direito ao ser lesado. No tocante ao conceito de *actio*, não era necessário passar muitas páginas do *Corpus Iuris Civilis*¹⁸ para se achar nele referências a ações que não pressupunham a lesão a um direito. Atribui-se a *actio* à pessoa que foi lesada em um direito seu, mas não somente a ela. Se se diz, no direito romano, que o comprador tem a *actio empti*¹⁹ e pode, mercê dela, exigir isto ou aquilo, tal afirmação, por certo, se baseia na ideia de que não se valerá dela, senão quando se lhe negue o que possa pretender; mas a possibilidade de que essa *actio* não lhe competia, também antes dessa negativa, escapara ao entendimento de um romano. Em Roma, a *actio* passara a ocupar o lugar do direito, pois o ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: *tens tal e tal direito*, senão *tens tal e tal actio*. Nele não se diz: *nesta relação, tua vontade é lei para os demais*, senão: *nesta relação, podes fazer valer tua vontade, frente aos demais, pela via judicial*. O ordenamento jurídico romano não é um ordenamento de direitos, senão um ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis, que confere direitos ao autorizar a persecução judicial. Nesse sistema, a *actio* não é algo derivado; senão algo originário e autônomo.

A principal razão de ser desta concepção residia na peculiar posição que ocupavam, em Roma, os pretores encarregados de distribuir justiça. Em nosso meio, dizia Windscheid, o juiz está submetido ao direito e sua missão consiste em realizar as situações que este ordena; mas, quanto ao magistrado romano, não se exagera se se diz que ele está acima do direito; não que ele, no exercício de suas funções, não tivesse em consideração o direito, mas, teoricamente, não estava sujeito a ele. Na prática, é sabido quantas foram as oportunidades em que o pretor negou à parte o seu auxílio, quando o *ius civile* (direito civil) reconhecia um direito; e quantas foram mais as em que o prestou, quando o *ius civile* o negava. Para os romanos, o importante não era o que dizia o direito, mas o que dizia o pretor. Aquele cuja pretensão era contestada não perguntava se tal pretensão tinha respaldo no direito, senão se o pretor estaria inclinado a conceder-lhe uma *actio*, para fazer valer essa pretensão em juízo. A *actio* está no lugar do direito; mas não é uma emanção dele. Mas, se bem que a *actio* não seja uma emanção do direito, é, inobstante, uma expressão desse direito. A *actio* não está no lugar do *direito real*, que não se resolve nela. A *actio* não ordena relações entre pessoas e coisas, senão unicamente relação entre pessoas, pressupondo sempre um adversário determinado. Do ponto de vista da *actio*, a questão é sempre esta: o que pode uma pessoa exigir da outra? Como se vê, a *actio* é a expressão imediata e exaustiva de um direito creditório, da *obligatio*, e é sabido que as fontes falam, amiúde, de *actio*, quando querem se referir à *obligatio*. Mas a *actio* não se limita à *obligatio*. Se alguém exige de outrem que o reconheça como proprietário, ou que reconheça a existência de alguma outra relação de direito ou de fato, está a lhe exigir algo, e, na medida em que se lhe concede a tutela judicial para obter o que exige, se lhe atribui uma *actio*. A *actio* é, pois, o termo

18 Compilação das leis romanas que reunia Institutos, Pandectas, Novelas e Código Justiniano.

19 “Ação de coisa comprada.”

empregado para designar *o que se pode exigir de outrem*; pelo que para caracterizar a *actio* o vocábulo adequado é *pretensão* (*anspruch*). A palavra *debeatur* (devido) usada por Celso está tomada no sentido mais amplo; para designar não somente o que se deve a alguém, senão, no geral, o que lhe compete. A *actio* está, pois, no lugar de *pretensão*; pelo que dizer que alguém tem uma *actio* significa que alguém tem uma *pretensão* juridicamente reconhecível, ou, simplesmente, uma *pretensão*.

A expressão “alguém tem uma *actio*” significa, traduzida em linguagem da concepção jurídica moderna, que “alguém tem uma *pretensão*”; sendo não menos certo que a *actio* serve, primordialmente, para designar, não a pretensão mesma, senão o fato de se fazer valer essa pretensão ante o pretor.

Em 1857, Muther publicou uma monografia em revidé a Windscheid intitulada **Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações**, obra de direito civil, mas já com sabor de direito processual.

Ao contrário de Windscheid, procurou Muther demonstrar que havia uma perfeita coincidência entre a *actio* (ação) romana e a *klage* (ação) germânica.

O verdadeiro e originário significado da palavra *agere* (agir) significava apresentar-se diante do pretor, falar e atuar em cooperação com o adversário. A *legis actio sacramento*²⁰ falava em *agere cum aliquo* (agir com alguém). A *actio* era um ato *bilateral* com que se iniciava o processo, ou, mais exatamente, não esse ato, mas o ritual do ato, e especialmente a fórmula escrita desse ritual. *Actio* era, pois, a fórmula da ação, que devia observar-se e cumprir-se (*actio ad formam redacta*).²¹ Quando desapareceram as *legis actio*, e com elas o comparecimento e a atuação solene das partes ante o pretor, os termos *agere* e *actio* subsistiram para significar o ato pelo qual o demandante iniciava o processo, e chegou inclusive a abarcar todo o procedimento que se desenrolava diante do pretor. Esse procedimento se encerrava com a concessão da fórmula ao autor, quando a *actio* passou, então, a traduzir a fórmula da ação.

No agir do demandante, o mais importante era evidentemente o momento da *editio* (concessão) da ação, na qual se solicitava a fórmula. Onde o pretor havia prometido, no edito, uma fórmula, para certos casos, pode-se dizer que o autor teria uma pretensão a que se lhe conferisse essa fórmula, ainda antes que fosse conferida, sempre e quando houvessem ocorrido as condições gerais, sob as quais se havia prometido a *actio*. O autor tem um direito a que se lhe conceda a fórmula, antes mesmo da sua *impetratio* (impetração), se bem que o pretor possa denegá-la quando não se apresentem as condições sob as quais prometeu concedê-la.

Se o jurista romano diz que em tal caso compete a “x” a *actio empti*,²² tal equivale a dizer que tem ele uma pretensão a que se lhe confira a fórmula da *actio empti*, caso

20 A *legis actio sacramentum* era a ação ordinária utilizada toda vez que a lei não estabelecia uma ação especial. O *sacramentum* era o depósito de uma quantia feito pelas partes em juízo; aquela que perdesse a causa perdia também essa quantia, que era destinada ao Estado.

21 Ação em que a forma condiciona o êxito.

22 Ação do comprador de boa-fé para obter a coisa comprada.

o demandado se negue a satisfazê-la; tem uma pretensão a que se lhe conceda a tutela estatal, conforme o direito positivo romano, a quem tenha sido lesado no seu direito. Se o litígio era um pressuposto para se invocar essa tutela, os juristas romanos não poderiam conceder a ninguém a pretensão de invocá-la, sem pressupor o litígio.

O ordenamento jurídico romano não era um ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis, senão um ordenamento de direitos subjetivos, e somente estes eram susceptíveis de persecução judicial. Quem tinha o direito a que se lhe conferisse a fórmula devia ter também um direito subjetivo, que era um pressuposto do primeiro. O obrigado à concessão da fórmula era o pretor, na sua qualidade de titular do poder judicial do Estado; e o obrigado pelo direito primitivo do autor eram pessoas particulares, ou o Estado, mas como pessoa. Têm-se, pois, dois direitos distintos, em que um é pressuposto do outro, mas pertencem a campos distintos, já que um é *direito privado* e o outro, de *natureza pública*. Esse direito público, ou *direito de acionar*, ou simplesmente *actio*, assim entendida, pode imaginar-se como vinculado, desde o começo, com o direito primitivo, mas não como um “anexo” dele, e sim como um direito especial, condicionado, existente junto a esse outro direito, com o propósito de tutelá-lo. Mas pode ser, também, imaginado como direito nascido incondicionalmente, de modo que sua existência só se revele com a lesão desse direito primitivo.

A tutela estatal só pode ser invocada contra uma pessoa determinada, ou seja, aquela que causa a lesão, pois só em relação a esta o Estado-juiz tem o direito (*rectius*, poder) de exigir que a lesão seja reparada. Em relação ao causador da lesão, como tal, o lesado não tem nenhum direito especial; podendo unicamente exigir-lhe que reconheça seu direito; e a *actio* que o pretor concede não persegue outro objetivo. Com a *actio*, pode citar-se a juízo o causador da lesão, porque ele é o único contra o qual a *actio* pode ser concedida. O direito (*rectius*, poder) do Estado-juiz contra o causador da lesão diferencia-se do direito lesado, não só quanto ao sujeito titular, senão, também, quando esse direito lesado não existe em relação a um obrigado determinado, que o primeiro pressupõe sempre. Tampouco, coincide quanto ao seu conteúdo, pois, enquanto aquele está dirigido a um reconhecimento fático do direito, o objeto deste é um *restituere* (restituir).

A actio é a pretensão do titular frente ao pretor, a fim de que este lhe confira uma fórmula, para o caso de o seu direito ser lesado.

O conceito romano de *direito de acionar* deve ser entendido de maneira um pouco distinta do que sucede atualmente; mas resulta óbvio que o conceito, na sua acepção romana, tem ainda realidade no direito moderno. Também em nossos dias, quem foi lesado num direito seu tem direito à tutela estatal (*direito de acionar*), e, como para os romanos, os pressupostos desse direito são outro direito e a sua lesão. O direito material e o *direito de acionar* não são, hoje em dia, idênticos, se pensarmos que há um obrigado no direito material e outro obrigado distinto no *direito de acionar*, e, também, porque, hoje, pode haver pretensões sem direito de acionar, a menos que se queira negar a possibilidade das *naturales obligationes* (obrigações naturais).

Os distintos direitos têm sua teoria e tem-se dito que alguém *tem tal e tal direito, tem tais e tais pretensões*, mas *pretensões* não são idênticas ao *direito* nem à tutela estatal que se tem, se essas pretensões não são respeitadas. Quem tem, por exemplo, um direito de propriedade tem uma pretensão contra todos os demais indivíduos, a que, de fato, reconheçam seu incondicionado senhorio sobre essa coisa. A isto é que se chama *ordenamento jurídico*; ao qual se agrega o *ordenamento das ações*. Se essa pretensão não é respeitada, o lesado pode solicitar a tutela estatal, que será, no entanto, distinta, conforme o modo como tenha sido lesado o direito. Terá a *reivindicatio* (reivindicação) ou a *actio negatoria* (ação negatória);²³ sendo a pretensão de seu direito a mesma em ambos os casos, mas a essa única *pretensão* servem dois *direitos de acionar* diversos.

Em 1857, Windscheid respondeu a Muther na obra intitulada *A actio. Réplica ao Dr. Theodor Muther*,²⁴ acolhendo muitas das ponderações de seu opositor.

Teorias sobre a ação

Desde a célebre definição da *actio*, formulada por Celso, concebendo-a como “o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”, muitos séculos se passaram sem que a ação tenha alcançado a sua elaboração definitiva, sendo muitas as teorias que se debatem em torno do seu conceito.

As diversas teorias em torno do conceito de ação se agruparam em duas grandes vertentes, sendo uma o *direito abstrato de agir* e outra o *direito concreto de agir*, sendo a concepção *abstrata* da ação exposta com anterioridade à concepção *concreta*.

Dentre as diversas formulações teóricas da ação, sintetizo as que me parecem as mais prestigiadas no campo doutrinário.

Ação como direito a uma sentença justa

Esta teoria se deve a Bülow,²⁵ que, no tocante à ação, adotou muitas das ideias de Muther, reafirmando a tese de que “a ação como direito subjetivo anterior ao juízo não existe, pois só com a demanda judicial nasce o direito de obter uma sentença justa”.

Segundo Bülow, não se podendo conhecer precisamente o resultado da sentença, não se pode falar num direito à sentença favorável, nem falar desse direito, fundando-se em fatos anteriores ao processo, porque a sentença se funda na convicção do juiz, que pode não corresponder à realidade dos fatos.

23 Ação negatória de direitos alheios sobre a coisa.

24 *Die actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther*, Düsseldorf, 1857.

25 Bülow foi o primeiro teórico a falar numa *relação jurídica processual*, e, também, o primeiro a ocupar-se da importância que têm, no processo civil, a defesa do demandado e a correta integração dos diferentes estágios judiciais, tendo batizado as prescrições que se devem apresentar em toda relação jurídica processual com o nome de “pressupostos processuais”.

Esta teoria, mais que uma teoria sobre a ação, é a negação da própria ação e do próprio direito subjetivo. É verdade que, com a demanda judicial, nascem direitos de natureza pública para ambos os litigantes, mas uma coisa são estes direitos públicos *processuais*, e outra, o direito público ou privado de agir, que compete a quem tem razão *antes do processo*. Se existe ou não existe esse direito de agir, só se fica sabendo por ocasião da sentença, mas o mesmo acontece quanto à existência do direito de agir, quer dizer, de pedir a atuação de uma vontade de lei, e quanto à existência da mesma vontade cuja atuação se pede. Negar a ação é negar todo direito.²⁶

Ação como emanção da personalidade

Esta teoria foi exposta por Köhler, afirmando que a ação não é uma emanção da pretensão procedente, pois, se esta é ou não fundada, há de resolver-se na sentença; e tampouco é a expressão de um direito público geral de acionar; senão emanção dos direitos da personalidade, na mesma medida em que o são os demais atos jurídicos, sendo o *acionar* (agir em juízo) um direito individual, como é o de andar, de comerciar etc.

O fato de Köhler atribuir o caráter de *faculdade* à ação, na sua qualidade de emanção do direito da personalidade, se deve, exclusivamente, à clara distinção por ele estabelecida entre o “direito” e a “faculdade”. Enquanto para Köhler o direito de ação dimana da personalidade da pessoa, para outros (Jellinek) a personalidade é que dimana da ação.

A ação como emanção da personalidade está longe do que se deva entender por *ação processual*, pois seu sentido corresponderia melhor a uma *faculdade* ou simples *manifestação* de vontade, de maior utilidade para a psicologia do que para o direito. Para os juristas, o vocábulo “personalidade” tem um significado muito diferente do que para os psicólogos.

Ao dizer Köhler que a ação é uma emanção da personalidade, assimilando-a aos atos de comerciar e andar, se afasta demasiado do conceito processual, pelo que, por representar a manifestação de uma faculdade ou atividade anímica, poderia servir igualmente para ser estudada no sentido psicológico, e esta aproximação a outro sistema o alija do que é objeto do direito processual.

Ação como direito de ser ouvido em juízo

Esta teoria é exposta por Degenkolb,²⁷ para quem a ação é um *direito abstrato de agir*, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime a pretensão de

26 Quanto ao mais, também Degenkolb termina por reconhecer que, no uso corrente e no sentido gramatical, tem-se entendido a ação como um direito *concreto atual* existente antes do processo, e, precisamente, como um poder jurídico para obter contra o adversário um resultado favorável no processo. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 82-83.

27 “La contesa sul concetto d'azione” – A disputa sobre o conceito de ação (1877).

quem a exercita, sendo o primeiro doutrinador a definir a ação “como direito subjetivo público, correspondente a todo aquele que de boa-fé creia ter razão, para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a se apresentar”.

Na visão de Degenkolb, quando o demandante promove a sua demanda ante o juiz, pode não ter razão, mas ninguém discutirá o seu direito de se dirigir ao juiz, pedindo-lhe uma sentença favorável, o que não impede o demandado de lhe negar o direito de obter essa sentença, mas nunca o de comparecer perante o juiz. Este direito de comparecer em juízo pertence mesmo aos que não tenham razão. Seria verdadeiramente milagroso, se não fosse um fato familiar na vida do juízo, que, durante o processo, ninguém tivesse razão; porquanto só a sentença haverá de decidi-lo. O estado de incerteza é inerente a esse fenômeno a que se denomina “processo”.

Também Plóz²⁸ admitiu a natureza pública do direito de ação, considerando-o de caráter abstrato, porquanto se dirige a obter sentença, independentemente de o peticionário ter ou não um direito subjetivo privado, abstraindo-se do resultado que se obterá mediante a sentença.

Essa corrente abstrai do resultado que venha a obter mediante a sentença, bastando que seja esta proferida, com o que fica configurada a ação, como um direito ao juízo ou direito de demandar, prescindindo do fato de a demanda ser ou não fundada.

Anos depois, Degenkolb abandonou a sua tese original, admitindo que a pretensão de tutela jurídica pressupõe a crença ou boa-fé sobre a existência de um direito subjetivo.

Essa mudança de posição enfraqueceu a teoria, porquanto também o autor malicioso, aquele que sabe que não tem razão, pode acorrer ao juízo por sua conta e risco, submetendo-se às responsabilidades que lhe imponha seu abuso do direito.

Ação como pretensão de tutela jurídica

Esta teoria se deve a Wach, que, em 1885, publica o primeiro volume²⁹ do seu **Manual de direito processual civil alemão**, e, em 1888, uma monografia sobre a **Ação declaratória**,³⁰ considerando a ação como pretensão de tutela jurídica (*Rechtschutzanspruch*)³¹ em face do Estado, obrigado a prestá-la, direito autônomo e concreto, distinto do direito material invocado através dela.

A pretensão de tutela jurídica não é uma função do direito subjetivo, pois não está condicionada por ele; o interesse e a pretensão de tutela jurídica não existem apenas onde existe direito, do que é exemplo a chamada ação declaratória negativa, não tem por objetivo proteger ou conservar um direito subjetivo, senão manter a integridade da situação jurídica do demandante. Através da ação declaratória negativa, mais não pretende o demandante do que obter do Estado-juiz uma mera

28 Contribuições à teoria do direito de queixa (ou ação) (1880).

29 Foram publicados apenas dois volumes, tendo a obra, infelizmente, ficado incompleta.

30 Os espanhóis preferem traduzir por “A pretensão de declaração”.

31 Literalmente, *Rechtschutzanspruch* significa “pretensão à proteção do direito”.

declaração de inexistência de uma relação jurídica, com o que fica caracterizada a sua autonomia, relativamente ao direito subjetivo material.

A pretensão de tutela jurídica, ou direito de acionar, é apenas o meio para se fazer valer o direito subjetivo material, mas não é esse direito mesmo.

Nestes termos, Wach desenvolveu a tese já esboçada por Muther, vindo a definir a ação como “direito daquele a quem se deve a tutela jurídica”.

A pretensão de tutela jurídica ou direito de ação é um direito público contra o Estado, ao qual corresponde a obrigação de prestá-la, e também contra o demandado, que está obrigado a suportar os seus efeitos; sendo, a um só tempo, um direito contra o Estado, garantidor dos direitos, e contra o réu, titular da obrigação.

Embora distinta do direito subjetivo material, a ação pressupõe a existência desse direito, correspondendo apenas a quem tem direito a uma sentença favorável, o que lhe imprime um perfil “concretista”, deixando sem resposta o fenômeno processual em que o juiz nega ao autor a sentença favorável.

Para Wach, se o demandante não logra obter uma sentença favorável, não terá existido a ação, tendo havido o exercício de uma *mera faculdade jurídica*.

A importância desta teoria foi vivamente aplaudida por Couture, que chegou a dizer que a dissociação do direito subjetivo material da ação representou para o direito processual algo semelhante ao que representara para a física a divisão do átomo.

Ação como direito potestativo

Esta teoria é produto de uma conferência³² proferida por Chiovenda, no ano de 1903, na Universidade de Bolonha, sob o tema A ação no sistema dos direitos, sustentando ser a ação “o poder de criar a condição para a atuação da vontade da lei”, integrando-a na categoria dos chamados “direitos potestativos”.

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, sem que esteja o adversário obrigado a coisa alguma frente a este poder, mas simplesmente sujeito a ele. A ação se exaure com o seu exercício, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la, tendo natureza *privada* ou *pública*, conforme a vontade de lei, cuja atuação produza, seja privada ou pública.

A ação não é a mesma coisa que a obrigação; não é o meio para atuar a obrigação; não é obrigação na sua tendência à atuação; nem um efeito da obrigação; nem um elemento; nem uma função do direito subjetivo; *senão, um direito distinto e autônomo*, que nasce, e pode extinguir-se, independentemente da obrigação – a ação de condenação se extingue com a sentença definitiva, se bem que a obrigação continue existindo –; direito que tende a um efeito jurídico e não a uma prestação.³³

32 Esta conferência se celebrou com o nome de Prolusão bolonhesa.

33 Quando se diz que a coação é um elemento do direito e que, pela mesma razão, a ação é um elemento do direito *subjetivo*, resvala-se num sofisma, porque a coação é um elemento do direi-

Para Chiovenda, a *ação*, como todos os direitos potestativos, é um poder puramente ideal, de produzir determinados efeitos jurídicos (atuação da lei); poder este que se exercita mediante uma *declaração de vontade* relativamente aos efeitos que se pretende, e não requer nenhuma ação física, senão a que é necessária para manifestar e manter, durante o processo, a vontade de que a lei seja atuada (demanda judicial).

Observa Chiovenda que o reconhecimento da *autonomia* da ação, iniciada com Windscheid e Muther, completou-se com Wach, que demonstrou ser a ação, tanto quando supre a falta de realização da vontade da lei, que deveria operar-se por prestação do obrigado, como nos numerosíssimos casos em que tende à realização da vontade concreta de lei, que não deve nem pode ser realizada de outro modo, senão no processo, *é um direito por si mesmo*, claramente distinto do direito subjetivo do autor, que tende a uma prestação do obrigado.

Registra Chiovenda que, quando Wach assim demonstrou, a categoria dos direitos potestativos estava por ser desenvolvida pela doutrina, pelo que definiu (ele Wach) a ação como “o direito daquele a quem se deve a tutela jurídica” (“*Rechtschutzanspruch*”),³⁴ mas tendo ele (Chiovenda) começado a se ocupar desses problemas quando a categoria dos direitos potestativos já havia sido amplamente estudada pela doutrina, teve facilitado o caminho, aproveitando estes estudos, para enquadrar pela primeira vez a ação nesta categoria; pelo que, aceitando o elemento fundamental da teoria de Wach, definiu a ação como “direito potestativo”.

Se a coação é inerente à ideia de *direito*, no sentido de que este tende a atuar-se, valendo-se de todas as forças postas à sua disposição; se, quando o obrigado não satisfaz a vontade concreta de lei, esta tende a atuar-se por outra via, e existem muitas vontades concretas de lei, cuja atuação só é concebível por obra do juiz no processo; se os juízes só podem prover à atuação da lei mediante pedido da parte; então, a atuação da lei depende, normalmente, de uma condição, que é a manifestação de vontade de um particular. Se ao dizer que uma tem ação, entende-se ter ela o *poder jurídico*³⁵ de provocar, com sua demanda, a atuação da vontade da lei, então a ação é o “poder jurídico de criar a condição para a atuação da vontade da lei”; definição esta que coincide com a das fontes – *Nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*³⁶ –, onde está claríssima a contraposição entre o direito ao que nos é devido e o direito de perseguir em juízo o que nos é devido (*in iudicio persequendi*).

Para Chiovenda, a ação por sua natureza não pressupõe, necessariamente, um direito subjetivo material; mas só existe direito de ação quando a sentença for favorável ao autor, pertencendo ao grupo das teorias *concretistas*.

to *objetivo*, enquanto, do ponto de vista subjetivo, uma coisa é o direito à prestação e, outra, o poder de provocar a coação do Estado (Chiovenda).

34 *Rechtschutzanspruch* significa literalmente “pretensão à proteção do direito”.

35 *Kann Rechte* (direito do poder) ou *Rechte des rechtlichen Könnens* (direito do poder jurídico).

36 “Nada mais é a ação do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido.”

A ação é assim um poder *em face* do adversário, mais do que *contra* o adversário, e não direito contra o Estado; porque a admissão de uma tutela jurídica *contra* o Estado suporia um conflito de interesses entre o particular e o Estado, quando dar razão a quem tem é interesse do próprio Estado, que ele provê permanentemente com a instituição dos juízes.

Ação como direito processual das partes

Esta teoria se deve a Carnelutti, que não estruturou o seu sistema sobre o conceito de *ação*, mas ao tratar desta o fez com a maior propriedade.

Embora tenha, inicialmente, definido a ação como um direito subjetivo do indivíduo, para obter do Estado a composição do litígio, mais tarde Carnelutti a define como um *direito subjetivo processual das partes*; afirmando ser o sujeito passivo da ação o *juiz*, a quem compete prover sobre a demanda da parte, e não a parte adversária.

A intuição de que às partes compete um direito subjetivo de caráter estritamente processual respondeu o nome de ação (*actio*), com o qual se denota um *agir em juízo*, ou seja, desenvolver atividade para a tutela do interesse da parte, mediante o processo, do interesse da parte, como conteúdo do direito mesmo.

Antiga é a intuição de que, por um lado, a *actio* se distingue do *ius* deduzido no processo, mas que é também ela um *ius* (*ius persecuendi in iudicio quod sibi debeatur*);³⁷ porém, antes que esta intuição tivesse podido resolver-se numa verdade científica, passaram-se dezenas de séculos.

A dificuldade estava em distinguir o direito que se faz valer em juízo (direito subjetivo *material*) do direito mediante o qual se faz valer o primeiro (direito subjetivo *processual*).

Tão longe está em se confundir, hoje, o direito subjetivo processual e o direito subjetivo material, que um pode existir sem o outro; tendo eu o direito a obter do juiz uma sentença acerca da minha pretensão, ainda que minha pretensão seja infundada.³⁸

37 “Direito de perseguir em juízo o que a si é devido.”

38 Carlos Ramirez Arcila assim relaciona os postulados da concepção carneluttiana: I – A ação é um direito subjetivo processual das partes; II – Este direito é diferente do direito subjetivo material; III – Para exercer a ação, não é necessário ter o direito subjetivo material, pelo que pode exercitá-la qualquer cidadão; IV – A ação não é um poder de obter uma sentença favorável, senão unicamente o poder de obter a decisão. A obrigação do juiz não é a de dar razão a quem a peça, senão unicamente a quem a tenha; V – A ação é diferente da pretensão. Aquela é uma relação; a pretensão é um ato, uma manifestação de vontade, é a exigência de subordinação de um interesse alheio a outro próprio; VI – A ação não tem como sujeito passivo o adversário, senão o juiz ou, em geral, o membro do ofício a quem corresponde prover sobre a demanda proposta pela parte; VII – A legitimação não é um requisito do sujeito da ação, necessário para que esta possa ter consequências jurídicas, senão um pressuposto dos atos processuais e, como tal, da pretensão; VIII – O interesse individual do autor é diferente do interesse da ação. O daquele está

A distinção entre os dois direitos concerne tanto a seu conteúdo como ao sujeito passivo deles.³⁹ a) o direito subjetivo *material* tem por conteúdo a prevalência do interesse em lide, e por sujeito passivo, a outra parte; e b) o direito subjetivo processual tem por conteúdo a prevalência do interesse na composição da lide, e por sujeito passivo, o juiz.

A principal crítica a essa teoria está no fato de entender Carnelutti que a ação se dirige contra o juiz, não sendo lógica a separação entre o funcionário judicial e o Estado, porquanto este se manifesta e atua através de seus órgãos; e é sabido que os funcionários são os órgãos do Estado.

Ação como direito de petição

Esta teoria foi elaborada por Couture, para quem a ação é “o poder jurídico que tem o sujeito de direito, de recorrer aos órgãos jurisdicionais, para reclamar deles a satisfação de uma pretensão”.

Este poder jurídico compete ao indivíduo, enquanto tal, como um atributo de sua personalidade,⁴⁰ tendo sob este aspecto um caráter rigorosamente privado; mas, ao mesmo tempo, na efetividade desse exercício, está interessada a comunidade, o que lhe assinala caráter público.

Para esta teoria, mediante a ação, cumpre-se a jurisdição, vale dizer, realiza-se efetivamente o direito subjetivo material, já que, pelo tradicional princípio que rege em matéria civil, a jurisdição não atua sem a iniciativa individual (*Nemo iudex sine actore*).⁴¹ A ação atua prescindindo do direito que o autor quer ver protegido, pelo que tanto a pretensão infundada como até a temerária, do *improbis litigator*,⁴² merecem a consideração do juiz até o seu último instante.

Por essa circunstância, enquanto o indivíduo vê na ação a tutela da própria personalidade, a comunidade vê nela o cumprimento de um de seus mais altos fins, qual seja, a realização das garantias de justiça, de paz, de segurança, de ordem e de liberdade, consignadas na Constituição.

na solução favorável do litígio e o desta está na composição do litígio. O interesse da ação não é o interesse individual das partes, senão o interesse coletivo: o interesse da sociedade, de que os litígios sejam dirimidos mediante o exercício da ação.

39 Carnelutti, tal como Windscheid, distingue a “ação” da “pretensão”, registrando que, enquanto a ação é uma *relação*, a pretensão é um *fato*, ou, mais concretamente, um *ato jurídico*; conceitos estes que pertencem a áreas distintas e mesmo opostas da ciência jurídica, que são a *estática* e a *dinâmica* do direito.

40 Nesse ponto, a teoria de Couture se aproxima da de Köhler da ação como emanção do direito da personalidade; enquanto Couture afirma ser a ação um “atributo” da personalidade, Köhler afirmar ser uma emanção dele.

41 Não há juiz sem autor.

42 Litigante improbo.

Couture considera a ação como uma espécie do gênero *direito de petição*, agasalhado pela Constituição, e quando esse poder de peticionar se exerce ante o Poder Judiciário, sob a forma de ação, resulta coativo não apenas para o demandado como, também, para o juiz, que deve emitir um pronunciamento a respeito.

Ação como direito cívico

Esta teoria foi concebida por Ugo Rocco, para quem o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão frente ao Estado-juiz, pertencente à categoria dos chamados *direitos cívicos*,⁴³ quer dizer, direito à prestação da atividade jurisdicional do Estado, e, portanto, uma relação obrigatória de direito público.

O direito de ação é *abstrato*, seja porque, sendo independente do direito substancial, abstrai da existência ou inexistência dos chamados direitos pleiteados, seja porque, em virtude do seu caráter geral – compete a todo possível sujeito de direitos –, abstrai daqueles que o exercitam, bem assim, do conteúdo concreto da pretensão (declaração, condenação, medidas executivas ou cautelares) feita valer ante os órgãos jurisdicionais.⁴⁴

O direito de ação e de contradição é um direito *abstrato*, genericamente determinado, como abstrata e genericamente determinada é a obrigação jurisdicional do Estado-juiz; direito esse que é público, subjetivo e individual do cidadão frente ao Estado, e pertencente à categoria dos chamados *direitos cívicos*. Esse direito tem como elemento substancial o *interesse secundário* do particular na intervenção do Estado, para a eliminação dos obstáculos que se interpõe à realização dos interesses de direito material tutelados pelo direito objetivo.

O objeto do direito de ação é a prestação da atividade jurisdicional pelo Estado, através dos seus juízes, com a finalidade de declarar o direito incerto ou de realizar com o uso da sua força coletiva os interesses cuja tutela seja certa; sendo um direito dependente de demanda do interessado dirigida ao Estado.

Para Ugo Rocco, o *direito de ação* pode definir-se como o direito de pretender a prestação da atividade jurisdicional do Estado, para a declaração de certeza ou a realização coativa dos interesses tutelados em abstrato pelas normas do direito objetivo.⁴⁵

43 Neste ponto, esta teoria se aproxima da teoria de Couture, da ação como direito de petição, com base na Constituição.

44 No campo da jurisdição e do processo, afirma Ugo Rocco, o Estado se apresenta como sujeito cuja vontade e ação estão reguladas por normas de direito processual objetivo, e, frente a ele, enquanto sujeito de direitos e obrigações, encontra-se o cidadão, também dotado de capacidade e sujeito de direitos e obrigações no que respeita àquelas especiais relações que nascem do exercício da função jurisdicional. Essas relações que ocorrem entre o Estado, no exercício da função jurisdicional, e os cidadãos são relações de direito público (direito de ação e de contradição em juízo).

45 A doutrina de Ugo Rocco representa um avanço em relação à de Carnelutti, pois, sem se apartar de suas teses fundamentais, as supera, quanto à eliminação do vínculo entre ação e litígio e em relação ao sujeito passivo da ação, que para ele não é o juiz, mas o Estado.

Ação como direito à jurisdição

Esta teoria provém de Liebman, para quem a ação é o direito subjetivo consistente no poder de criar a situação para o exercício da função jurisdicional, ou seja, o *direito à jurisdição*.

A ação se dirige *contra* o Estado-juiz, na sua qualidade de titular do poder jurisdicional, mas ele a nada é obrigado com o autor, porquanto essa função se desenvolve para satisfação do interesse público, consistente no cumprimento das normas que a disciplinam. A ação é proposta, também, *em face da* parte contrária, contra a qual se pede um provimento jurisdicional, pelo que corresponde, por parte dela, um estado de sujeição ao poder do juiz.

Se o réu não pode subtrair-se aos efeitos jurídicos dos provimentos emitidos pelo órgão jurisdicional, em idêntica situação encontra-se o autor, que, tendo provocado o exercício da jurisdição, permanecerá, igualmente, sujeito a esses efeitos, ainda que, total ou parcialmente, desfavoráveis aos seus interesses.

A ação é um direito *abstrato* que independe da existência ou inexistência do direito subjetivo material que se pretende, através dela, ver reconhecido ou satisfeito; ou mais precisamente um “direito ao juízo sobre o mérito”, de todo independente do direito material.⁴⁶ Por isso, a ação é um direito de caráter *instrumental*, porque é “direito a um provimento jurisdicional”, ou seja, o meio de se buscar a tutela jurisdicional e não a tutela mesma do direito material.

Se bem que seja a ação um direito abstrato, não é genérica em caráter absoluto, mas referida a um *caso concreto*, determinado e individualizado, idôneo para se tornar objeto da atividade jurisdicional, possibilitando ao juiz a emissão de um provimento sobre determinada situação danosa, para que seja removida ou reparada mediante a aplicação da lei.

Portanto, a ação seria um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, mas *instrumentalmente conexo* a uma pretensão de direito material.

Para Liebman, a ação depende *para existir* de alguns requisitos constitutivos, chamados por ele de *condições da ação*: I – interesse de agir; II – legitimação; e III – possibilidade jurídica.⁴⁷

I – O *interesse de agir* consiste no interesse na obtenção do provimento jurisdicional para a satisfação do interesse material.

46 Para Liebman, a ação é um direito que traz implícito um elemento hipotético e aleatório, porque é exercido com risco próprio, com um resultado que será conforme o próprio interesse, somente se ocorrerem todas as outras condições vez por outra necessárias e por si mesmas estranhas à ação.

47 Na terceira edição do seu *Manual*, Liebman abandonou essa posição, passando a sustentar que essas condições são apenas duas (interesse de agir e legitimação). Mantemos a orientação constante da edição anterior, inclusive a *possibilidade jurídica do pedido*, porque foi agasalhada pelo Código de Processo Civil brasileiro (art. 267, VI) e, a meu ver, é uma das condições da ação penal.

O reconhecimento do *interesse de agir* não significa, ainda, que o autor tenha razão, mas apenas que o seu pedido merece ser examinado pelo juiz; pois o reconhecimento do direito material do autor é matéria de *mérito*, se a demanda for procedente.⁴⁸

II – A *legitimação para agir* ou *legitimatio ad causam* é pertinente à titularidade, ativa e passiva, da ação, e se presta para determinar quem possui o interesse de agir em juízo e aquele em face de quem existe esse interesse de acionar.

Para uma ação ser validamente exercitada, deve o autor propô-la em face da pessoa em cuja esfera jurídica deva produzir efeito o provimento jurisdicional demandado.⁴⁹

III – A *possibilidade jurídica do pedido* consiste na admissibilidade, em abstrato, do provimento demandado, devendo encontrar-se entre aqueles sobre os quais o juiz possa pronunciar, e não esteja expressamente vedado pelo ordenamento jurídico.

Presentes estas condições, considera-se *existente a ação*, como direito de provocar o exame da pretensão e pretender uma decisão do mérito; mas o *resultado* da demanda depende de o autor ter ou não ter direito substancial. Se faltar uma dessas condições, o autor será *carecedor* da ação, e, como tal, declarado pelo juiz em qualquer fase do processo; se o autor tiver razão, a ação, além de existente, será *fundada*.

Relatividade do conceito de ação

Calamandrei não chegou a formular uma teoria sobre a ação, limitando-se a analisar as diversas teorias, nas suas relações de espaço e tempo, concluindo que o conceito de ação não é absoluto, mas relativo, sendo verdadeiro ou não consoante determinado momento histórico.

Para Calamandrei, a ação pode ser concebida como um direito subjetivo *autônomo*, que pode existir por si mesmo, independentemente da existência de um direito subjetivo material, e *concreto*, destinado a obter uma providência jurisdicional favorável ao demandante.

Depois de resumir as teorias em torno do conceito de ação, registra Calamandrei que, entre as várias teorias, algumas partem de uma concepção de relações entre cidadãos e Estado, entre liberdade e autoridade, que não é a vigente no Estado italiano.

Quando se considera a ação apenas como um *momento inseparável do direito subjetivo privado*, preordenado a realizar o predomínio do interesse individual protegido, sobre o sacrificado, a parte reservada ao Estado, nesta relação entre particulares, é a de um personagem *de terceiro plano*, que a pedido do credor intervém como seu auxiliar e substituto, com o objetivo de ajudá-lo a demonstrar ter razão

48 O interesse de agir é um requisito não só da ação, mas de todos os direitos processuais, como o direito de defender-se, de recorrer etc.

49 Como direito *bilateral*, a titularidade da ação apresenta-se necessariamente como problema de duas faces, correspondendo à legitimação do autor expor em juízo sua pretensão e à legitimação do réu para deduzir pretensão contrária.

contra o adversário, e a alcançar seus fins individuais. A ideia de que o Estado trate, também, através da jurisdição civil, de satisfazer a um interesse de caráter público, *permanece na sombra*: o momento da liberdade predomina sobre o da autoridade.

Igualmente a teoria do *direito à tutela jurídica*, expressão do *direito concreto de agir*, ao conceber o Estado como *obrigado* à prestação jurisdicional, frente ao cidadão, é uma expressão, acaso a mais consciente e perfeita, daquela concepção essencialmente liberal de Estado, segundo a qual o interesse público é considerado em função do interesse privado e a justiça aparece como um serviço que o Estado põe à disposição do cidadão, para ajudá-lo a satisfazer o próprio direito subjetivo.

No extremo oposto, como expressão de uma concepção autoritária e coletivista do Estado, diametralmente antitética à liberdade, está a teoria do *direito abstrato de agir*, segundo a qual a ação, inteiramente desvinculada do direito subjetivo, serviria unicamente ao interesse público na observância da lei, desaparecendo o conceito de ação como direito, e entrando em jogo o conceito de ação como função pública. O sujeito agente, que, ao promover o processo, proporciona ao Estado a ocasião para confirmar a própria autoridade, aparece como *investido de uma função pública*, que exercita não no interesse próprio, senão no interesse do Estado.

A ação no sentido abstrato, como *direito de não ter razão*, não pode justificar-se senão assim, porque também quem apresenta ao juiz uma demanda infundada oferece ao Estado a ocasião de pronunciar uma sentença, com a qual, ao declarar que, segundo a lei, o reclamante não tem razão, alcança seu fim público de fazer respeitar a lei.⁵⁰

Entre estas duas teorias *extremas* da ação, uma correspondente à concepção liberal e individualista do Estado, e outra correspondente a uma concepção autoritária e coletivista, parece que a teoria que melhor se adapta ao atual momento histórico do Estado italiano seja a intermédia, do “direito potestativo”, formulada por Chiovenda.

A teoria da ação como *direito potestativo* parece, pois, a mais adequada, historicamente, ao processo civil regulado pelo Código; mas com isto não se nega que as outras teorias tenham no passado, ou possam, no futuro, aparecer como mais adequadas para explicar uma realidade social diversa da presente; assim, no mesmo ordenamento positivo, hoje vigente, apresentam-se não poucas zonas do direito civil, nas quais predominam tão energicamente as considerações de ordem pública, que a ação, relativa a estas relações, vai perdendo, cada vez mais, os caracteres de *direito subjetivo*, e assumindo cada vez mais a figura de *poder público*, que tem sido posto em evidência pelos teóricos do direito abstrato de agir.”

50 O absoluto predomínio, na ordem constitucional, do interesse coletivo, põe cada vez mais em evidência o direito objetivo da vontade do Estado, deixando na sombra a função, antes preeminente, de garantia e de equilíbrio dos interesses individuais. Assim, enquanto o direito objetivo se resigna a ser, pouco a pouco, a sombra de si mesmo, retrocedendo ao grau de interesse ocasionalmente protegido, também a jurisdição civil, insensivelmente, vai se convertendo em jurisdição de mero direito objetivo.

Num artigo intitulado *Relatividade do conceito de ação*, Calamandrei procura demonstrar que as várias teorias que lutam em torno do conceito de ação encontram justificação histórica no momento presente, enquanto cada uma delas deve entender-se relativa a uma dentre as diversas concepções ou fases do amadurecimento das relações entre cidadão e Estado, que convivem hoje em zonas limítrofes do ordenamento jurídico, de sorte que cada uma das teorias não pode ser considerada em si mesma, *nem absolutamente verdadeira*, *nem absolutamente falsa*, porque serve para recolher, de um diverso ponto de vista, uma diversa porção de verdade, e para fazer brilhar um instante, antes de ser superada, uma das inúmeras facetas desse metal em fusão, que penetra na armação do Estado.

Qualquer que pareça, dentre as várias teorias, a preferível, o certo é que a ação, antes de ser uma construção dogmática dos teóricos, é uma realidade prática, aceita pelo direito de todos os Estados civilizados.

Posteriormente, ao se referir à ação, Calamandrei⁵¹ já não fala que seja um direito subjetivo, nem que se dirija contra o adversário, nem tampouco que seja um direito potestativo e concreto destinado a obter uma sentença favorável, senão que a defesa é um direito inviolável do cidadão, em qualquer grau de procedimento, e, em virtude desta disposição, o direito de *ação*, ou o direito de dirigir-se aos órgãos judiciais (o direito de agir em sentido abstrato), assim como o direito inviolável de defesa, entra diretamente no campo *constitucional*, entre os direitos fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos e, em determinadas condições, aos estrangeiros.

Condições da ação civil

As *condições da ação* são requisitos necessários ao exercício da ação, sem os quais o direito de ação não existe.

Três são as *condições da ação*: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir; c) legitimidade das partes ou *legitimatío ad causam*.

a) A *possibilidade jurídica do pedido* significa que a pretensão material do autor deve ser em abstrato amparada pelo ordenamento jurídico, ou não seja expressamente vedado por ele. Assim, nos países que não admitem a cobrança judicial de dívida de jogo, faltaria a possibilidade jurídica do pedido para o exercício dessa ação.

b) O *interesse de agir* traduz a necessidade da tutela jurisdicional para evitar ameaça ou lesão ao direito; ou a necessidade de se invocar a tutela jurisdicional no caso concreto.

c) A *legitimidade das partes* ou *legitimatío ad causam* traduz a *pertinência subjetiva da lide*, de modo que o autor seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional, e o réu, aquele em face de quem pode o autor pretender algo. Assim, faltaria legitimidade ao pai para cobrar judicialmente dívida do filho; ou ao marido para cobrar dívida da mulher.

51 Essa sua posição foi exposta numa conferência pronunciada em 1952.

Embora sejam estas as condições da ação, à luz do Código de Processo Civil (art. 267, VI),⁵² fiel ao *antigo* magistério de Liebman,⁵³ ele próprio abandonou, mais tarde, esse entendimento, para suprimir do elenco das condições da ação a *possibilidade jurídica*.

É criticável a inserção da possibilidade jurídica do pedido, na sua feição clássica, como sendo aquela situação em que falta no ordenamento jurídico a previsão, em abstrato, da pretensão postulada.

Num ordenamento jurídico, como o brasileiro, em que a falta ou lacuna na lei não exime o juiz de sentenciar ou despachar (CPC, art. 126, 1ª parte),⁵⁴ cumprindo-lhe valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (CPC, art. 126, 2ª parte),⁵⁵ a possibilidade jurídica do pedido não fica numa situação confortável como uma das condições da ação.

Haverá caso em que faltarão essa previsão legal, em abstrato, no direito objetivo, mas, nem por isso, poderá o juiz eximir-se de processar e julgar a causa, alegando omissão na lei.

Se a ordem jurídica *não vedar* de forma expressa a pretensão material, haverá possibilidade jurídica do pedido, ainda que, para aferi-la e julgá-la, tenha o juiz de se socorrer de regras de integração do ordenamento jurídico; mas, se vedar, não haverá possibilidade jurídica.

Penso que a *possibilidade jurídica do pedido* não é algo que se possa contrapor ao *interesse de agir*, porque, se o ordenamento jurídico vedar determinada pretensão, como, por exemplo, a cobrança de dívida de jogo, não terá o credor *interesse de agir* para postular a sua tutela em juízo; pelo que a hipótese será de *falta de interesse de agir*, e, não, de *falta de possibilidade jurídica*.

A teoria de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil, não explica satisfatoriamente o que acontece quando o juiz julga o autor carecedor da ação *por ocasião da sentença* por constatar a ausência de uma das condições da ação. Nesse caso, seguindo os ensinamentos de Wach, teria havido o exercício de *mera faculdade jurídica*.

Condições da ação penal

A ação penal, tanto quanto a ação civil e trabalhista, subordina-se a determinadas condições, pois é direito subjetivo público, abstrato e autônomo de pedir ao órgão jurisdicional a atuação da lei penal.

52 Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. (...)

53 Na terceira edição do seu *Manuale di diritto processuale civile*, Liebman já limitou as condições da ação ao interesse de agir e legitimidade para agir.

54 Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. (...)

55 Art. 126 (...) No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

No âmbito penal, além do *interesse de agir* e da *legitimação para agir*, emerge de forma bastante destacada a *possibilidade jurídica*, pois a denúncia ou a queixa deverá fundar-se, necessariamente, num fato típico e antijurídico, expressamente previsto no direito material penal.

O princípio da reserva legal (*Nullum crimen nulla poena sine lege*)⁵⁶ impede que, através da atividade integradora da lei, se crie a norma a aplicar-se ao caso concreto, sendo *impossível*, por exemplo, denunciar alguém por incesto,⁵⁷ que não é crime previsto na lei penal brasileira.

Na *esfera penal*, costuma-se falar na doutrina (Vannini, Leone, Frederico Marques) em *condições de procedibilidade* para traduzir os requisitos ou pressupostos aos quais se subordina o *exercício da ação penal*.

Algumas das condições da ação são *genéricas*, indispensáveis ao exercício de qualquer ação, inclusive a ação penal, devendo coexistir – possibilidade jurídica, interesse de agir e *legitimatão ad causam* –, e outras são *específicas*, necessárias apenas num ou noutro caso, condicionando o exercício de determinada ação. Assim, por exemplo, na esfera penal, a representação da parte ofendida ou de seu representante legal, quando necessária ao exercício da ação penal.

Questões sobre o exercício da ação

A *questão*, doutrina Carnelutti, é todo ponto duvidoso, de fato ou de direito, que surge no processo e que cumpre ao juiz resolver, sendo correlata à noção de *afirmação da parte*.

Se a afirmação por uma das partes não for contraditada pela outra, nem posta em dúvida pelo juiz, configura mero *ponto*; mas, havendo discordância, o ponto converte-se em *questão*.

No sentido técnico jurídico, o vocábulo “questão” designa uma controvérsia sobre um *ponto* de fato ou de direito.

O estudo das *questões* é importante, pois, conforme sua natureza, vão elas influir diversamente na decisão final; e diversa será também a eficácia da decisão do juiz a respeito.

A eficácia dos atos processuais, de um modo geral, resulta justamente da natureza das questões solucionadas num determinado processo. Assim, se o réu alegar, na sua defesa, a ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, estará suscitando *questões*; o mesmo acontecendo se atacar ponto relacionado com a pretensão material do autor.

Todas estas questões levantadas pelas partes devem ser solucionadas pelo juiz, e da sua decisão dependerá o resultado quanto ao mérito da causa.

56 Não há crime nem pena sem lei (anterior) que os defina.

57 Incesto é a relação sexual ou marital entre parentes próximos ou alguma forma de restrição sexual dentro de determinada sociedade.

Hélio Tornaghi classifica as questões, genericamente, em três categorias: *a)* questões preliminares ou prévias; *b)* questões intermédias; e *c)* questões finais.

As *questões preliminares* ou *prévias* são pertinentes aos pressupostos processuais; as *questões intermédias* são pertinentes às condições da ação; e as *questões finais* são pertinentes à pretensão deduzida em juízo, ou seja, ao mérito da causa.

Certas *questões* se colocam entre o exame dos pressupostos processuais e o mérito da causa, sendo, por isso, chamadas *questões intermédias*, como são as concernentes ao exercício do *direito de ação*, como a possibilidade jurídica do pedido,⁵⁸ o interesse de agir e a legitimidade das partes.

Sempre que o réu alegar a falta de alguma dessas *condições* ou o juiz, *ex officio*, puser em dúvida a sua existência, estaremos diante de uma *questão sobre o exercício da ação*. Assim, por exemplo, o réu, ao se defender, alega que o autor está cobrando dívida ainda não vencida, ou cujo vencimento foi prorrogado (falta de interesse de agir), ou que a dívida foi contraída pelo pai e está sendo cobrada do filho (falta de legitimidade da parte), estará suscitando questões relativas às condições da ação.

O exame dessas questões prescinde de alegação das partes, cumprindo ao juiz examinar de ofício a presença das condições da ação, em qualquer fase do procedimento, e, se der pela sua ausência, extinguir o processo sem resolução de mérito.

A eficácia da decisão que resolve sobre uma *questão intermédia* é restrita ao processo em que foi proferida, pois a pretensão material deduzida em juízo continua imprejudicada.

Se não preenche o autor as *condições da ação*, deve ser julgado *carecedor de ação*, sem prejuízo de que, uma vez satisfeitas, exercite nova ação para tutela do pretendido direito material; salvo se lhe for interditado o exercício de nova ação (casos de perempção, litispendência ou coisa julgada).⁵⁹

Essas *questões* podem surgir em qualquer processo, civil, trabalhista ou penal, pois o exercício do direito de ação, qualquer que seja o conteúdo da lide a que se refira, está sujeito ao preenchimento das condições da ação.

Classificação das ações

As ações são classificadas pela doutrina sob mais de um aspecto, conforme se trate de ação civil, trabalhista ou penal.

A *ação civil* pode ser assim classificada:⁶⁰

Ação individual ou *coletiva*:

I) ação de conhecimento: a) declaratória; b) condenatória; c) constitutiva;

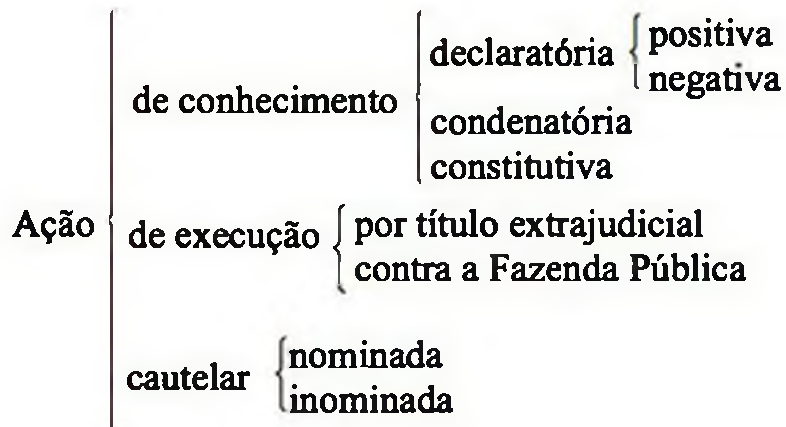
58 Embora a possibilidade jurídica do pedido não configure verdadeira e própria condição da ação (civil e trabalhista), configura autêntica condição da ação penal.

59 Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V [perempção, litispendência e coisa julgada], a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. (...)

60 Essa classificação é em razão da *natureza da prestação jurisdicional invocada*.

II) ação de execução: a) de título extrajudicial; b) contra a Fazenda Pública;
 III) ação cautelar: a) cautelar nominada; b) cautelar inominada.

Graficamente:



A *ação individual* tem por objeto pretensão material pertencente a uma única pessoa ou a mais de uma solidariamente ou em condomínio.

A *ação coletiva* tem por objeto pretensão material pertencente a um grupo, categoria ou classe de pessoas; sendo a pretensão coletiva objeto de tutela pela Lei da Ação Civil Pública,⁶¹ do Código de Defesa do Consumidor⁶² etc., viabilizando a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A *ação de conhecimento* provoca uma providência jurisdicional que reclama um processo regular de cognição, pelo qual o juiz tenha pleno conhecimento do conflito de interesses, a fim de que possa proferir uma decisão de mérito, extraíndo da lei a regra concreta aplicável à espécie.

A *ação declaratória* visa à simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de um documento, em que o bem da vida pretendido é somente a *certeza*, com o que se esgota a função jurisdicional do Estado, ficando satisfeita a pretensão do autor.

Quando a pretensão do autor é a declaração de *existência* de uma relação ou situação jurídica, diz-se *ação declaratória positiva*; e, quando a pretensão é a declaração de *inexistência* de uma relação ou situação jurídica, diz-se *ação declaratória negativa*.

A *ação condenatória* visa à condenação do réu a uma prestação (fazer, não fazer, entregar), mediante aplicação de uma sanção ao réu, que, no âmbito civil, é sujeitá-lo à execução.

A *ação constitutiva* visa à criação, modificação, conservação ou extinção de uma relação jurídica ou situação jurídica.

61 Lei n. 7.347/85.

62 Lei n. 8.078/90.

A *ação de execução* provoca providências jurisdicionais de execução, tendo por pressuposto um *título executivo extrajudicial*, e, excepcionalmente, um título judicial (sentença), quando se trate da Fazenda Pública.⁶³

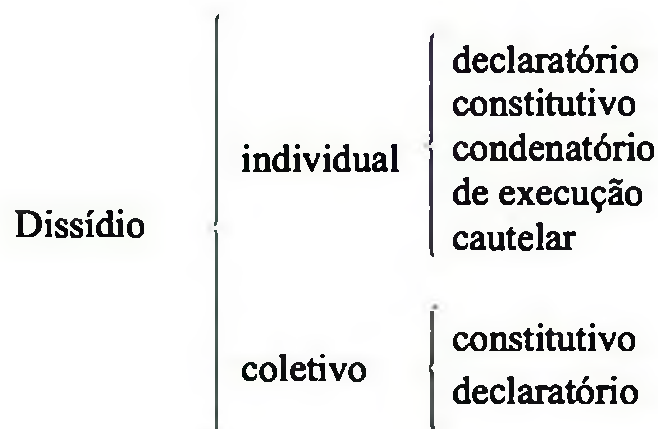
A *ação cautelar* visa a providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma sentença a ser proferida no processo principal, em vista do perigo de demora.

A *ação ou dissídio trabalhista* é classificada em:

I) Dissídio individual: a) declaratório; b) constitutivo; c) condenatório; d) de execução; e) cautelar; e

II) Dissídio coletivo: a) constitutivo; e b) declaratório.

Graficamente:



O *dissídio individual* é aquele cujo titular é pessoa singularmente considerada e destina-se à obtenção de um pronunciamento judicial sobre interesse concreto e individualizado; podendo ser declaratório, constitutivo, condenatório, de execução e cautelar.

Estas modalidades de ações não se distinguem na essência da classificação civil.

O *dissídio coletivo* é exercido em função de um direito que é reconhecido aos grupos, isto é, às categorias profissionais, representadas no processo pelos sindicatos ou associações organizadas. O dissídio coletivo pode ser constitutivo ou declaratório.⁶⁴

A *ação penal* pode ser classificada em função do *elemento subjetivo*,⁶⁵ correspondente ao sujeito que a promove:

Ação penal: I) ação pública: a) incondicionada; b) condicionada;

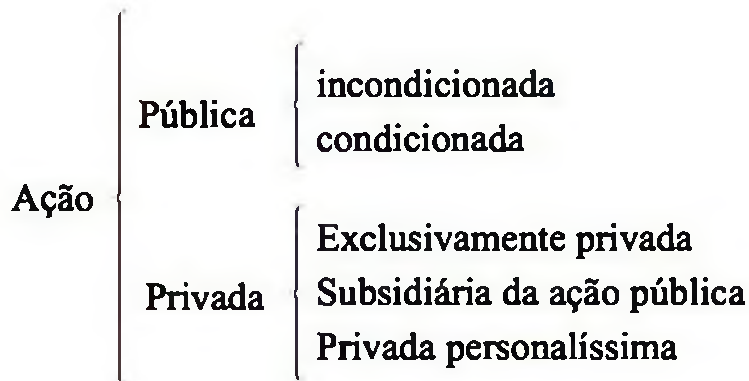
II) ação privada: a) exclusivamente privada; b) subsidiária da ação pública; e c) privada personalíssima.

63 Com a reforma operada no Código de Processo Civil, pela Lei n. 11.232/05, a sentença condenatória passou a ser objeto de “cumprimento” (art. 475-I), que constitui mera fase do processo de cognição.

64 O mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX) se inclui, também, na categoria das ações coletivas.

65 Existe, também, uma classificação, segundo a tutela jurisdicional *invocada*, procurando adaptar a classificação das ações civis ao processo penal, assim: I) Ação penal: I) de conhecimento: a) condenatória; b) constitutiva; c) declaratória: c1) positiva; c2) negativa. II) Ação cautelar; e III) Ação de execução: 1) executória; 2) executiva.

Graficamente:



A *ação pública incondicionada* compete, com exclusividade, ao Ministério Público, sem que haja necessidade de manifestação de vontade de quem quer que seja.

A *ação pública condicionada* é promovida pelo Ministério Público, mas condicionada a uma manifestação de vontade de outrem, através de representação do ofendido ou de seu representante legal, ou de requisição do Ministro da Justiça.

A *ação exclusivamente privada* compete ao ofendido ou a quem legalmente o represente, dependendo o seu exercício do seu poder dispositivo.

A *ação privada subsidiária da ação pública* é intentada nos crimes de ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal.

A *ação penal privada personalíssima* compete única e exclusivamente ao ofendido, dependendo da sua vontade a persecução penal.

Elementos da ação

A ação se compõe de três elementos, que lhe dão *individualidade* no caso concreto, sendo este tema de grande importância na doutrina da *identificação das ações* e nas que se desenvolvem a partir dela, como a da coisa julgada, da litispendência, da sucumbência, da conexão etc.

Em sede doutrinária, a ação vem sendo considerada como um direito *abstrato*, que, ao ser exercida, adquire um colorido que a identifica ou distingue pela presença de determinadas *pessoas*, litigando sobre determinado *bem*, por alguma *razão* ou *motivo*.

São elementos da ação: a) partes; b) objeto ou pedido; c) causa de pedir ou *causa petendi*.

a) *Partes* são os titulares das posições ativa (autor) e passiva (réu) na demanda judicial; aquele que *age* e aquele que *reage* em juízo; aquele que exercita o direito de ação e aquele em face de quem esse direito é exercido.⁶⁶

66 Para Chiovenda, *parte* é aquele que pede no seu próprio nome, ou em cujo nome é pedida, a atuação de uma vontade de lei (autor), e aquele em face de quem essa atuação é pedida (réu).

As partes são os sujeitos parciais da lide.

b) *Objeto* ou *pedido* é aquilo que se pede em juízo e que constitui o núcleo da pretensão material, dividindo-se: 1) objeto ou pedido imediato; e 2) objeto ou pedido mediato.

1) O objeto ou pedido *imediato* é aquilo que imediatamente se pede, que é a atuação da lei, consistente numa providência jurisdicional declaratória, condenatória, constitutiva, de execução ou cautelar.

2) O objeto ou pedido *mediato* é o bem ou interesse que se quer ver tutelado pela sentença, seja esse bem material ou imaterial, econômico ou moral, consistente no pagamento do crédito, na restituição do imóvel etc.

b) Causa de pedir ou *causa petendi* é a razão ou o motivo pelo qual se exercita a ação.

Existem duas teorias sobre a causa de pedir: da individuação; da substanciação.

Pela teoria da *individuação*, basta ao autor indicar na petição inicial a causa próxima do pedido, consistente no seu fundamento jurídico.

Pela teoria da substanciação, deve o autor indicar na petição inicial a causa remota do pedido, ou seja, o fato constitutivo do seu direito, quanto à causa próxima, ou seja, o fundamento jurídico do pedido.⁶⁷

No sistema brasileiro, manda o inciso III do art. 282 do Código de Processo Civil que o autor indique na petição inicial o fato (causa remota) e os fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima), com o que adotou a *teoria da substanciação*. Assim, na ação de despejo, deverá o autor indicar o contrato de locação (causa remota) e a falta de pagamento de aluguéis (causa próxima).

Se, por acaso, não tiver êxito nessa ação, poderá o autor propor outra ação de despejo, indicando, desta feita, o contrato de locação (causa remota) e a necessidade do imóvel para uso próprio (causa próxima).

Apesar de a causa remota ou fato constitutivo do direito do autor, nas duas ações, ser a mesma (o contrato de locação), a causa próxima ou o fundamento jurídico é diferente (numa, a falta de pagamento; na outra, a necessidade do imóvel).

No que concerne à individualização das ações, duas ações são idênticas quando os seus elementos constitutivos são os mesmos, havendo identidade de partes, de objeto ou pedido e de causa de pedir. Se algum ou alguns desses elementos forem os mesmos, mas outro ou outros forem diferentes, ter-se-á uma conexão de causas, e não identidade de ações.

67 Não confundir “fundamento jurídico” do pedido com a indicação de preceitos legais (artigos de lei) que amparam a pretensão; aquele deve ser indicado pelo autor, sob pena de inépcia da petição inicial; estes são do conhecimento do juiz (*Da mihi factum, dabo tibi ius* = Dá-me o fato, dar-te-ei o direito; e *Iura novit curia* = O tribunal conhece o direito).

Bibliografia

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Las acciones en el derecho privado romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.
- ARCILA, Carlos Ramirez. **Teoría de la acción**. Bogotá: Temis, 1969.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEa, 1973. v. I.
- CARLOS, Eduardo B. **Introducción al estudio del derecho procesal**. Buenos Aires: EJEa, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del derecho procesal civil**. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. 3. ed. Madrid: REUS, 1977. t. I.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962 e 1969. v. I e II.
- _____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- _____. **Introducción al estudio del proceso civil**. Buenos Aires: EJEa, 1959.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986.
- GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: RT, 1972.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho judicial material**. Buenos Aires: EJEa, 1959.
- LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general de processo**. México: Textos Universitários, 1976.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- PUGLIESE, Giovanni. **Polemica sobre la “actio” – Introducción**, XII. Trad. de Tomás Banzhaf. Buenos Aires, EJEa, 1974.
- ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá e Buenos Aires: Temis e Depalma, 1969. t. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. I.
- WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEa, 1977. v. I.

7

PROBLEMÁTICA DO PROCESSO

Principais teorias sobre a natureza do processo: teorias privatistas e publicistas. Processo como contrato. Processo como quase contrato. Processo como instituição. Processo como situação jurídica. Processo como relação jurídica. Relação jurídica processual: características. Caracterização da relação processual. Pressupostos processuais: pressupostos de existência e pressupostos de validade. Questões sobre o processo. Conceito processual de exceção. Objeção processual.

Principais teorias sobre a natureza do processo: teorias privatistas e publicistas

Quando se trata de determinar a natureza jurídica do processo, a doutrina se divide em dois grandes grupos: *privatistas* e *publicistas*.

As teorias *privatistas* buscavam uma explicação para a natureza do processo no campo do direito privado, ou, mais precisamente, do direito civil; as teorias *publicistas* buscam explicar a natureza do processo à luz do direito público.

No grupo das *privatistas* se incluem as teorias do contrato e a do quase contrato;¹ e, no grupo das *publicistas*, as teorias do processo *como instituição*; processo *como relação jurídica*; e processo *como situação jurídica*.

O estudo dessas teorias é importante, tanto sob o aspecto teórico quanto prático, porque se, algum dia, alguém demonstrar que o processo é um contrato, daí decorrerão consequências práticas da maior importância, pois, na falta de alguma norma na regulação do processo, as normas subsidiárias serão as do direito civil, que regulam o contrato, no tocante à capacidade, à competência, à nulidade dos atos jurídicos etc.

Processo como contrato

Os adeptos dessa teoria identificavam o processo com o contrato, vendo a relação que interliga autor e réu no processo como idêntica à que une as partes contratantes.

1 A sua inspiração foi um fragmento romano “*De Peculio*”: *In iudicio quasi contrahimus* (Em juízo quase contratamos (Ugo Rocco).

No *contrato* existe um acordo de vontades entre os titulares do interesse subordinante e subordinado, tendo o primeiro o poder de exigir do segundo que satisfaça uma prestação que lhe é assegurada por lei.

No *processo*, as partes estariam ligadas pelo mesmo nexó que liga as partes no contrato.

A fonte de inspiração desta teoria foi um texto de Ulpiano:² “Em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações.”

Este *contrato judiciário* se originava da chamada *litiscontestatio*, quando ficava perfeito e acabado.

Na fase remota do direito romano, o Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução capaz de permitir-lhe impor a sua vontade às partes litigantes; pelo que se buscava uma justificação, para que a sentença pudesse ser imposta coercitivamente aos contendores. Isto se tornou possível com fundamento na *litiscontestatio*, pela qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo juiz.

A princípio a *litiscontestatio* era o ato pelo qual as pessoas que assistiram ao desenvolvimento do processo, na fase *in iure*, perante o pretor, testemunhavam (daí, *cum testari*)³ a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide; quando então se fixava a *res* (coisa demandada), a escolha do juiz e a obrigação que as partes voluntariamente assumiam de se submeter à decisão judicial que viesse a ser proferida.

Este foi o primeiro significado do fenômeno denominado “*litiscontestatio*”, no período das *ações da lei*.

Já, no período formulário (ou *per formulas*), a *litiscontestatio* passou a significar a tríplice operação pela qual o pretor entregava ao autor a fórmula e este a passava ao réu, que a aceitava. A partir da *litiscontestatio*, o autor renunciava à prestação que afirmava devida pelo réu, em troca do direito à condenação deste; e o réu, por sua vez, ficava liberado da prestação devida ao autor, em troca da sua submissão àquilo que fosse decidido pelo juiz.⁴ A partir deste momento, desaparecia qualquer relação de direito material entre as partes, pois os seus direitos e obrigações seriam aqueles que a sentença declarasse.

Esta teoria tem hoje mero sabor histórico, pois ninguém mais considera o processo como um contrato.⁵

2 *Sicut stipulatione contrahitur (...) ita iudicio contrahi*. Fragmento 3, § 11, *Digesto*: “*De Peculio*”, XV, 1: Ulpiano, *lib*, 29, *ad edictum* (Ugo Rocco).

3 “*Cum testari*” significa atestar com.

4 A doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, influenciada pela doutrina política do contrato social de Rousseau, continuou considerando o *iudicium* como sendo um contrato, *supondo* um acordo de vontades, ou uma convenção das partes, de aceitarem a decisão do juiz.

5 A *litiscontestatio*, de grande importância no processo romano, desapareceu por completo; o juiz não é mais mero árbitro, mas representante do Estado; a jurisdição é verdadeira função estatal, estando a ela sujeitas as partes envolvidas no conflito; os deveres processuais não decorrem

Processo como quase contrato

Os idealizadores desta teoria, assim como os contratualistas, foram buscar nas fontes romanas os seus fundamentos, inspirando-se também num fragmento romano, que traduzido resulta: “Em juízo quase contratamos.”

Os quase contratualistas viam na *litiscontestatio* um ato bilateral em si mesmo, pelo qual se atribuíam direitos a uns e obrigações a outros; mas, como, nela, o consentimento não era inteiramente livre, pois, se o réu se recusasse a comparecer perante o pretor, o autor poderia conduzi-lo à força.⁶ A *litiscontestatio* não apresentava, por isto, o caráter de um contrato, porque este supõe a liberdade de alguém de verificar a conveniência ou não de se sujeitar ao cumprimento de determinada obrigação.

Os idealizadores desta teoria buscaram também nas fontes das obrigações os fundamentos das suas concepções – no contrato, no quase contrato, no delito e no quase delito –, e, verificando que o processo não era um contrato, porque não resultava de um acordo livre de vontades; que também não era um delito, porque o litigante, ao ingressar em juízo, nada mais faz do que exercer um direito; e que não era, evidentemente, um quase delito; chegaram à conclusão de que somente poderia ser um *quase contrato*. Sucede que existia ainda uma quinta fonte das obrigações, que é a lei, mas para esta não atentaram os quase contratualistas.⁷

Na visão dos teóricos do quase contratualismo, se o processo não era um contrato, que pressupõe vontade livre, era algo semelhante a um contrato, como se fosse um contrato.

Demonstra Couture que esses autores cometeram um grave equívoco, quando da pesquisa nas fontes, porque a passagem que estaria no fragmento romano seria esta outra: “De fato, em juízo se contrai obrigações, assim como nos contratos com o filho”;⁸ o que demonstra que a figura não era exatamente a do quase contrato, mas a do contrato.⁹

de qualquer manifestação de vontade, expressa ou tácita das partes, mas da lei; independentemente da concordância das partes, o juiz profere decisão no processo; o *iudicium* não mais se aperfeiçoa com o comparecimento do réu, pelo que o não comparecimento deste não impede a formação da relação processual.

6 A esse ato se denominava “*in ius vocatio*”.

7 Ante o fracasso da doutrina do processo como contrato, pretendeu-se substituí-la pela do quase contrato, outra fonte das obrigações, esquecendo-se, seus autores, de que, se nestas devia encontrar-se similar (do processo), não podia ela ser outra senão a lei, já que o nexo que une as partes e o juiz tem sua origem na lei.

8 *De Peculio*: “*Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.*”

9 Falar-se em consenso presuntivo de vontades, como querem os quase contratualistas, seria falar-se em contrato e não em quase contrato (Hélio Tornaghi).

Processo como instituição

Esta teoria foi concebida pelo espanhol Jaime Guasp, que adotou para explicar a natureza do processo o conceito de *instituição*, criado e consolidado no âmbito das ciências sociais, mas já transposto para o campo da ciência do direito privado, assim consolidado pelos civilistas.

Mas o que é uma *instituição*?¹⁰

A princípio, as atividades do grupo eram exercidas livremente, segundo as conveniências de cada um ou de cada parcela do grupo, conveniências estas que levaram o grupo a selecionar alguns hábitos comuns, que considerava importantes para todos. Assim nascem os *folkways* (caminhos do povo), que são formas usuais de comportamento, mas sem o caráter de obrigatoriedade, pois quem quiser seguir os *folkways* que os siga, mas daí não resulta nenhuma sanção pela sua inobservância.

É claro que o cidadão, nascendo num determinado grupo social, torna-se inconscientemente herdeiro dos hábitos do grupo; mas ele não se limita a receber esses *folkways*, contribuindo sempre com algo novo, pelo que os *folkways* revelam certo dinamismo, sendo uma forma usual de comportamento, mas sem caráter obrigatório. No fundo, são modos de agir, sentir e pensar no meio social, mas quem quiser agir, pensar e sentir de modo contrário aos *folkways* que o faça, pois por isso não sofrerá nenhuma sanção.

À medida que os grupos sociais foram evoluindo, passaram a selecionar certos hábitos, mais favoráveis à vida grupal, procurando fazer com que todos adotassem esses modos de comportamento, através de pressões exercidas sobre seus membros, com o objetivo de obter a sua adesão. Assim, os *folkways* se elevam à categoria de *mores* (costumes).

A pressão que o grupo exerce sobre cada um de seus membros se reveste das mais variadas formas, como o repúdio, a vaia, o clamor público etc.

Destarte, os *mores* revelam modos de agir, sentir e pensar em sociedade, com certo caráter de obrigatoriedade, pelo que, se algum membro do grupo adota um comportamento contrário a esses *mores*, será repudiado pelos demais integrantes do grupo.

Os *mores* são, pois, padrões de comportamento com o caráter obrigatório, resultante da pressão exercida pelo próprio grupo social sobre cada um de seus membros, através daquelas atitudes, como o repúdio, a vaia etc.

A sociedade, contudo, não se revela muito exigente com os *mores*, mas reconhece a sua necessidade, e procura fazer com que todos se comportem de conformidade com eles, havendo certa dose de obrigatoriedade. Exemplo típico de *mores* é o cuidado que todos devem ter com os velhos, os doentes e as crianças.

10 Estas considerações são baseadas nas lições de Donald Pierson, na sua obra *Teoria e pesquisa em sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1981.

Com o evoluir do tempo, esses *mores* se elevam igualmente de categoria e se tornam tão importantes para a sociedade, que esta não pode prescindir deles, quando, então, se transformam em *instituição*.

As *instituições* são formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades; modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade, tão importantes para o grupo, que qualquer procedimento contrário resulta numa reprovação *específica*.

A instituição garante a si mesma, porque a própria comunidade a reputa indispensável à estabilidade social, e vela pela sua estabilidade; além de ser também tutelada pela lei.

No início da sociedade, o trabalho era visto como um *folkway*, isto é, trabalhava quem quisesse, e quem não quisesse não trabalhava. Depois, o trabalho passou a um *mores*; pois o cidadão que não trabalhava, que não adotava aquele modo comum de comportamento que o meio social reputava importante, sentia a repulsa do grupo. Hoje, o trabalho é uma *instituição*, porque a sociedade o considera fundamental para o seu progresso econômico, social etc. Temos, inclusive, normas que tutelam o trabalho e até uma justiça especializada para resolver controvérsias resultantes de contratos de trabalho. Além disso, a pessoa que não trabalha, e não possui meios para se manter, sofre uma sanção específica, aplicada por um órgão do meio social; pois pratica uma contravenção, que é vadiagem. Poderá sofrer uma punição, porque não adota aquela forma padronizada de comportamento que a sociedade reputa decisiva.

O processo é uma *instituição*?

Desde o momento em que o Estado proibiu a autodefesa dos próprios interesses, teria que dar algo em troca, tendo, então, assumido a tarefa de resolver os conflitos de interesses.

A ação e a jurisdição foram as moedas com as quais o Estado comprou dos particulares a renúncia à defesa privada.

Quem faz justiça pelas próprias mãos, mesmo para satisfazer pretensão legítima, pratica o crime punido pelo Código Penal, de exercício arbitrário das próprias razões;¹¹ salvo se a lei o permitir. Isso porque há um modo de agir em face de um conflito de interesses, que é através do processo.

Quando dois interesses entram em conflito, as pessoas nele envolvidas devem adotar aquela forma de comportamento, dirigindo-se ao juiz, pedindo-lhe que resolva o conflito.

A sociedade reputa o processo tão importante e decisivo que não abre mão dele como garantia de estabilidade da paz jurídica e do próprio ordenamento jurídico, a fim de que a tranquilidade social não seja perturbada. Então, o *processo* seria uma *instituição*.

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

Por “*instituição*” entende Guasp não somente o resultado de uma combinação de atos tendentes a um fim, como também “um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, à qual adere, seja ou não essa a sua finalidade específica, as diversas vontades dos sujeitos dos quais provém a referida atividade”.

A *instituição* se compõe, segundo ele, de dois elementos fundamentais, que são como a trama e a urdidura de um tecido: a *ideia objetiva*, situada fora e acima da vontade dos sujeitos; e o *conjunto* das vontades que se vinculam a essa ideia para lograr a sua realização.

Entendida dessa forma, não é difícil aplicar o conceito de *instituição* ao processo: a *ideia objetiva comum*, que nele aparece, é a concessão ou a denegação da pretensão; as *vontades que aderem a essa ideia* são as dos diversos sujeitos que atuam no processo, entre os quais a ideia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico.

Desta fundamentação, Guasp extrai as seguintes conclusões:

a) o processo é uma realidade jurídica de tendência permanente, podendo nascer e extinguir-se continuamente processos concretos, mas a ideia de atuação estatal de pretensões fundadas está sempre firme;

b) o processo tem caráter objetivo, pois sua existência se determina, não pela atuação das vontades das quais resulta a atividade que o compõem, mas pela relevância da ideia objetiva superior a essas vontades;

c) o processo não posiciona os sujeitos que nele intervêm num plano de igualdade ou de coordenação, senão num plano de desigualdade ou subordinação; sendo a ideia hierárquica também consubstancial com o conceito de processo;

d) o processo não é modificável no seu conteúdo pelas vontades dos sujeitos processuais, senão em certos e reduzidos limites, não podendo, de modo algum, alterar a ideia fundamental do mesmo;

e) o processo é adaptável à realidade de cada momento, sem que o respeito a situações subjetivas anteriores tenha a mesma força que tem na relação do tipo contratual.

O defeito desta teoria está no impreciso conceito de *instituição*, pois tudo afinal pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de *instituição*.

Couture chegou a flertar com esta teoria, escrevendo, inclusive, uma monografia intitulada **O processo como instituição jurídica**, expondo-a também na primeira edição dos seus **Fundamentos del derecho procesal civil**; mas, posteriormente, verificou que não era sustentável, e acabou por abandoná-la, passando a sustentar, de novo, a tese de que o processo é, na verdade, uma *relação jurídica*.

Processo como situação jurídica

A teoria do processo como *situação jurídica* (*Rechtslage*) foi concebida por Goldschmidt, jurista alemão, por não concordar com a teoria da relação jurídica

processual formulada originalmente por Bülow, e seguida por Hellwig e Köhler, tendo ele exposto as suas ideias na obra **O processo como situação jurídica: uma crítica do pensamento processual**.¹²

Goldschmidt não nega a existência da relação jurídica processual, observando, porém, que ela é insuficiente para atender às exigências do direito processual.

Aos litigantes em geral não assiste nenhuma *obrigação* de natureza processual; e a obrigação de julgar atribuída ao juiz é, enquanto dever de administrar justiça, uma manifestação da *relação política* do cidadão com o Estado; e que não deve ser confundida com o dever do Estado de outorgar proteção jurídica.

Os pressupostos processuais não são, na realidade, pressupostos do processo, se não *pressupostos prévios da sentença de fundo*, e que são resolvidos no processo.

A situação jurídica se diferencia da relação jurídica não só por seu conteúdo, mas também por depender, não da “existência”, mas da “evidência”, e, especialmente, da prova de seus pressupostos.¹³

O conceito de “situação jurídica” se deve a Köhler, que vê nela uma relação jurídica imperfeita; ou seja, uma “etapa” do nascimento ou desenvolvimento de um direito subjetivo, como, por exemplo, a situação dos contratantes, depois da oferta e antes da aceitação.

Embora Köhler aplique o conceito de situação jurídica ao direito privado, na realidade esse conceito é especificamente processual.

Esclarece, contudo, Goldschmidt, que a sua aplicação do conceito de situação jurídica ao direito material difere completamente da de Köhler, pois, para sua aplicação, o direito subjetivo privado tem que sofrer uma dupla metamorfose: em primeiro lugar, a transposição numa exigência de proteção jurídica; e, em segundo, a redução desta exigência a uma mera expectativa ou possibilidade processual.

Para Goldschmidt, as normas jurídicas têm uma dupla natureza: por um lado, representam imperativos dirigidos aos cidadãos; e, por outro, são medidas para o juízo do juiz.

Sob o primeiro aspecto, o direito subjetivo é considerado, na sua *feição estática* ou extraprocessual, como *norma de conduta*, e, na segunda, esse mesmo direito é considerado, na sua *feição dinâmica* ou processual, como *regra de julgamento*.

Sendo as normas jurídicas *imperativos* dirigidos aos cidadãos, aos quais eles têm de submeter-se, podem eles próprios julgar suas ações e relações, de conformidade com esses imperativos, caso em que se antecipam à tarefa judicial. Se o direito funciona como medida para o juízo do juiz, fica evidente que ele não figura nessa relação como súdito, mas como *soberano* do direito, sendo o direito, para

12 *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

13 Para Köhler, existe uma *situação jurídica* sempre que, antes de o direito subjetivo assumir veste concreta, surja algo de jurídico que possa ter alguma influência sobre a sua futura formação. Para Chiovenda, a *situação jurídica* distingue-se do *direito* “porque encerra um *elemento* do direito, ou de um efeito ou de um ato jurídico futuro”.

o juiz, o instrumento mediante o qual ele julga, do mesmo modo que – valha a metáfora – “o pedreiro se serve do prumo para endireitar o muro”. O juiz estabelece, por meio da lei, uma segunda ordem aos obrigados, e a particularidade da sua relação com o direito está em que ele aplica a lei não só para obedecer a ela, senão, também, com o caráter profissional. Quem concebe o direito como *medida para o juízo do juiz* não pode considerar o juiz como sujeito ou objeto de vínculos jurídicos com as partes.

Na teoria de Goldschmidt, adquire importância a feição *estática* e *dinâmica* do direito, porquanto é dessa forma que as diversas situações ocorrentes no processo se constituem “situações jurídicas”:¹⁴ a) expectativa de uma sentença favorável; b) perspectiva de uma sentença desfavorável; c) possibilidade ou ocasião processual); d) situação de encargo; e) dispensa de encargo.

a) A *expectativa de uma sentença favorável* depende regularmente de um ato processual anterior da parte interessada coroado de êxito, como, por exemplo, a situação da parte que aproveitou todas as ocasiões processuais; desincumbiu-se dos ônus que lhe cumpriam; ou beneficiou-se da situação de dispensa desses mesmos ônus. É uma situação identificada com a *expectativa de vitória*.

b) A *perspectiva de sentença desfavorável* resulta da omissão de um ato processual da parte interessada, principalmente nos processos informados pelo princípio dispositivo, como, por exemplo, a situação da parte que não aproveitou as ocasiões processuais; não cumpriu os ônus processuais que lhe cabiam; ou não se beneficiou da situação de dispensa dos ônus processuais. É uma situação que se identifica com a *perspectiva de derrota*.

c) A *situação de possibilidade* ou ocasião processual é aquela em que a parte se encontra capaz de proporcionar a si própria, mediante um ato seu, uma vantagem processual, de que pode resultar uma sentença favorável, como, por exemplo, a possibilidade de o autor fundamentar sua demanda; de propor provas a serem produzidas, especialmente apresentar documentos; de negar os fatos alegados pelo autor; de propor exceções dilatórias ou peremptórias; ou de replicar.

d) A *situação de encargo* ou de ônus processual é aquela em que se encontra a parte tendo que praticar um ato processual para prevenir um prejuízo no processo e uma eventual sentença desfavorável, como é, por exemplo, o ônus de contestar

14 Esse modo de considerar o direito, que converte todas as relações jurídicas em *situações jurídicas*, resulta da consideração do direito na sua feição *dinâmica*, em contraste com a sua feição *estática*. Reportando-se a Spengler (*La decadencia del occidente*), ilustra Goldschmidt essa diferença de enfoque: “Durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios e súditos é *estática*, constituindo um império intangível. Mas, quando explode a guerra, *tudo se encontra na ponta da espada*. Os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e encargos, e todo direito pode ser aniquilado por não ter sido aproveitada uma ocasião ou descumprido um ônus. Ao contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o gozo de um direito que na realidade não lhe compete. Tudo isso pode acontecer em relação ao direito material das partes e da situação em que as mesmas se encontram relativamente a ele, quando se formula um pleito judicial sobre ele” (Goldschmidt).

para não ser considerado revel; de comparecer para depor, para não ser tido por confesso; e de produzir provas.

e) A *situação de dispensa* de encargo ou de ônus processual resulta excepcionalmente da lei, que pode dispensar uma das partes de determinado ônus, numa situação em que normalmente teria que cumprir esse ônus, como é, por exemplo, a situação do autor, dispensado de provar o fato constitutivo do seu direito, que se presume verdadeiro em face da revelia do réu; e as presunções legais, que dispensam de prova os fatos favorecidos por ela.

A expectativa de uma vantagem processual, e, em consequência, de uma sentença favorável; a dispensa de um encargo processual ou ônus processual; e a possibilidade de se chegar a essa situação pela realização de um ato processual constituem *direitos* no sentido *processual* da palavra. Na verdade, não se trata de direitos propriamente ditos, senão de *situações* que se poderiam denominar com a palavra francesa: *chances*.

Essas três classes de *direitos processuais* correspondem às três classes de *direitos materiais* em que estes se distinguem: as *expectativas de uma vantagem processual* podem comparar-se aos *direitos relativos*, porque há um dever do juiz de satisfazê-las; as *dispensas de ônus processuais* se parecem com os *direitos absolutos*, porque se põe a salvo a liberdade da parte interessada contra qualquer prejuízo; e, por último, as *possibilidades de agir com êxito no processo* têm correspondência com os *direitos potestativos* ou *constitutivos*.

Por outro lado, a necessidade de atuar para prevenir um prejuízo processual, e, em consequência, uma sentença *desfavorável*, representa um ônus processual, categoria processual que corresponde ao *conceito material* de dever ou obrigação.

Para Calamandrei, Goldschmidt não descreve o processo como ele é *tecnicamente*, mas como se apresenta em suas deformações da realidade.¹⁵

Outro equívoco de Goldschmidt foi ter descuidado da posição que o juiz ocupa no processo, em que atuaria como representante do Estado, não havendo vínculos jurídicos entre ele e as partes, quando, na realidade, o juiz ocupa uma posição de destaque no processo, com deveres de caráter funcional para com o Estado; tendo, como qualquer sujeito do processo, poderes, mas também deveres processuais para com as partes.

Em que pesem as críticas feitas à *teoria da situação jurídica*, ela contribuiu para desvendar fenômenos processuais até então pouco esclarecidos, como o conceito de *ônus processual*, que, até então, em vez de uma *situação de encargo*, era considerado como uma obrigação das partes.¹⁶

15 A teoria de Goldschmidt valeu-lhe a crítica de Calamandrei, refutada pelo próprio autor no seu *Derecho procesal civil*, que considerou errônea a suposição de que o conceito de *situação jurídica* em geral e, em particular, o de *expectativa* juridicamente assegurada sejam de caráter sociológico.

16 Realmente, o *ônus* não é o mesmo que *obrigação*, porque, enquanto cumprir a obrigação é do interesse da outra parte, titular do interesse subordinante, cumprir o ônus é do interesse do próprio onerado.

Foi Goldschmidt que realçou a *situação jurídica de encargo*, em que se encontram as partes, no processo, vendo esses encargos como *imperativos do próprio interesse*.

Processo como relação jurídica

Esta teoria foi concebida por Oskar von Bülow, numa obra intitulada *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*,¹⁷ em que sustentou ser o processo *uma relação jurídica*, com o que alargou os horizontes para que o direito processual lograsse a sua autonomia científica.

Na verdade, Bülow não foi o criador do conceito de *relação jurídica*¹⁸ *processual*, vez que a intuição dessa relação jurídica já se continha em texto de Bulgarus: “*Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei.*”¹⁹

O grande mérito de Bülow não foi o de *criar*, mas o de *sistematizar*²⁰ a relação processual.

Logo no *prólogo* da sua obra, observou Bülow que a ciência processual civil tinha um largo caminho a percorrer para alcançar o progresso a que se havia chegado nos demais campos da ciência do direito; para o que era preciso o esforço de uma investigação dogmática livre.

Registrou, também, Bülow, que jaziam na penumbra as mais importantes e básicas ideias processuais, obscurecidas por uma construção conceitual inadequada e uma errônea terminologia, ambas herança do direito medieval, conservadas com a maior fidelidade e constância.

Na sua obra, Bülow tentou esclarecer alguns desses conceitos fundamentais, e a sua principal tarefa consistiu em afastar uma teoria equivocada e falseadora de todo o sistema processual civil, por culpa da qual estiveram aqueles conceitos, até então, totalmente ignorados.

Começa Bülow por assinalar que nunca houve dúvida de que o direito processual civil determina as faculdades e os deveres que põem em mútua vinculação as partes e o tribunal (juiz); mas, tem-se afirmado também que “o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma *relação jurídica*”.

Esta simples, mas importantíssima realidade, para o direito científico, sob qualquer ponto de vista, não tem sido, até agora, devidamente apreciada, nem sequer devidamente entendida. Costuma-se falar, tão somente, em relações de direito privado; mas a estas relações não pode ser referido o processo. Desde que os direitos e as obrigações processuais se passam entre os funcionários do Estado e os cidadãos; desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos; e desde que

17 Essa obra foi publicada em 1868, na cidade de Giessen, na Alemanha.

18 Essa ideia já fora notada por Hegel e afirmada por Bethmann-Holweg. CARLOS, Eduardo B. Op. cit. p. 137.

19 “Juízo (= processo) é o ato de três pessoas: juiz, autor e réu.”

20 Quer dizer, colocá-la no contexto de um sistema jurídico, como o processual.

as partes são consideradas no processo em virtude da sua vinculação e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público, e o processo resulta, portanto, numa *relação jurídica pública*.

Para Bülow, a *relação jurídica processual* se distingue das demais relações de direito por outra característica, que pode ter contribuído para o desconhecimento da sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma *relação jurídica* que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas, que constituem o objeto do debate judicial, se apresentam como totalmente concluídas, por ocasião do processo, a relação jurídica processual está apenas começando, ainda no seu embrião.²¹

Em vez de considerar o processo como uma relação de *direito público*, que se *desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes*, a doutrina tem destacado unicamente aquele aspecto da noção de processo que salta à vista da maioria, a sua marcha ou avanço gradual, ou seja, o *procedimento*; unilateralidade esta que, além de ter sua origem na jurisprudência romana da Idade Média, foi favorecida por uma concepção germânica do direito.

Lamentavelmente se tem feito da palavra “processo” um monumento imperecível e um ponto de apoio muito difícil de derrubar; e quem pretenda extrair dela a ideia será levado pelo vocábulo “processo” por um caminho, senão falso, bastante estreito. Os juristas romanos, contudo, não se contentaram com a ideia superficial do processo, como pura série de atos do juiz e das partes, concebendo a sua natureza como uma relação jurídica unitária²² (*judicium*).

Sendo o processo uma relação jurídica, prossegue Bülow, apresentam-se, na ciência processual, análogos problemas aos que surgiram e foram resolvidos, tempos antes, relativamente às demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve, antes de tudo, dar uma resposta à questão relacionada aos requisitos a que se sujeita o seu nascimento, sendo preciso saber entre que pessoas essa relação se pode formar; a que objeto se refere; que ato ou fato é necessário para seu surgimento; e quem é capaz ou está facultado a realizar tal ato.

Estes problemas devem colocar-se, também, na *relação processual*, e não se mostram menos apropriados e fecundos do que se mostraram nas relações jurídicas privadas, na medida em que também, aqui, a atenção se dirige a uma série de importantes preceitos legais estreitamente unidos, como as *prescrições* sobre: a) a competência, capacidade e insuspeição do *juiz*; a capacidade processual das *par-*

21 A relação processual é formada por meio de atos particulares; só se aperfeiçoa com a *litiscontestação*, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e, de outro, as partes se obrigam a prestar uma colaboração indispensável para isso, e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Também esta posterior atividade resulta numa série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros (Bülow).

22 Poder-se-ia, seguindo a tradição, ter feito predominar o procedimento na definição do processo, se não se tivesse descuidado de mostrar a relação processual como a outra parte da sua noção (Bülow).

tes; a pessoa legitimada para estar em juízo e a legitimação de seu *representante*; b) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma *matéria litigiosa civil*; c) a redação e comunicação ou notificação da *demand*a e a obrigação do autor por cauções processuais; e d) *a ordem* entre vários processos.

Estas prescrições devem fixar os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para o desenvolvimento da relação processual; precisar entre que *pessoas* se forma; sobre que *matéria* versa; por meio de que *atos*, e em que *momento* se constitui; pois um defeito em qualquer dessas relações impediria o surgimento do processo.

Em resumo, acrescenta Bülow, nesses princípios estão contidos os *elementos constitutivos da relação jurídica processual*; ideia tão pouco considerada até hoje, que nem uma vez tem sido designada com um nome definido; pelo que propôs, como tal, a expressão “*pressupostos processuais*”.²³

Para melhor compreender o “processo” e distingui-lo do “procedimento”, tome-se um exemplo bastante sugestivo, que, evidentemente, não foi dado por Bülow, mas ajuda a separar os dois conceitos: uma pessoa e a sua indumentária.²⁴

Se uma pessoa “x” for convidada para uma apresentação no Teatro Municipal, deverá apresentar-se adequadamente vestida, de acordo com as normas protocolares, provavelmente um traje esporte fino; se a mesma pessoa for convidada para um piquenique na Floresta da Tijuca, usará um traje mais adequado, como uma calça *jeans* e camisa; se a mesma pessoa for convidada para um banho de mar, lá estará de sunga e camiseta. Nesse exemplo, a pessoa não mudou, é sempre “x”, mas a vestimenta variou conforme as circunstâncias. Pois bem: a pessoa “x” é o “*processo*”; a indumentária é o “*procedimento*”.

No processo, são praticados tantos atos processuais quantos necessários para o atingimento do seu fim, conforme a lide a ser solucionada; atos estes que serão “x”, “y” ou “z”, conforme o objetivo a ser alcançado pelo demandante.

Essa a razão por que a lei disciplina o *processo* e os respectivos *procedimentos*; de modo que, no exemplo retro, considerada *a pessoa como sendo o processo* e a *indumentária como sendo o procedimento*, ter-se-ia que: o traje esporte fino é o *procedimento especial*; a calça jeans e camisa, o *procedimento ordinário*; e a sunga e camiseta, o *procedimento sumário*.

A *teoria da relação processual* serviu para distinguir dois aspectos da maior relevância na determinação da natureza do processo, demonstrando que uma coisa é o seu aspecto intrínseco (interior), caracterizado pela própria relação jurídica processual; e, coisa diversa, o seu aspecto extrínseco (exterior), caracterizado pela forma como essa mesma relação se apresenta e se desenvolve em juízo. Apenas

23 Bülow não “fechou questão” quanto à denominação por ele sugerida, de “pressupostos processuais” em vez de “exceções processuais impeditivas”, dizendo expressamente, ao final de sua obra, que poderia ser “outra expressão que expressasse melhor o conceito a interpretar”.

24 A indumentária é a roupa, vestuário ou vestimenta.

sob este segundo aspecto é possível perceber a existência de um processo em curso, porque é o que se revela aos olhos do observador.

Serviu, também, essa teoria para demonstrar a substancial diferença entre a *relação jurídica material* e a *relação jurídica processual*, cada qual sujeita a pressupostos próprios e normatização jurídica própria; pois, enquanto a primeira está disciplinada pelo *direito material*, a segunda é regulada pelo *direito processual*; se bem que existam normas heterotópicas,²⁵ que, sendo de direito material, estão no direito processual e vice-versa.

Quando o autor propõe uma demanda em juízo, forma-se uma relação jurídica entre ele e o juiz; com a citação do réu, esta relação jurídica se completa, ligando o réu ao juiz; e todos são, enquanto sujeitos processuais, titulares de direitos, poderes e faculdades, e os correspondentes, deveres, sujeições e ônus.²⁶ Portanto, quando postas as partes em confronto, no processo, forma-se entre os sujeitos processuais uma relação jurídica, que não é vista a olho nu, mas que se encarrega de uni-los, e só se extinguirá com o trânsito em julgado da sentença. A esse fenômeno é que se chama relação jurídica processual ou simplesmente processo.

A concepção do processo como *relação jurídica* é hoje dominante na doutrina, sendo que, para uns, o processo é uma relação jurídica (Bülow), enquanto, para outros, ele *contém* uma relação jurídica (Chiovenda).

Relação jurídica processual: características

A relação jurídica processual apresenta as seguintes características, que a distinguem da relação jurídica material: *a)* autonomia; *b)* caráter público; *c)* progressividade; *d)* complexidade; *e)* unicidade; *f)* triangularidade.

a) Autonomia – A relação jurídica processual é autônoma, quer dizer, distinta da relação de direito material, com a qual não se confunde. Por serem autônomas, existem normas que regulam a relação processual e normas que regulam a relação material. As que disciplinam a relação jurídica processual são normas *instrumentais*, que a doutrina clássica chamava, impropriamente, de normas adjetivas; e as que regulam a relação jurídica material são normas *substanciais*.

b) Caráter público – A relação de direito material pode ser pública, quando regulada pelo direito público, e privada, quando regulada pelo direito privado.

O Estado, muitas vezes, ao praticar atos jurídicos, se mantém em pé de igualdade com o particular, como, por exemplo, quando celebra um contrato de compra e venda, segundo as normas de direito civil; caso em que se despe das suas prerrogativas, praticando *atos de gestão*.

25 Diz-se “heterotópica” a norma que está em posição ou localização diferente da usual.

26 Doutrina João Mendes de Almeida Júnior que o processo é uma direção no movimento, enquanto o procedimento é o modo de mover e a forma em que é movido o ato, salientando que o sufixo nominal *mentum*, em sua derivação etimológica, exprime os atos no *modo de fazê-los* e na *forma em que são feitos*.

A relação jurídica que une o credor ao devedor é uma relação jurídica *privada*, regulada pelo direito privado, como a relação de locação, de compra e venda, de comodato etc.

Já a relação jurídica decorrente do poder de punir do Estado é uma relação jurídica material *pública*, porque regida pelo direito público; e porque, ao poder punitivo do Estado, se opõe o direito de liberdade do réu. Também a relação jurídica tributária é uma relação jurídica pública, porque regulada pelo direito público, que é o direito tributário.

A relação jurídica processual, porém, é *essencialmente pública*, não podendo assumir o caráter de relação privada, porque dela participa o Estado na sua condição de ente soberano, sendo o processo o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública, que é a função jurisdicional. Às vezes, instaura-se uma demanda para resolver sobre lide, sobre relação jurídica material privada, mas a relação jurídica processual, que se forma para proporcionar uma sentença, é pública, porquanto regida pelo direito público, que é o direito processual. Quando se instaura uma demanda para resolver sobre uma relação jurídica pública, também pública será a relação jurídica processual.

Relação jurídica pública é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos nela envolvidos, um dos quais se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais, exatamente o que acontece no processo, em que a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, que dela participa como ente soberano.

Progressividade – A relação jurídica material é *estática*, de modo que, se alguém, por exemplo, vai a uma loja comprar sapatos; pergunta o preço dos sapatos; e aceita pagar o preço, no momento em que comprador e vendedor acordam quanto à coisa e ao preço, o contrato de compra e venda está perfeito e acabado. Tem-se uma relação jurídica material, nela existindo seus elementos fundamentais: a coisa, o preço e o consenso.

A relação jurídica processual, ao contrário, é uma relação *progressiva* ou *dinâmica*, sendo o seu clima o movimento, nascendo com o primeiro ato que lhe dá vida, como a petição inicial ou a denúncia, e os demais atos não fazem senão desdobrar essa relação processual, até alcançar a sentença. Por isso se diz que ela se reveste de *progressividade* ou *dinamicidade*, ou seja, uma relação mutante, em constante movimento.

Complexidade – A relação jurídica *material* se apresenta, na sua feição mais simples, interligando apenas dois sujeitos, o titular do interesse subordinante e o titular do interesse subordinado, nela se contendo um único direito ou uma única obrigação. Outras vezes se apresenta numa feição mais complexa, nela se contendo vários direitos e várias obrigações.

Na relação de compra e venda, por exemplo, o vendedor é credor do preço, mas obrigado à entrega da coisa vendida; tendo o devedor direito à coisa comprada, mas sendo devedor do preço.

A *relação jurídica processual*, por seu turno, é uma *relação jurídica complexa*, porque, uma vez formada, não resulta para as partes apenas um único direito ou um único dever, contendo-se nela um complexo de faculdades, direitos e poderes, e os correspondentes deveres, sujeições e ônus, que vão surgindo desde o momento em que ela nasce até o instante em que se extingue. À medida que essa relação vai se desenvolvendo, um ato gera outro, sucessivamente, até alcançar a sentença da causa.

No processo, o autor não é sujeito apenas de direitos, mas também de obrigações, e ainda de encargos ou ônus processuais; e o réu não é apenas sujeito de obrigações, mas também de direitos e de encargos e ônus processuais. O juiz, sujeito imparcial do processo, não possui apenas poderes, mas também deveres, obrigado à prestação jurisdicional. De tudo isso resulta o caráter de complexidade da relação processual, que é uma decorrência da sua progressividade.

Unicidade – Apesar da complexidade da relação processual, os atos praticados por força dessa relação se unem pelo objetivo comum, pelo que Chiovenda afirmou ser processo uma *unidade jurídica*.

A relação jurídica processual é sempre a mesma, em que pesem as modificações *subjetivas* ou *objetivas* por que possa passar no curso do procedimento. Suponha-se que o autor mova uma ação reivindicatória de imóvel contra o réu, vindo este a falecer no curso do processo, impondo-se a intimação dos seus herdeiros para ocupar o seu lugar na relação processual. Houve aí uma modificação subjetiva da lide, mas a relação processual em si não se alterou. Às vezes, onde havia um único réu, passam a existir vários réus, e onde havia vários réus passa a existir um só. Suponha-se, também, que o juiz, um dos sujeitos da relação processual, venha a se aposentar, vindo outro a ocupar o seu lugar, na condição de órgão jurisdicional investido de jurisdição. A relação processual, contudo, continuará a mesma, não se alterando por ter havido a saída de um juiz e a entrada de outro. Nisto consiste a índole *unitária* da relação processual, em que os vários atos praticados se unem pelo escopo comum, que é a prestação jurisdicional devida pelo Estado.²⁷

Triangularidade – A relação jurídica processual é uma relação entre três sujeitos: autor, juiz e réu,²⁸ o que lhe imprime um *caráter triplíce*, denotando a presença de vínculos de reciprocidade entre autor e juiz, entre juiz e réu, e entre autor e réu.

Não é pacífica na doutrina essa característica da relação processual, havendo quem afirme ser ela, na verdade, uma relação *angular*.

27 Essa unidade tem na lei e no juiz um conceito harmônico: a sentença justa, mediante a atuação do direito objetivo. Nos litigantes, isto não acontece; os atos de unidade no sentido finalista, de aspiração à sentença, senão que, em muitos casos, enquanto um aspira à sentença definitiva, o outro procura impedi-la mediante exceções dilatórias e incidentes (Podetti).

28 “*Iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*”: Juízo (= processo) é o ato de três pessoas: juiz, autor e réu.

Caracterização da relação processual

As ideias de Bülow, expostas na sua teoria da relação processual, foram, posteriormente, desenvolvidas pelos teóricos do direito, sobretudo para determinar quais os sujeitos interligados por essa relação.

Três teorias²⁹ surgiram para caracterizar a relação processual: a) teoria linear; b) teoria angular; e c) teoria triangular.

a) A *teoria linear* da relação processual foi defendida por Köhler, para quem havia uma relação jurídica no processo, distinta da relação de direito material que se pretendia fazer valer em juízo, mas que interligava apenas o autor e o réu, não alcançando o juiz.

Graficamente, seria assim:

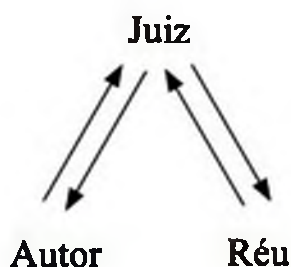


b) A *teoria angular* da relação processual foi sustentada por Hellwig, afirmando que a relação jurídica no processo interliga apenas os sujeitos parciais ao juiz.

Para essa teoria, quando o autor se dirige ao juiz, forma-se uma relação entre autor e juiz, mas, quando o juiz manda citar o réu, nasce a relação entre juiz e réu, completando-se a relação jurídica que então se *angulariza*.

Para Hellwig, a relação que se forma no processo liga apenas autor e juiz e juiz e réu, não havendo nenhuma relação entre autor e réu.

Graficamente, seria assim:



Esta teoria mereceu a adesão de eminentes processualistas mineiros, como Amílcar de Castro e Celso Agrícola Barbi.

c) A *teoria triangular* da relação processual foi exposta por Bülow e seguida também por Wach, sustentando que a relação jurídica que se forma no processo alcança todos os sujeitos processuais, reciprocamente considerados: autor e juiz; juiz e réu; e autor e réu.

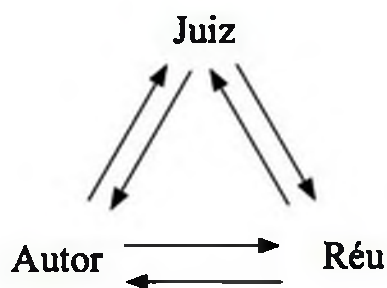
Essa relação se forma, inicialmente, entre o autor e o juiz, quando aquele se dirige a este, pedindo-lhe a tutela jurisdicional para o seu direito, numa perspectiva

29 Esses gráficos teriam sido expostos pela primeira vez por Hellwig.

linear; vindo, posteriormente, com a citação do réu para responder ao pedido, a se angularizar; e, ato contínuo, se *triangulariza*, ficando todos os sujeitos do processo vinculados por essa relação jurídica.

Para Bülow e Wach a relação que se forma no processo une autor e juiz; juiz e réu; e autor e réu, numa perspectiva de íntima reciprocidade, ficando, por isso, conhecida como concepção triangular da relação processual.

Graficamente, seria assim:



No campo das ideias, os *triangularistas* combatem a angularidade da relação jurídica processual, porque as partes têm o dever de lealdade processual recíproca; estão sujeitas ao pagamento das custas processuais; podem convencionar a suspensão do processo; podem transacionar, quando a lide versa sobre interesses transigíveis; e até extinguir a relação jurídica processual, sem que o juiz possa impedi-lo.

A esses argumentos, rebatem os *angularistas* que não existe nenhuma relação entre o autor e o réu, porque tudo no processo se passa por intermédio do juiz.

Do ponto de vista do direito positivo, a posição *angularista* é desmentida pelo Código de Processo Civil, que reza, textualmente, que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais;³⁰ mas do ponto de vista prático tem razão, porque nada realmente acontece no processo sem que o juiz não queira.

Pressupostos processuais: pressupostos de existência e pressupostos de validade

A relação jurídica *in generi* é vínculo regulado por lei entre dois ou mais sujeitos, titulares de direitos e obrigações.

Se esses direitos e obrigações surgem em decorrência de uma providência jurisdicional invocada, ou em virtude de atividade do autor, do réu, ou do juiz, tem-se uma *relação jurídica processual*; relação esta que nasce, desenvolve-se e se extingue de acordo com a lei que a disciplina.

30 Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

A relação processual adquire uma roupagem externa, e se manifesta, em cada caso, de acordo com a ordem imposta pelo direito objetivo, segundo determinado procedimento.

As normas reguladoras do processo são chamadas “normas jurídicas processuais” e se contêm nos Códigos de Processo Civil e Penal, e na Consolidação das Leis do Trabalho, conforme a natureza da causa.

Essa relação processual não se exterioriza da mesma forma nas esferas civil, penal e trabalhista; do que resulta uma diversidade de *procedimentos* ou *ritos*, conforme a lide a ser composta pela providência jurisdicional.

No *processo penal*, de rito ordinário e sumário, oferecida a denúncia, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebe-a e manda citar o acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias (CPP, art. 396, *caput*), quando deverá especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas (CPP, art. 396-A, *caput*), seguindo-se a audiência de instrução e julgamento, para a inquirição de testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, sendo, em seguida, interrogado o acusado (CPP, art. 400), oferecidas as alegações finais, proferindo o juiz a sentença (CPP, art. 403, *caput*).

No *processo civil*, de rito ordinário, após o recebimento da petição inicial do autor, procede-se à citação do réu para responder à demanda; seguindo-se a réplica, se for o caso; o saneamento do processo; instrução e sentença.

Qualquer que seja o processo, civil, penal ou trabalhista, é sempre uma relação jurídica, estando a diversidade nos procedimentos, que lhes imprime um colorido diferente, conforme a natureza da lide que forma o objeto do processo. Por isso se afirma que o processo não se modifica porque a lide a ser composta pela providência jurisdicional seja penal ou extrapenal, porque a relação processual como entidade lógico jurídica é uma só, como instrumento de atuação do Estado-juiz na composição dos conflitos de interesses (Couture).

No campo penal, não foi difícil a aceitação da *relação jurídica processual*, porque convinha ao interesse do próprio Estado agasalhar essa doutrina, que transformava o réu, de objeto do processo penal, na confortável posição de sujeito de direito na relação processual.

O processo, como conceito lógico-jurídico, pode existir na mente de qualquer um, mas, para que exista, *concretamente*, no mundo dos fatos, impõe a lei o preenchimento de certos *requisitos*, sem os quais não existirá; requisitos estes que a doutrina, a partir de Bülow, convencionou chamar de *pressupostos processuais de existência* do processo.

Mas, embora existente o processo, precisa, para ser válido, de preencher outros requisitos que lhe garantam eficácia, aos quais a doutrina, também a partir de Bülow, convencionou chamar de *pressupostos processuais de validade* do processo.

Entre os *pressupostos de existência*, alinham-se duas categorias: a) pressupostos *subjetivos*; e b) pressupostos *objetivos*.

Os pressupostos subjetivos dizem respeito aos sujeitos do processo; e os pressupostos objetivos concernem ao seu objeto.

Como *pressupostos subjetivos de existência* do processo figuram: *juiz e partes* (autor e réu).

Não pode existir *processo* sem a existência de um órgão estatal investido de jurisdição, incumbido de compor os conflitos de interesses, no caso o juiz; da mesma forma que não pode haver *processo* sem a existência de *partes* (autor e réu),³¹ pois haverá sempre necessidade de alguém se dirigir ao juiz, pedindo a tutela para o seu direito em face de outrem (*Nemo iudex sine actore*).³²

Não pode haver processo sem a presença de autor, juiz e réu, porque, segundo a concepção dominante, a relação jurídica processual é um vínculo de, no mínimo, três sujeitos: autor, juiz e réu.

Se o réu for revel, não atendendo à citação, nem por isto terá deixado de haver um réu, porque há um réu que se fez contumaz, e não se defendeu; podendo, no entanto, mesmo sem ter contestado a ação, intervir no processo a qualquer tempo, pegando-o no estado em que se encontra³³ (CPC, art. 322, parágrafo único).³⁴

Para o processo *existir* tem, ainda, que atender a um *pressuposto objetivo*, que é a *lide*, pois esta é a razão de ser do processo.

A lide é, sabidamente, o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”; o conteúdo objetivo do processo; porque é para resolver a lide que se instaura o processo.

Estando presentes estes pressupostos, subjetivos e objetivos, *existirá* um processo, porque foram preenchidos os chamados *pressupostos processuais de existência*; mas, apesar de existir no mundo dos fatos, pode ser que não seja válido, pelo que ao lado desses pressupostos a doutrina alinha os chamados *pressupostos de validade da relação processual*.³⁵

31 Chiovenda conceituou como parte aquele que pede em seu próprio nome ou em cujo nome é pedida (autor) a atuação de uma vontade da lei e aquele em face de quem esta atuação é pedida (réu).

32 “Não há juiz sem autor”. No entanto, no âmbito penal, o juiz pode conceder *habeas corpus*, independentemente de pedido.

33 O que não pode o réu é pretender praticar atos processuais que não praticou no momento oportuno; isto devido a um fenômeno que ocorre no processo, chamado “preclusão”. Mas, a partir do momento da sua intervenção, poderá praticar atos processuais, se em tempo. Pode ser que o réu não conteste a ação, porque entenda absurdo o pedido do autor, mas vê, surpreso, esse pedido julgado procedente. Mesmo tendo sido revel, poderá manifestar recurso para o tribunal.

34 Art. 322 (...) Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

35 Para Bülow, toda relação processual depende de requisitos de admissibilidade, que determinam entre que *pessoas* ela se forma, sobre que *matéria*, por meio de que *atos* e em que *momento* pode dar-se um processo. Nestes princípios estão contidos elementos constitutivos da relação jurídica processual. Propõe Bülow chamá-los de pressupostos processuais, substituindo por este conceito o de “exceções processuais”. Arrola no elenco dos pressupostos processuais: *a*) competência capacidade, insuspeição do tribunal, capacidade processual das partes (legitimação) e legitimação de seu representante; *b*) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa; *c*) redação e comunicação (ou notificação) da demanda, e a obrigação do autor pelas despesas processuais; *d*) a ordem entre os vários processos.

Entre os pressupostos de validade ou de validez, alinham-se igualmente duas categorias: a) pressupostos *subjetivos*; e b) pressupostos *objetivos*.

Igualmente, aqui, os pressupostos subjetivos dizem respeito aos sujeitos do processo; e os pressupostos objetivos, ao seu objeto.

Os pressupostos *de validade* subjetivos também dizem respeito aos sujeitos processuais: *partes (autor e réu) e juiz*.

No que concerne às partes, destas se exige a capacidade jurídica; pelo que as partes devem ser juridicamente capazes.

A capacidade jurídica das partes no campo processual é vista sob três aspectos: a) capacidade de ser parte; b) capacidade para estar em juízo; e c) capacidade postulatória.

A *capacidade de ser parte* corresponde, no direito civil, à capacidade de ser titular de direito; sendo que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, e até certos entes formais, como o espólio, a massa falida etc., são sujeitos de direito e, consequentemente, possuem capacidade de ser parte em juízo. Assim, podem ser sujeitos de direito os relativamente capazes, os absolutamente incapazes, e até o nascituro, cujos direitos são preservados desde a concepção (Cód. Civil, art. 2º),³⁶ com a condição de nascerem com vida.

A *capacidade para estar em juízo* corresponde, no direito civil, à capacidade de exercício; de exercer, por si mesmo, os seus direitos, sem intermediários; de modo que a possui quem tenha capacidade civil plena, como o maior de 18 anos (Cód. Civil, art. 5º), podendo exercer, ele próprio, o seu próprio direito.

Outras pessoas, apesar de terem a capacidade de ser parte, de serem sujeitos de direito, não podem exercer, elas mesmas, esses direitos; não podendo praticar atos processuais válidos, sem o preenchimento de certas condições, que, no processo, é estarem representadas (os absolutamente incapazes) ou assistidas (os relativamente incapazes) por seus representantes legais (pais, tutores, curadores).

Os relativamente capazes podem praticar atos processuais válidos, desde que assistidos por seus representantes legais, exigindo a lei uma complementação da sua capacidade, o que se dá através do instituto da *assistência*; enquanto os absolutamente incapazes não possuem capacidade para estar em juízo, somente podendo fazê-lo por intermédio dos seus representantes legais, através da *representação*. Exemplificando: o maior de 16 e menor de 18 anos pode praticar atos processuais, desde que o faça com a assistência do seu representante legal; já o menor de 16 anos deverá ser representado por seu representante legal, pai, mãe, tutor etc.³⁷

36 Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

37 O *relativamente* incapaz pode outorgar procuração *ad judicia* por instrumento particular, assinado também pelo seu representante legal, não necessitando de reconhecimento de firma. No caso

À capacidade para estar em juízo dá-se o nome de *capacidade processual*, ou seja, de praticar atos processuais válidos; sendo que apenas os *absolutamente capazes* possuem a capacidade processual plena; os relativamente capazes possuem capacidade processual limitada e os absolutamente incapazes são totalmente destituídos de capacidade processual.³⁸

A identificação das partes no processo tem grande importância sob vários aspectos, como, por exemplo, para fins de condenação nas custas, de coisa julgada, de litispendência etc.

A *capacidade postulatória* é a capacidade para requerer em juízo, necessitando as partes ser representadas no processo por advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.³⁹

No que concerne ao juiz, a validade da relação processual depende de estar ele investido de jurisdição;⁴⁰ e, além de ter jurisdição, que seja *competente*.

Nem todo juiz, pelo fato de ser juiz, tem jurisdição para processar e julgar uma causa; pelo que um juiz de vara cível não pode julgar ação penal, nem o juiz de vara criminal julgar ação cível; salvo, evidentemente, se estiver cumulando as funções de juiz cível e criminal.

Sendo a competência *a medida da jurisdição*, sempre que um juiz for competente para processar e julgar uma causa terá também jurisdição sobre ela.

Exige-se ainda, para validade do processo, que *o juiz seja imparcial*, desinteressado daquilo que constitua objeto de disputa entre os litigantes, resultando a imparcialidade do órgão jurisdicional numa garantia da ordem pública: garantia das partes, que terão a lide solucionada com justiça; do Estado, que quer que a lei seja aplicada corretamente; e do próprio juiz, que ficará a coberto de qualquer suspeita de arbítrio ou parcialidade. O interesse do órgão jurisdicional é um interesse *de ordem secundária*, em oposição aos interesses das partes, que são de ordem primária, ou seja, que a lide seja resolvida de acordo com a vontade do Estado expressa na lei.

A *imparcialidade* do juiz resulta de circunstâncias negativas, pois deverão estar ausentes, não podendo ser ele *nem impedido* (CPC, art. 134)⁴¹ e *nem suspeito*

do absolutamente incapaz, a procuração é outorgada apenas pelo seu representante legal, nas mesmas condições e não necessariamente por instrumento público.

38 Numa ação de alimentos, por exemplo, o menor possui capacidade de ser parte, pelo que será o autor, mas, por não ter capacidade processual, será representado por sua genitora ou quem legalmente o represente. Assim, tecnicamente, deve a petição inicial dizer: “Fulano de tal, brasileiro, menor, legalmente representado por sua genitora etc.”

39 Isto quando não disponham, elas próprias, do *ius postulandi* para agir em juízo, como sucede na reclamação trabalhista, nos juizados especiais e no *habeas corpus*.

40 O juiz perde a jurisdição na vara quando é aposentado, licenciado, afastado etc.

41 Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou

(CPC, art. 135).⁴² Assim, são pressupostos de validade da relação processual que o juiz seja *desimpedido e insuspeito*.

No que concerne à lide, exige-se, para a validade da relação processual, que ela seja *original*, o que significa que não esteja em curso em juízo, o que caracteriza a litispendência, e nem tenha sobre ela nenhum juiz proferido sentença. Assim, são pressupostos de validade da relação processual duas condições negativas, quais sejam, a *ausência de litispendência* e a *ausência de coisa julgada*.

Se o autor move uma demanda contra o réu, e, achando que a solução está demorando, ajuíza outra com o mesmo objeto, a segunda demanda não terá condições de prosperar, porque haverá uma lide pendente de julgamento, devendo o processo relativo a essa última ser extinto sem resolução de mérito.

Por outro lado, se uma lide já foi definitivamente julgada pelo órgão jurisdicional, não poderá ser objeto de novo processo, em virtude de um fenômeno denominado coisa julgada.⁴³

Graficamente, são os seguintes os pressupostos⁴⁴ de existência e de validade da relação processual:

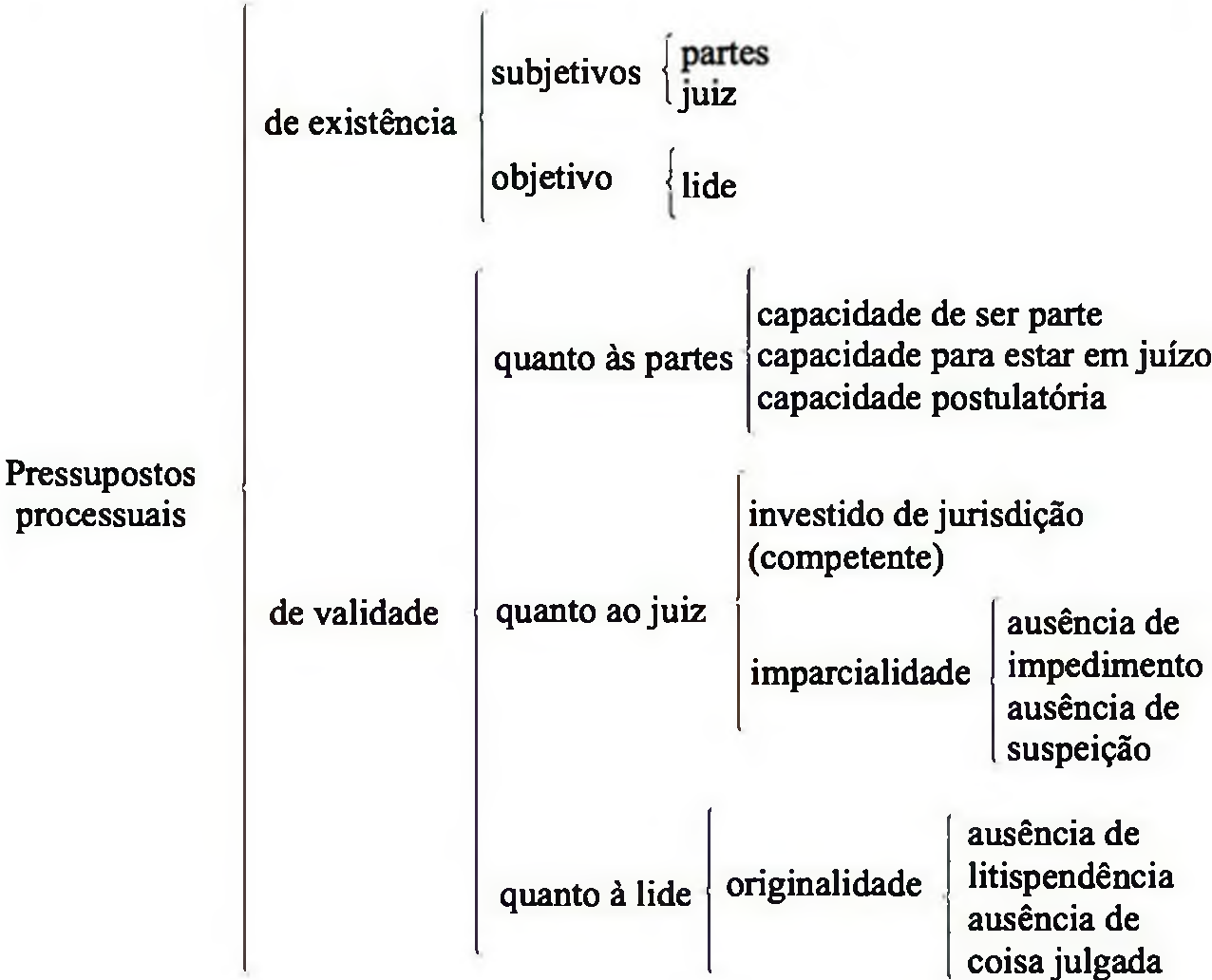
como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele tiver postulado como advogado da parte, ou seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até terceiro grau; V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou na colateral, até terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. (...)

42 Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou colateral, até terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo

43 Salvo o exercício de eventual ação rescisória, perante o Tribunal.

44 A expressão “pressupostos processuais” parece inadequada a Lopes da Costa, pois “pressuposto de uma coisa, de um fato, de um fenômeno, é uma circunstância prévia que lhe condiciona a existência. Ora, as qualidades de que se deve revestir o processo não são prévias a ele, não lhe são externas, mas internas a ele, inseparáveis. Não são pressupostos, são requisitos”. Daí ter proposto esse processualista distinguirem-se os requisitos do processo válido dos requisitos que, para sua validade, devem preencher os atos processuais. Adotando-se a distinção entre pressupostos de existência e pressupostos de validade, vê-se que a expressão não é imprópria como poderia parecer.



Questões sobre o processo. Conceito processual de exceção. Objeção processual

O processo, para existir e desenvolver-se validamente, está sujeito à observância de determinados pressupostos, batizados originalmente por Bülow como “pressupostos processuais”; sendo requisitos sem os quais o processo não alcança aquele grau de maturidade capaz de proporcionar uma *justa composição da lide* (Carnelutti).

Qualquer alegação das partes sobre a ausência de pressupostos processuais, ou mesmo qualquer dúvida posta pelo juiz sobre a sua existência, configura uma *questão sobre o processo*, que deve ser resolvida antes de qualquer outra questão, e, evidentemente, do próprio mérito.

As questões sobre o processo são chamadas de *preliminares* ou *prévias*, porque antecedem todas as demais, sobre as condições da ação e sobre o mérito da causa.

Os defeitos que possam ocorrer por ausência de algum pressuposto processual não determinam de imediato a extinção do processo, sendo, sempre, proporcionada

às partes a oportunidade para sanar o defeito ou corrigir as falhas; dado que o processo, qualquer que seja o seu conteúdo (civil, trabalhista ou penal), é governado pelo *princípio da economia processual*.⁴⁵

O vocábulo *exceção*, em sentido amplo, é sinônimo de defesa; pelo que se afirma que ao direito de ação do autor corresponde o direito de exceção do réu, sendo uma exceção *lato sensu* qualquer resistência oposta pelo réu, no processo, à pretensão do autor.⁴⁶

Por ocasião da defesa, pode o réu, além de contestar a pretensão do autor, produzindo uma defesa de mérito, levantar questões (ou pontos duvidosos) acerca do processo, obrigando o juiz a desenvolver a atividade jurisdicional no terreno estritamente processual, com o propósito de resolvê-las.⁴⁷

Quando a defesa do réu é dirigida *contra o processo*, versando uma *questão sobre o processo*, acerca da existência ou validade da relação processual, recebe a denominação específica de *exceção processual*, independentemente do modo ou momento em que é alegada.

As *exceções processuais* são, quanto aos efeitos que produzem, de duas modalidades: *exceções dilatórias* e *exceções peremptórias*.

As exceções *dilatórias*⁴⁸ são aquelas que distendem o curso do processo, sem, no entanto, pôr fim à relação processual, como, por exemplo, no processo civil, a incompetência relativa, a suspeição e o impedimento.

As exceções *peremptórias*⁴⁹ são aquelas que têm força suficiente para extinguir o processo, pondo fim à relação processual, que se extingue, prematuramente, como, por exemplo, no processo civil, a litispendência e a coisa julgada.⁵⁰

O Código de Processo Penal, por seu turno, trata como exceções a suspeição do juiz, a incompetência, a litispendência, a coisa julgada e a ilegitimidade de parte (CPP, art. 95), e também o impedimento e a incompatibilidade (CPP, art. 112).

O Código de Processo Civil só dá tratamento de *verdadeira exceção* às exceções dilatórias, como a incompetência, o impedimento e a suspeição (CPC, art.

45 O *princípio da economia processual* zela para que o processo seja, tanto quanto possível, barato.

46 A expressão “*exceptio*” vem do direito romano; chegou até os nossos dias e manteve-se nos modernos ordenamentos jurídicos com o mesmo significado.

47 Para Hélio Tornaghi, o termo “*exceção*” designa tanto a alegação de ausência de pressupostos processuais quanto das condições da ação.

48 Esta palavra provém do latim *defferre*, que significa diferir, prolongar, sendo usada nesse sentido para traduzir determinada modalidade de exceção.

49 Este vocábulo provém do latim *perimere*, que significa perimir, matar, sendo usada nesse sentido para traduzir determinada modalidade de exceção.

50 O Código de Processo Penal enumera como exceções: a suspeição, a incompetência, a litispendência, a coisa julgada e a ilegitimidade de parte (art. 95), referindo-se também o art. 112 ao impedimento e à incompatibilidade. O atual Código de Processo Civil dá o tratamento de *exceções* apenas às de caráter dilatório, devendo as peremptórias ser alegadas na contestação.

304⁵¹), o que não acontece com as chamadas exceções peremptórias (CPC, art. 301, V e VI⁵²), como a litispendência e a coisa julgada.

Algumas dessas exceções podem ser objeto de conhecimento do juiz, independentemente de provocação das partes, como a suspeição e o impedimento, enquanto outras, para serem conhecidas, dependem de provocação da parte, como a incompetência relativa. Além disso, algumas dessas exceções estão sujeitas à observância de rito próprio, como a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição; enquanto outras devem ser alegadas como matéria de defesa na contestação, como a litispendência e a coisa julgada.

Por obedecerem a forma *processual* predeterminada, essas exceções são chamadas também de “exceções *instrumentais*”.

Quando uma exceção permite que o juiz dela conheça de ofício, recebe a denominação específica de *objeção processual*,⁵³ ficando a expressão *exceção processual* reservada para traduzir apenas a exceção que, para ser conhecida, depende de provocação da parte interessada.⁵⁴

Sob o aspecto doutrinário, na verdade, a única *exceção processual*, no processo civil, é a incompetência relativa, pelo fato de depender de provocação do réu, entrando as demais no rol das *objeções processuais*, por poderem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Já, no processo penal, todas as *exceções processuais* podem ser alegadas pelo réu ou conhecidas de ofício pelo juiz,⁵⁵ pelo que seriam autênticas *objeções processuais*.

As *questões processuais* devem ser arguidas de conformidade com o rito legalmente estabelecido pela lei processual; de modo que, no processo civil, as exceções de incompetência relativa,⁵⁶ o impedimento e a suspeição devem ser alegadas no prazo de quinze dias, contado do fato que as tenha ocasionado, podendo essa faculdade ser exercida em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, art. 305).⁵⁷

51 Art. 304. É lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).

52 Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: V – litispendência; VI – coisa julgada. (...)

53 Essa expressão “objeção processual” se deve a Renzo Bolaffi, que na sua obra *L'eccezioni del diritto sostanziale* a ela se refere.

54 Enneccerus, que estudou o problema através do direito material, distinguia a “objeção” da “exceção”, vendo a objeção como a negativa do direito que pode aniquilá-lo, ou a alegação de fatos que tornam ineficaz o (direito) invocado na demanda.

55 Inclusive a incompetência relativa, que no processo civil constitui ônus da parte. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede penal, que a incompetência *ratione loci* constitui nulidade relativa, que deve ser alegada no momento processual adequado, sob pena de preclusão (HC n. 73.637-8).

56 Somente a incompetência *relativa* deve ser arguida dentro do prazo; podendo a incompetência absoluta ser arguida a qualquer tempo e até declarada de ofício pelo juiz (Tourinho Filho).

57 Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

Para outras exceções, o Código não previu procedimento próprio, mandando que sejam alegadas como matéria de defesa, na contestação.

É preciso distinguir, também, a incompetência *absoluta* da incompetência *relativa*; porque esta é *prorrogável*, podendo ser modificada pela vontade das partes; o que não acontece com a segunda, que é *improrrogável*, cabendo ao juiz quando se deparar com ela declarar a sua incompetência de ofício.

Os Códigos de Processo Civil e Penal não se preocuparam com a distinção doutrinária entre *exceção* e *objeção*, cuidando apenas de dar tratamento *processual* a determinadas espécies de exceção, relegando as demais para o momento da contestação.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por seu turno, tratou como exceções processuais somente a suspeição e a incompetência, imprimindo-lhes rito próprio, devendo as demais exceções ser alegadas como matéria de defesa; sem se ater também com a distinção doutrinária entre exceção e objeção.

Bibliografia

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1960.
- ALSINA, Ugo. *Tratado teórico e practico de derecho procesal civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963. v. I.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *El proceso como situación jurídica*, in *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: 1945.
- CARLOS, Eduardo B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1959.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.
- _____. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961. v. I.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000. v. 3.
- MENENDEZ-PIDAL. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: 1950. v. II.
- PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1981.
- PODETTI, Ramiro. *Teoria e técnica do processo civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963.
- ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.
- _____. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. II.

8

CONTEÚDO OBJETIVO DO PROCESSO

Problemática do mérito. Mérito e lide: lide total e lide parcial. Mérito em matéria penal. Conceito substancial de exceção. Questões prejudiciais e questões preliminares. Ponto comum e diferenças entre questões preliminares e prejudiciais.

Problemática do mérito

O conceito de *mérito* da causa é de fundamental importância no processo, sobretudo pela sua repercussão imediata em diversos setores do direito processual, como na extinção do processo, com ou sem resolução de mérito; na ação rescisória, pois só se rescindem sentenças de mérito; na apresentação de defesas relativas ao processo e à ação, pois devem ser arguidas antes de se discutir o mérito etc.

A doutrina *tradicional* fazia coincidir o *mérito* da causa com a relação jurídica material deduzida em juízo; pelo que, numa ação de despejo, o mérito seria a relação *de locação*; numa ação de cobrança, a relação de débito e crédito; e assim por diante. Toda vez que o juiz se pronunciava sobre o contrato de locação ou sobre a relação creditícia, estaria se manifestando sobre o mérito da causa.

Este conceito tradicional de *mérito* é por demais estreito para satisfazer às exigências técnicas do processo, mesmo porque há processos em que nenhuma *relação jurídica material* é nele deduzida, como sucede, por exemplo, na ação rescisória, na qual o que se pretende é uma nova decisão, desconstitutiva da anterior, transitada em julgado.

Daí ter a moderna doutrina se aprofundado na pesquisa de um conceito mais adequado à realidade do processo e mais bem ajustado à dogmática processual, aplicável a todos os casos, no âmbito civil, trabalhista e penal.

Mérito e lide: lide total e lide parcial

Para Carnelutti, o mérito é a *lide*, ou seja, “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”; ou seja, para ele o mérito¹ está na lide.

1 Para Cândido Dinamarco, a pretensão é que consubstancia o mérito. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 203.

Quando a lide não logra solução pela vontade dos litigantes, deve ela a pedido de uma das partes ser resolvida pelo juiz mediante o processo. Por isso, observou Carnelutti, existir entre o processo e lide a mesma relação ocorrente entre continente e conteúdo; de modo que sempre que o juiz decidir a lide estará decidindo o mérito da causa.

Essa doutrina foi adotada pelo Código de Processo Civil, cuja Exposição de Motivos esclarece que o projeto só usa a palavra *lide* para designar o *mérito da causa* e que a lide é o *objeto* principal do processo,² exprimindo-se nela as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Na verdade, o Código de Processo Civil não foi fiel ao que pretendeu, porque usa também o termo *lide* com o significado de “processo”, ao tratar, por exemplo, da denunciação da lide (CPC, art. 70)³ e do curador à lide (CPC, art. 1.179).⁴

É importante a conceituação do mérito, não só para distingui-lo das *questões processuais*, mas, sobretudo, para separar umas das outras, e saber, com precisão, o momento de decidi-las; tendo essa distinção relevância também para o estudo de outros institutos, como, por exemplo, as questões *prejudiciais*, com reflexos na teoria da litispendência e da coisa julgada.

Para Liebman,⁵ o mérito é o pedido, ou seja, a concreta providência que se requer do juiz, adequada à satisfação de um interesse; pelo que considerava o conceito carneluttiano de lide mais sociológico do que jurídico, e, assim, imprestável para satisfazer às exigências técnicas do processo; além de divergir dele também quanto à distinção entre *lide total* e *lide parcial*.

Segundo Carnelutti, uma lide pode ser deduzida por inteiro num processo ou, então, por partes; de modo que o processo serve para compor *toda a lide* ou somente *uma parte dela*. Suponha-se que alguém sofra um acidente de veículo, que lhe provoque lesões corporais, além de outros prejuízos, como despesas hospitalares, a perda de uma carteira, a perda de um relógio etc. Essa pessoa pode propor uma ação de indenização, objetivando o ressarcimento de *todo o prejuízo* sofrido com o acidente, ou de apenas *parte desse prejuízo*; podendo deduzir a lide na sua *inteireza* ou somente em uma *fração* dela.

2 Tema dos mais controvertidos é o do objeto do processo: para uns é a lide; para outros, a prestação jurisdicional devida pelo Estado; para outros, a vontade da lei cuja atuação se reclama; para outros, a pretensão processual etc.

3 Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

4 Art. 1.179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

5 Para Liebman, o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição que lhe deu o autor em seu *pedido*. Para ele, a lide é o conflito, depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz.

Essa é a consequência que Carnelutti extrai do seu conceito de mérito, que pode ser identificado com uma lide total ou parcial,⁶ conforme o fato jurídico e a pretensão do demandante.

Mas, nessa hipótese, qual seria o *pedido*, na formulação liebmaniana?

Liebman distingue na demanda dois pedidos, ou um pedido duplamente direcionado:⁷ um *pedido imediato*, que é a providência jurisdicional que se requer do juiz, consistente numa sentença condenatória, constitutiva ou declaratória; e um *pedido mediato*, consistente no bem da vida pretendido pelo demandante, cuja tutela pretende obter do juiz.

No exemplo retro, do acidente de veículo, a parte autora ajuíza uma ação contra o réu, com o propósito de obter o ressarcimento das despesas hospitalares (eis o *pedido mediato*); depois, verificando que perdeu a carteira, propõe outra ação, pedindo a reparação por essa perda (eis novo *pedido mediato*); depois, verifica ter pedido também um relógio valiosíssimo, ajuizando outra ação, para haver o valor do relógio (eis novo pedido mediato).

Observa-se neste exemplo que a *causa de pedir* é sempre a mesma, não muda, sendo em todas essas ações o *acidente de veículo* provocado pelo réu, mas os *pedidos* são diferentes, consistindo, numa ação, no ressarcimento de despesas hospitalares; noutra, no valor da carteira; noutra, no valor do relógio; pelo que, sob o prisma dos seus elementos identificadores (partes, causa de pedir e pedido), não se trata de ações idênticas, mas de ações análogas, em função da causa de pedir (o acidente), conferindo a um só juiz o poder de julgar todas.

Para Liebman, o que importa não é a *lide*, como delineada por Carnelutti, nem se ela é *total* ou *parcial*, mas o *pedido* formulado pela parte; pelo que toda vez que o juiz examinar se ocorreu ou não o acidente, as suas consequências, a extensão dos danos, a culpabilidade dos litigantes etc., estará decidindo sobre o pedido e, portanto, sobre o mérito da causa.⁸

Imagine-se, por fim, a hipótese de o juiz julgar *improcedente* a ação indenizatória, resultante do acidente de veículo, em que se postulou ressarcimento de despesas hospitalares, por não haver o autor comprovado ter feito despesas hospitalares, dado que foi atendido num hospital público. Este era o pedido ou objeto da demanda ressarcitória. Se, porém, o autor possuir prova de outros prejuízos (perda da carteira, do relógio), poderá propor outra ação contra o mesmo réu, objetivando a reparação do dano, pois incorre, na espécie, a identidade de objeto das ações.

Em sede doutrinária, não existe diferença essencial entre os conceitos da lide civil e da lide trabalhista, a não ser quanto ao conteúdo do bem da vida a que se referem.

6 Carnelutti formula um exemplo acerca da herança por dupla vocação: legítima e testamentária.

7 Duplamente direcionado, porque o autor *pede* ao juiz uma providência jurisdicional em face ou contra o réu; formula um pedido ao juiz, com efeito jurídico na esfera jurídica do réu.

8 Para Calamandrei, providência de mérito é aquela mediante a qual o juiz provê sobre a ação, com efeitos jurisdicionais sobre o direito substancial.

Mérito em matéria penal

Especial atenção merece o conceito de mérito em matéria penal, já que, no processo penal, o autor não formula pedido em sentido estrito, como no processo civil, no seu próprio interesse.

O conceito de *lide* formulado por Carnelutti tem sido transposto, sem maiores resistências doutrinárias, para o campo do processo penal, caracterizando-se a lide como “conflito de interesses entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do acusado”.

Para quem aceita esta transposição, não há dificuldade em identificar o mérito em matéria penal, conforme os postulados da doutrina carneluttiana.

No processo penal, o titular do direito de punir é o Estado, que o exerce de regra através do Ministério Público, encarregado de tornar efetivo esse direito.⁹ Por outro lado, o juiz penal depende apenas da *exposição de um fato criminoso* e de quem seja o seu causador, para, a partir daí, atuar a lei penal, para o que prescinde de pedido; se bem que, na prática, a denúncia ou a queixa contém sempre um pedido condenatório, consistente na imposição de uma pena.

O juiz penal não está como o cível e trabalhista adstrito à classificação do crime feita pela denúncia, podendo dar aos fatos definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave (CPP, art. 383, *caput*);¹⁰ donde se conclui que o pedido não poderia constituir o mérito da causa, por não constituir requisito essencial da denúncia.¹¹

Para Xavier de Albuquerque, o objeto do processo penal seria “a realidade jurídica noticiada na demanda”, tal como resulta da sentença, pelo que julgar o mérito seria converter em *realidade jurídica* concreta a *realidade jurídica* hipotética veiculada pela demanda, na medida em que o permitisse a cognição do julgador.

Para quem pensa assim, o mérito, no processo penal, é “o trecho da realidade social, exposto na acusação, tal como resulta juridicamente qualificado na sentença”.

Conceito substancial de exceção

Ao se defender em juízo,¹² o réu, em vez de suscitar questões processuais, sobre o exercício da ação ou sobre pressupostos processuais, pode preferir apresentar

9 O ordenamento jurídico brasileiro consagra casos de *jurisdição sem ação*, em que a iniciativa da tutela é do juiz, como, por exemplo, na execução de sentença trabalhista e no *habeas corpus*.

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

11 Particularidade apresenta a ação penal privada, pois, nos termos do art. 60, III, do Código de Processo Penal, considera-se perempta a ação quando o querelante deixar de formular o *pedido* de condenação nas alegações finais.

12 O *direito de defesa*, tanto quanto o direito de ação, é um direito subjetivo à prestação jurisdicional do Estado, direito este reconhecido ao réu, sendo também um direito processual, público, autônomo e abstrato, existindo ainda quando a resistência não tenha fundamento. Estabelece o

defesa *direta* contra o *mérito*, contra-atacando a pretensão material do autor ou o fundamento em que se alicerça, objetivando que o juiz negue aquilo que o autor pediu. Suponha-se que, numa *ação de cobrança*, o réu negue a dívida para com o autor; ou que, numa ação de despejo, negue a relação de locação; casos em que estará produzindo uma defesa *direta* de mérito, legalmente chamada de *contestação*. Suponha-se, na esfera penal, que o réu negue o próprio fato a ele imputado pela denúncia, ou negue a tipicidade do fato – existiu, mas não é delituoso –, ou a antijuricidade do fato – existiu, mas era lícito – ou a culpabilidade do fato – existiu, mas não foi doloso nem culposos.

Em todos esses casos, a defesa do réu tem por objetivo ferir de morte a pretensão material mesma.

Pode ocorrer, também, de o réu se defender através de uma defesa *indireta* de mérito, em que, sendo ele titular de um direito subjetivo material oponível ao autor, procura livrar-se da pretensão deste, mediante a invocação desse direito material seu, que, se acolhido pelo juiz, tornará ineficaz a pretensão autoral.

Essa defesa não é direta, mas está ligada ao mérito, e, se for reconhecido o fundamento da alegação, obstaculizará os efeitos jurídicos da pretensão formulada pelo autor. É o caso, por exemplo, do réu que, na sua defesa, alega a *compensação* de dívidas (matéria de direito substancial), em que ele não nega a dívida para com autor, mas alega ser também credor dele, alegação que, se comprovada, irá influir na decisão da causa, pois o autor receberá menos do que pretendia ou até nada receberá. Pode também arguir o réu a novação, a exceção de contrato não cumprido ou não inteiramente cumprido,¹³ a prescrição da dívida, a retenção do imóvel por benfeitorias necessárias etc.

Em todos esses casos, o réu não nega o *fato constitutivo* do direito do autor, limitando-se a alegar outros fatos, *impeditivos*, *modificativos* ou *extintivos* daquele direito, e que, se colhido pelo juiz, resultará para ele num benefício, em detrimento do direito do autor.¹⁴

A esses tipos de defesa, a doutrina chama de exceções *substanciais*,¹⁵ porque são matéria de direito *substancial* ou material, sendo também conhecidas como

art. 30, 2ª parte, do CPC francês que: “Para o adversário [do autor], a ação é o direito de discutir a legitimidade dessa pretensão.”

13 *Exceptio non adimpleti contractus*, ou *Exceptio non rite adimpleti contractus*.

14 Não confundir essas questões, deduzidas na *defesa*, objetivando atingir de alguma forma a pretensão deduzida na inicial, com a *reconvenção*, que é a ação exercitada pelo réu, contra o autor, no mesmo processo em que é demandado.

15 A trilogia paulista, Cintra, Grinover e Dinamarco, não faz esta distinção, considerando *exceção substancial* tanto a defesa *direta* de mérito, atacando a própria pretensão do autor, o fundamento de seu pedido, quanto a defesa *indireta* de mérito, opondo fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido do autor, sem elidir propriamente a pretensão por este deduzida, como a prescrição, compensação, novação.

preliminares de mérito, pois, além de relacionadas intimamente com o mérito, devem ser decididas antes deles, influenciando no seu julgamento.

As *exceções substanciais*¹⁶ consistem em alegações de fatos que, por si mesmos, não excluem a ação, mas conferem ao réu o poder jurídico de tolher os seus efeitos.

Questões prejudiciais e questões preliminares

Antes de decidir o mérito da causa, encontra-se o juiz a braços com uma série mais ou menos longa de *pontos prejudiciais*, que representam o antecedente lógico da questão final, e que, se se tornarem *controvertidos* no processo, darão azo ao surgimento de *questões prejudiciais*.

A palavra *prejudicial* vem do latim, derivada de *prae iudicare*, significando aquilo que se decide antes; ou que, sendo julgado antes, poderá ou não prejudicar.

Por ser a questão principal julgada *depois* da prejudicial, a doutrina se refere àquela como questão *prejudicada*.

A *questão prejudicial* é toda questão de direito material (civil, penal, trabalhista), surgida no processo, e cuja solução condiciona necessariamente a decisão do mérito da causa; ou “a questão de direito, cuja solução se apresenta como antecedente lógico e jurídico da questão principal, objeto do processo, versando uma relação jurídica particular e controvertida”.

O juiz de determinada causa se depara, às vezes, com certas questões que deverão ser decididas antes do julgamento de mérito, e, conforme seja a decisão proferida a seu respeito, poderá ou não afetá-lo.

O primeiro esclarecimento a ser feito, para dissipar dúvidas, é que questões *prejudiciais* e questões *preliminares* não são a mesma coisa. O único ponto comum entre as questões preliminares e as prejudiciais é que ambas são *decididas antes do mérito*;¹⁷ e as semelhanças param aí.

Muitas são, contudo, as diferenças entre as questões preliminares e as questões prejudiciais.

Vamos tomar um exemplo e trabalhar com ele para dar uma visão pragmática dessas diferenças.

Suponha-se que o Ministério Público ofereça uma denúncia contra o acusado pelo delito de bigamia; o acusado alega, na sua defesa, nulidade do seu primeiro casamento; o juiz, antes de decidir o *mérito penal*, terá de decidir, antes, sobre a validade do primeiro casamento, porque, se ele for realmente nulo, não terá havido crime de bigamia.

16 As exceções *substanciais* se distinguem das exceções *instrumentais*, porque são relativas a um direito material, enquanto estas últimas são relativas a questões processuais.

17 O princípio dominante de toda a matéria é que as questões *prejudiciais* são decididas, de regra, sem efeito de coisa julgada (*incidenter tantum*), havendo, contudo, mesmo na Itália, duas tendências: a de adstringir a coisa julgada à decisão de acolhimento ou de rejeição da demanda, e a tendência de dilatá-la a toda decisão do juiz que resolva uma “questão”.

Se o juiz, ao decidir essa *questão prejudicial*, der pela nulidade do primeiro casamento do réu, ficará *prejudicada* a questão principal sobre a bigamia, objeto da denúncia.

A doutrina chama a essas questões, que são questões de *direito substantivo* civil ou penal, que condicionam necessariamente a decisão da questão principal, de questões *prejudiciais*.¹⁸

As questões prejudiciais apresentam, para Hélio Tornaghi, as seguintes características: a) *antecedência lógica*; b) *superordinação*; c) *autonomia*.

a) *Antecedência lógica* – O julgamento da questão *prejudicial* precede sempre o julgamento da questão principal, ou seja, o juiz terá primeiro que decidir sobre as prejudiciais, para depois decidir a questão principal de mérito. As prejudiciais se constituem, portanto, num *antecedente lógico* da questão principal.

Às vezes, pode acontecer de o juiz julgar a questão prejudicial, no mesmo momento em que decide a questão principal, mas, por ser uma um antecedente lógico da outra, o juiz terá que passar primeiro pela prejudicial para depois decidir a principal. Se, por exemplo, o juiz decidir pela existência do delito bigamia foi porque passou pelo exame da questão prejudicial levantada pelo réu (a invalidez do primeiro casamento) e essa questão restou superada.

Trata-se de um antecedente *lógico e não cronológico*, pois pode acontecer de ela surgir depois da questão principal, mas o julgamento da prejudicial é *anterior*, mesmo que implícito; pois se o juiz decidir a questão principal, *ipso facto*, terá decidido a questão prejudicial.

b) *Superordinação* – A questão prejudicial é sempre uma valoração jurídica que vai influir no julgamento da questão principal ou de mérito. A questão principal tem sua valoração jurídica condicionada, *subordinada* à valoração, também jurídica, da questão prejudicial; pelo que se diz que a prejudicial está superordinada¹⁹ à questão principal ou prejudicada; quer dizer, a principal está *subordinada* à questão prejudicial.

Apesar de a questão principal ou *prejudicada* ser de suma importância, no processo, porque sobre ela versa o mérito da causa, e para obter uma decisão sobre ela é que se forma o processo, nada impede que possa, no seu julgamento, estar subordinada à questão prejudicial.

Ninguém deduz uma lide no processo simplesmente para levar ao exame do juiz uma questão *prejudicial*, nem isso seria possível; mas as questões prejudiciais são também *relevantes*, tanto quanto a questão prejudicada, resultando a sua relevância justamente do fato de elas condicionarem a decisão sobre o mérito, que nem por isso deixa de ser a questão principal. A questão que constitui o mérito da causa é a principal e continua sendo principal, havendo um simples condicionamento, porque, embora de menor valor, a prejudicial é relevante para o julgamento da lide.

18 Para Florian, a prejudicial é sempre uma questão cuja resolução se apresenta como antecedente lógico e jurídico da questão de direito penal, objeto do processo, e versa sobre uma relação jurídica de natureza particular e controvertida.

19 *Superordinada* é o oposto de *subordinada*.

c) *Autonomia* – As questões prejudiciais podem ser objeto de decisão do juiz noutro processo, independentemente da existência da questão principal sobre a qual se controverte. Por isto, se diz que ela é uma questão *autônoma*, no sentido de que não depende, necessariamente, da existência da questão principal ou de mérito.

Pode-se discutir, por exemplo, a validade do casamento, num processo, sem que se cogite de um crime de bigamia; pelo que se houver um motivo legal – por exemplo, erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge – pode o inocente pedir a anulação do casamento. Neste caso, o que estará sendo objeto do processo é a validade, mesma, do casamento, que constitui a própria questão de mérito, sem qualquer colorido de *prejudicial*.

Observa-se, então, que certas questões podem existir *autonomamente*, pois nem sempre surgem condicionando outra questão, a *prejudicada*, num determinado processo, constituindo *elas próprias* o mérito da demanda.

Nisso reside a *autonomia* da questão prejudicial.

No que tange às *questões preliminares*, não se pode, por exemplo, alegar o impedimento e a suspeição do juiz, a não ser que exista processo em curso. E não se pode, porque o impedimento e a suspeição do juiz só vão surgir no momento em que ele passar a funcionar num determinado processo, existindo motivos que o tornem impedido ou suspeito. O impedimento e a suspeição existem, necessariamente, em relação a um dos sujeitos do processo, que é o juiz.

As *questões preliminares*, diversamente das *prejudiciais*, são *destituídas de autonomia*, não podendo ser objeto de uma ação em que elas constituam a questão principal ou de mérito, razão por que são chamadas *preliminares*.

Se as questões *prejudiciais* surgirem no curso de determinado processo, assumem tais características, se outra for a questão principal, pois, fora desta hipótese, constituirá ela o próprio mérito da causa e será, então, a questão *principal*.

As questões *prejudiciais* se dividem em duas categorias: a) homogêneas; e b) heterogêneas.

a) *Homogêneas* são as prejudiciais que pertencem ao *mesmo ramo do direito* a que pertence a questão principal, inserindo-se no mesmo campo do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o furto em relação ao crime de receptação; ou a paternidade em relação à ação de alimentos.

b) *Heterogêneas* são as prejudiciais que pertencem a *distintos ramos do direito*; inserindo-se em ordenamento jurídicos distintos, como, por exemplo, a validade do casamento, em relação ao crime de bigamia, pois aquela pertence ao direito civil e esta ao direito penal.

Ponto comum e diferenças entre questões preliminares e prejudiciais

O *ponto comum* entre as questões *preliminares* e as *prejudiciais* é que ambas são julgadas *antes* da principal, relativa ao mérito da causa.

No entanto, as diferenças entre as *questões preliminares* e *prejudiciais* são inúmeras, pelo que registro as mais significativas:

a) As *prejudiciais* estão intimamente ligadas ao mérito da demanda; as *preliminares*, não, por versarem sobre questões de natureza processual.

Assim, a validade do primeiro casamento, enquanto *prejudicial*, está ligada ao mérito do processo por crime de bigamia, porque só haverá crime se o primeiro casamento for válido; as *preliminares* versam sobre pressupostos processuais, como a competência do juízo, ou o impedimento do juiz.

b) As *prejudiciais* podem existir autonomamente; as *preliminares*, nunca, porque só podem ser alegadas num processo em curso.

Assim, enquanto a validade do casamento pode ser decidida como *prejudicial*, no mesmo processo da questão principal, ou constituir ela própria questão principal de outro processo; as *preliminares*, como o impedimento e a suspeição, só podem ser arguidas no curso de determinado processo.

c) As *prejudiciais* são, necessariamente, de direito *material*, enquanto as *preliminares* são de direito *processual*.

Enquanto as questões *prejudiciais* constituem um direito material do réu contra o autor, como a negativa da paternidade na ação de alimentos; as *preliminares* são matéria de direito processual, ligadas aos pressupostos processuais, como a incompetência, ou às condições da ação, como a falta de legitimação da parte.

d) As *prejudiciais* podem ser decididas no mesmo processo em que se discute a questão principal, ou, por outro juiz, noutro processo, como questão principal; as *preliminares* são sempre decididas no próprio processo onde surgem, não podendo ser resolvidas por outro juízo, noutro processo.

Assim, a validade do casamento pode ser resolvida como *prejudicial* no processo por crime de bigamia, ou ser objeto de ação de nulidade de casamento; enquanto a incompetência, por exemplo, como *preliminar*, só pode ser arguida no processo da questão principal, e resolvida pelo juiz desse processo.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. Conceito de mérito no direito processual penal. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Argentina. Buenos Aires: EJE, 1973. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: RT, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal**. Barcelona: Bosch, 1933.

LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Casa Editrice Dott, Eugenio Joveni, 1977.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

9

COMPOSIÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO

Sujeitos processuais: juiz e partes. Partes: generalidades, conceito; princípios informativos. Pluralidade de partes, ativa e passiva. Litisconsórcio: conceito; modalidades. Assistência: conceito; tipologia. Intervenção de terceiros: conceito; modalidades. Substituição processual. Representação, substituição e sucessão processual. Limites de incidência da autonomia da vontade: o poder dispositivo.

Sujeitos processuais: juiz e partes

Em todo processo, existem pelo menos três pessoas:¹ alguém que pede a tutela jurisdicional, em face de outrem, a um terceiro sujeito investido de jurisdição.²

A estas pessoas entre as quais se forma a relação jurídica processual, a doutrina chama de *sujeitos processuais*, porque sujeitos do processo.

O *juiz* é o sujeito *imparcial* do processo, figura de destaque da relação processual, não só pela função que exerce, como, sobretudo pela sua condição de *condutor do processo* e *prestador da jurisdição*, pela qual se obrigou quando impôs aos eventuais titulares de direitos a renúncia à defesa privada.

O interesse do juiz no processo, enquanto órgão jurisdicional do Estado, é um interesse de segundo grau ou secundário, ou seja, interesse *na justa composição da lide*, mediante um processo válido e eficaz, em contraposição ao interesse das partes, que é um interesse de primeiro grau ou primário, ou seja, o interesse na satisfação da sua pretensão material.

As *partes* são os sujeitos *parciais* do processo, cujos interesses estão em lide, sendo o autor aquele que pede a prestação jurisdicional ao juiz e o réu aquele em face de quem essa prestação é pedida.

Seria impossível que o processo se desenvolvesse apenas com a participação destes três sujeitos, autor, juiz e réu, pelo que outras pessoas participam, também, do processo, e, embora não formulem pedido nem profiram decisões, realizam ou concorrem para que se realizem atos processuais, como o oficial de justiça, o parti-

1 Liebman afirmava que o processo “é um drama de pelo menos três personagens: autor, juiz e réu”.

2 Bulgarus já afirmara que *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*. O juízo (= processo) é o ato de três pessoas: juiz, autor e réu.

dor, o contador, cujas atribuições são regradas pela lei, sendo chamados de *sujeitos secundários* do processo.

Se os fatos comportarem prova testemunhal, também as testemunhas se constituem em sujeitos *secundários* do processo, na categoria de *terceiros desinteressados*.³

A parte depende, para postular em juízo, da representação por advogado, que é o seu patrono, titular do *ius postulandi*,⁴ não podendo prescindir dele, a não ser quando esteja credenciado pela lei para atuar em causa própria.

O Ministério Público⁵ participa do processo, ora na condição de parte, ora na de fiscal da lei, sendo que, na condição de parte, se inclui entre os sujeitos *parciais*, sendo esta a condição com que atua normalmente no processo penal.

O advogado e o órgão do Ministério Público⁶ não se incluem nem entre os sujeitos *principais* e nem entre os sujeitos *secundários*, postando-se numa posição peculiar, *sui generis*, dentro do processo.⁷

Partes: generalidades, conceito; princípios informativos

Os sujeitos *parciais* do processo são as *partes*, titulares de direitos, poderes e faculdades, e os correspondentes deveres, sujeições e ônus, *todos processuais*, pelo que a relação jurídica que se forma no processo põe em confronto os sujeitos parciais da lide, sob o comando do juiz, como representante do Estado na composição da lide.

O processo pressupõe, pelo menos, duas *partes*, denominadas autor, aquele que pede a proteção jurisdicional, e réu, aquele em face de quem essa proteção é pedida; não sendo exagerado dizer que o processo é um *processo de partes*.

A configuração da relação jurídica processual, na sua completude, envolve também o juiz, que é sujeito do processo, mas não parte, atuando na condição de prestador da jurisdição.

A relação jurídica processual na sua feição mais simples envolve a participação de, pelo menos, duas partes, sendo uma no polo ativo (autor) e outra no

3 Para Lopes da Costa, a testemunha e o perito não são sujeitos, mas objetos processuais, fontes de prova.

4 “Direito de postular.”

5 O Ministério Público atua ainda como substituto processual, caso em que também ocupa a posição de parte.

6 A posição do Ministério Público, no processo não penal, tem merecido exame à parte, porque ele desempenha as mais variadas funções, atuando, às vezes, na qualidade de parte, como na ação de anulação de casamento proposta contra ambos os cônjuges; na ação de indenização por acidente do trabalho; na reclamação trabalhista, movida no interesse do empregado, na condição de substituto processual; e outras vezes atua como *fiscal da lei*, como nas ações que versam sobre interesses de incapazes, nas falências, nos mandados de segurança etc.

7 Há sujeitos processuais, que, embora não possam incluir-se entre os sujeitos principais, têm posição peculiar e especial que não permite enquadrá-los entre os sujeitos secundários, como acontece com advogados das partes e com o Ministério Público.

polo passivo (réu), podendo acontecer que num dos polos da relação processual se coloque mais de um autor ou mais de um réu, surgindo então a figura do *litis-consórcio*.

Se todo aquele que *é parte* no processo é também *sujeito* processual, a recíproca não é verdadeira, pois nem todo sujeito é parte. Assim, o autor e o réu são partes e, portanto, sujeitos parciais do processo; mas o juiz, embora sujeito indispensável do processo, não atua na condição de parte. O juiz se coloca no processo numa posição superior à das partes, para poder, mediante aplicação do direito objetivo, solucionar o conflito de interesses que gerou a lide.

Frequentemente, os sujeitos parciais do processo são também os titulares do *direito material* controvertido, mas essa relação jurídica material não se identifica com a *relação jurídica processual*.

A relação jurídica *material* interliga duas pessoas, atribuindo a uma o direito de exigir alguma coisa da outra (uma relação de locação, de compra e venda, de crédito etc.), diversa da *relação jurídica processual*, que, muitas vezes, surge para servir à relação material; podendo acontecer, no entanto, que haja relação jurídica processual sem estar em lide nenhuma relação jurídica material.

A pretensão do autor pode se limitar à declaração de *inexistência* de uma relação jurídica material, mediante uma ação declaratória negativa, caso em que o processo servirá a uma mera pretensão processual, mas não de tutela da relação material, porque o que se pretende é exatamente uma declaração judicial de certeza, de que essa relação não existe.

A relação jurídica processual, diversamente da relação material, interliga três sujeitos, um dos quais o Estado-juiz, no exercício do seu poder soberano de prestar jurisdição.

Sendo o titular do direito *material*, quase sempre, também o sujeito da relação *processual*, a *doutrina tradicional* ou *civilista* identificava os sujeitos do processo com os sujeitos de direitos e obrigações decorrentes da relação material.

Entendia-se, então, que as *partes*, no processo, eram os titulares do interesse subordinante e do interesse subordinado, por força da relação material controvertida, sendo o autor o credor, e o réu, o devedor.

Desvendado o fenômeno da *substituição processual*,⁸ em que o *substituto processual* defende em juízo, em nome próprio, direito alheio, e, não obstante, não seja titular do direito material, é parte no sentido processual, a concepção tradicional ou civilista acabou por desmoronar.

A partir daí, passou a doutrina a buscar um conceito de parte que satisfizesse às exigências técnicas do processo, independentemente da sua posição na relação de direito material.

8 Quem desvendou o fenômeno da substituição processual foi o alemão Köhler, que foi posteriormente desenvolvido por Chiovenda, dando-lhe o nome que ostenta hoje.

Várias concepções foram preconizadas com esse objetivo, mas a que mereceu o aplauso da doutrina foi a formulada por Chiovenda, que ficou conhecida como a *concepção moderna de parte*.

Para Chiovenda, *parte* é aquele que pede em seu próprio nome, ou em cujo nome é pedida, a atuação de uma vontade de lei, e aquele em face de quem essa atuação é pedida.

Quem pede no seu próprio nome, ou em cujo nome é pedida a atuação da lei, é o autor, e aquele em face de quem essa atuação é pedida é o réu. Tanto o autor quanto o réu pedem, sendo que o autor pede em primeiro lugar, e o réu pede depois do autor.

Enquanto o autor pede a tutela jurisdicional para o seu direito, lesado ou ameaçado de lesão, o réu pede ao juiz que denegue a tutela pretendida.⁹ Pede uma sentença condenatória, declaratória, constitutiva, atos de execução ou providências cautelares; mas parte é, também, aquele *em cujo nome* se pede a tutela jurisdicional.

Certas pessoas, como o incapaz, embora possuam capacidade de ser parte, não possuem capacidade para estar em juízo, ou seja, de capacidade processual (*legitimitas ad processum*).¹⁰ O menor de dezesseis anos, por exemplo, possui a primeira (pode ser parte), mas não a segunda (não pode estar em juízo); pelo que estará em juízo por intermédio do seu representante legal (pai, mãe, tutor ou curador). Se pretender ajuizar uma ação de investigação de paternidade, ou de alimentos, terá de fazê-lo por intermédio da sua genitora, que irá formular o pedido, não no seu próprio nome, mas no do representado. O autor da ação será o menor, mas representado pela mãe.

Ao se referir ao réu, alude Chiovenda àquele “*em face* de quem essa atuação é pedida”, por ser esta expressão mais ampla do que “*contra* quem essa atuação é pedida”; observando ele que, nas ações declaratórias negativas, não há pedido do autor *contra o réu*, mas para valer *em face* do réu.

É importante determinar o alcance do conceito de “parte” no processo, em face das consequências de ordem prática que daí resultam, como, por exemplo, para se verificar se existe litispendência ou coisa julgada; e, ainda, para se constatar se ocorre, em determinadas circunstâncias, o impedimento ou a suspeição.

Conforme a natureza da ação, as partes recebem uma denominação específica: na ação de demarcação de terras, promovente (autor) e promovido (réu); na ação reivindicatória, reivindicante e reivindicado; na ação penal privada, querelante e querelado; na execução, exequente e executado; nas reclamações trabalhistas, reclamante e reclamado.¹¹

9 O réu pode, também, pedir a tutela para o seu direito através da reconvenção, da declaração incidente, dos embargos do devedor e na defesa, mediante pedido contraposto. Nesses casos, o réu não se limita a defender-se; mas ataca.

10 Legitimação para o processo.

11 São impróprias as expressões “suplicante”, para designar o autor, e “suplicado”, para designar o réu, porque quem ajuiza uma ação nada suplica, exerce um direito; o mesmo ocorrendo com quem se defende, que exerce também um direito (direito de defesa). As expressões “suplicante” e “suplicado” se ligam às antigas Cortes de Suplicação portuguesas.

As partes são regidas, no processo, pelos seguintes *princípios informativos*: a) da dualidade das partes; b) da igualdade das partes; e c) do contraditório.

a) *Princípio da dualidade das partes* – Todo processo pressupõe, necessariamente, pelo menos duas partes, autor e réu, do que resulta que ninguém pode ser, a um só tempo, autor e réu.¹²

Quando ocorre a colisão de interesses, entre um menor e seu representante legal, determina a lei que o juiz dê um curador especial ao menor.¹³

Pode acontecer, também, de vários autores e vários réus litigarem, conjuntamente, num mesmo processo, mas pelo menos *um autor e um réu* constituem o elenco mínimo do processo.

b) *Princípio da igualdade das partes* – As partes devem merecer igualdade de tratamento no processo, porquanto *todos são iguais perante a lei*, sendo este princípio chamado também de paridade de tratamento.

Não desvirtuam este princípio certas vantagens concedidas ao autor ou ao réu; mas, quando a parte é o Poder Público, o Código de Processo Civil é tão pródigo na concessão de benesses processuais a ele, que chega mesmo a afrontar o *princípio da democratização do processo*.

c) *Princípio do contraditório* – Segundo este princípio, ao ataque deve ser assegurada a defesa, não podendo a pessoa ser condenada sem que tenha tido a oportunidade de se defender. Se não se defende, é outra coisa; não terá havido infração ao princípio, porque ninguém pode ser obrigado a se defender no processo civil ou trabalhista, quando não queira.

Sempre que o autor se manifestar no processo, fazendo alegações ou juntando documentos, deve ser o réu ouvido a respeito; o mesmo acontecendo quando é o réu que faz uma alegação ou junta um documento, devendo o autor ser ouvido a respeito. O princípio do contraditório tem assento constitucional.

No *âmbito penal*, ainda que o réu não o queira, o juiz tem por lei o dever de lhe nomear um defensor, sob pena de nulidade do processo.

Com a instituição dos Juizados Especiais Criminais estaduais e federais foi permitida a aceitação, pelo réu, da proposta de aplicação imediata de pena que não seja privativa de liberdade (art. 72), quando então haverá condenação por aceitação do acusado; sendo a pena nesses casos a prestação de serviços à comunidade ou a concessão de cestas básicas.

Pluralidade de partes, ativa e passiva. Litisconsórcio: conceito; modalidades

O processo é uma relação jurídica de, pelo menos, dois *sujeitos parciais*: de um lado, o autor, que pede a atuação da vontade de lei, e, do outro, o réu, aquele em face de quem essa atuação é pedida.

12 Se houver “confusão” entre o autor e o réu, o processo se extingue, sem resolução de mérito.

13 A função de curador especial é hoje exercida pela Defensoria Pública.

Ocorre que, às vezes, a lide não envolve apenas duas pessoas, figurando na posição de autores ou de réus mais de uma pessoa, fazendo surgir uma pluralidade de partes numa mesma relação processual.

Ao fenômeno da pluralidade de partes no processo dá-se o nome de *litisconsórcio*, que Gabriel de Rezende Filho define como *o laço que prende dois ou mais litigantes no processo, na posição de coautores ou de corréus*.

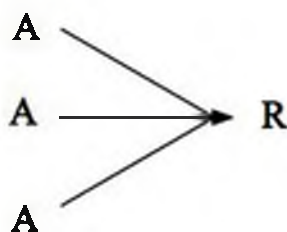
Em última análise, o litisconsórcio é uma *cumulação de partes* num mesmo processo.¹⁴

O litisconsórcio pode ser classificado sob vários ângulos: a) quanto à pluralidade de partes; b) quanto ao momento da sua formação; c) quanto à natureza do vínculo entre as partes; e d) quanto aos efeitos da sentença.

a) Quanto à *pluralidade de partes*, o litisconsórcio pode ser: ativo, passivo e misto ou recíproco.

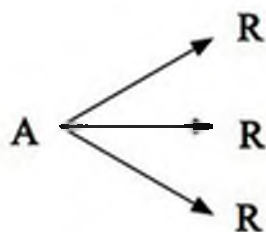
Quando vários autores demandam contra um mesmo réu, num mesmo processo, o litisconsórcio é *ativo*.

Graficamente, assim:



Quando vários réus são demandados por um mesmo autor, num mesmo processo, o litisconsórcio é *passivo*.

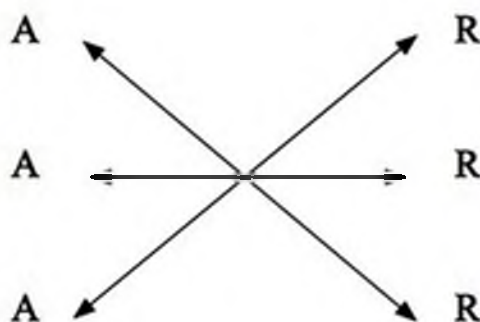
Graficamente, assim:



Quando vários autores demandam contra vários réus, num mesmo processo, o litisconsórcio é misto ou recíproco.

Graficamente, assim:

14 Além da cumulação subjetiva (de sujeitos), existe também a cumulação objetiva (de pedidos), nada impedindo que, num mesmo processo, ocorram, concomitantemente, uma e outra.



b) Quanto ao *momento da sua formação*, o litisconsórcio pode ser: inicial ou ulterior.

Se o litisconsórcio surge *no início* do processo, no momento em que se forma a relação jurídica processual, será um litisconsórcio *inicial*. Assim, quando marido e mulher demandam acerca de direitos reais sobre imóveis, ou são demandados, o litisconsórcio será desse tipo.

Se o litisconsórcio surge no curso do processo, será um litisconsórcio *ulterior*. Assim, se, no curso do processo, falece o réu originário, seus herdeiros assumirão a posição de réus, formando um litisconsórcio.

c) Quanto à *natureza do vínculo entre as partes*,¹⁵ o litisconsórcio pode ser: necessário e facultativo.

O litisconsórcio se diz *necessário* quando as partes não podem dispensar a sua formação, sendo ele *indispensável*, devendo a ação ser proposta por vários autores contra um mesmo réu; por um autor contra vários réus; ou por vários autores contra vários réus, conforme a hipótese. Nesse caso, as partes têm de demandar ou serem demandadas em conjunto.

Esse tipo de litisconsórcio pode decorrer de *disposição de lei* ou da *natureza da relação jurídica* em que se funda a pretensão.

Em muitos casos, é a lei que impõe o litisconsórcio *necessário*, como nas ações possessórias em que devem ser citados como réus marido e mulher; na ação de usucapião, em que devem ser citados os interessados certos ou incertos, os confinantes do imóvel e aquele em cujo nome estiver registrado o imóvel; nas ações de divisão de terras, em que devem ser citados todos os confinantes; nas ações de demarcação de terras, em que devem ser citados todos os confinantes etc.

Na maioria dos casos, a formação do litisconsórcio necessário decorre da natureza da relação jurídica entre as partes. Existindo uma comunhão de direitos e obrigações, e, sendo ela una e incindível, o litisconsórcio será necessário, como, por exemplo, nas ações de partilha, em que todos os quinhoeiros deverão ser citados; na ação de nulidade de casamento, proposta pelo Ministério Público, em

15 Celso Barbi prefere classificá-lo “quanto à influência da vontade das partes na sua formação, subdividindo-o também em litisconsórcio necessário e facultativo”.

que serão citados ambos os cônjuges; na ação de dissolução de sociedade, em que serão citados todos os sócios etc.

O litisconsórcio facultativo decorre da vontade das partes na sua formação, mas essa vontade não é arbitrária, devendo, para ser admitido, ocorrer um dos casos especificados na lei, prevendo essa modalidade de litisconsórcio (CPC, art. 46).

Quando entre duas ou mais pessoas houver *comunhão de direitos* ou *obrigações relativamente à lide* (CPC, art. 46, I), o litisconsórcio será necessário, mas, se por disposição de lei ou pela natureza da relação de direito material, um dos comunheiros puder agir sozinho como autor ou réu, não haverá litisconsórcio; e, se os comunheiros quiserem, voluntariamente, se litisconsorciar para demandar, o litisconsórcio será *facultativo*. Assim, cada condômino pode reivindicar sozinho a propriedade em comum, ou unir-se a outros condôminos para esse fim (Cód. Civil, art. 1.314). Nessa hipótese, o litisconsórcio será *facultativo* e *ativo*. Mas existe, também, o litisconsórcio facultativo e *passivo*, nos casos em que, havendo comunhão de obrigações (solidariedade passiva), o credor decida exigir de todos os devedores a dívida comum (Cód. Civil, art. 275).¹⁶

Será também *facultativo* o litisconsórcio quando “entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir” (CPC, art. 46, III), como na hipótese de a vítima do delito acionar os responsáveis (empresa de ônibus e motorista) pelo fato delituoso na esfera cível.

O litisconsórcio será sempre *necessário* quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide *de modo uniforme* para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (CPC, art. 47).

d) Quanto aos *efeitos da sentença*, o litisconsórcio pode ser: unitário e não unitário.

O litisconsórcio se diz *unitário* quando, imposto por lei, a decisão dever ser idêntica para todos os litigantes. Assim, se o Ministério Público ajuizar uma ação de anulação de casamento contra ambos os cônjuges, a decisão deverá ser idêntica para ambos os réus, pois, em se tratando de sentença *constitutiva*, não se pode anular o casamento em relação ao marido, conservando-o em relação à mulher.¹⁷

Pode ocorrer que a decisão não deva ser, necessariamente, idêntica para todas as partes; quando então o litisconsórcio será não unitário, pois o juiz poderá julgar procedente a demanda em relação a uns e improcedente em relação aos demais. Assim, na ação de usucapião, em que devem ser citados todos os confinantes, o juiz poderá acolher a contestação de um dos réus e não acolher a contestação de outro, julgando procedente a ação contra um e improcedente quanto a outro.

16 Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

17 Numa ação de reivindicação de imóvel contra marido e mulher, não pode a sentença condenar o marido a restituí-lo, conservando-o em poder da mulher.

O litisconsórcio não precisa ser do tipo *necessário* para que seja necessariamente *unitário*, podendo o *facultativo* determinar uma sentença idêntica para todos os litigantes, como na hipótese de dois sócios proporem, em litisconsórcio, uma ação contra determinada sociedade anônima, pleiteando a anulação de atos de uma assembleia geral. Nesse caso, o litisconsórcio é facultativo, porque cada sócio poderia propor, separadamente, a sua ação; mas, tendo os sócios se litisconsorciado para demandar, a sentença terá de ser idêntica para ambos os autores.¹⁸

À luz do Código de Processo Civil, para saber se o litisconsórcio é do tipo necessário ou facultativo tem-se que cotejar o art. 46 com o art. 47;¹⁹ de modo que, sempre que houver disposição de lei determinando que todos, conjuntamente, participem da relação jurídica processual, e ocorra alguma das hipóteses previstas no art. 46, estar-se-á diante de litisconsórcio necessário. Quando a lei nada dispuser a esse respeito, mas, pela natureza da relação jurídica material, a lide dever ser decidida de modo uniforme para todos os litigantes, estar-se-á, igualmente, diante de litisconsórcio necessário.

Assistência: conceito; tipologia

Embora a *assistência* seja uma modalidade de intervenção de terceiros no processo, foi tratada pelo Código de Processo Civil ao lado do litisconsórcio.²⁰

A assistência pode ser enquadrada entre as formas de intervenção voluntária; mesmo porque ela é uma forma de intervenção de terceiro no processo de outrem.

No plano doutrinário, a assistência é considerada *intervenção de terceiro*, mas o Código de Processo Civil regulou-a juntamente com o litisconsórcio; e não faltaram motivos à época para que o legislador assim procedesse.

Para Celso Barbi, o legislador se impressionou com a assistência do tipo qualificado, que se equipara ao litisconsórcio; pelo que disciplinou a assistência e o litisconsórcio num único capítulo, dando-lhes tratamento análogo.

18 O Código de Processo Civil de 1939 distinguia claramente as três espécies de litisconsórcio: fundado na comunhão de interesses (necessário); na conexão de causas (facultativo impróprio); e na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (facultativo próprio). Naquela época, Lopes da Costa criticou o legislador, demonstrando que, nem sempre que havia comunhão de interesses, o caso era de litisconsórcio necessário. Se a lide, por exemplo, versasse sobre bens móveis, não obstante *casado* o autor ou o réu, não seria obrigatória a participação de ambos os cônjuges, ainda que o regime fosse o da comunhão de bens. Para o citado jurista, o litisconsórcio necessário era aquele que resultava de imposição de lei; a sua observância era imposta pela lei. Quando houvesse a comunhão de interesses, e a lei determinasse a formação do litisconsórcio, este seria do tipo necessário, mas poderia haver a comunhão de interesses, e a lei não determinar o litisconsórcio.

19 Na verdade, inexistia litisconsórcio *necessário* no mandado de segurança contra ato judicial, podendo haver *assistência litisconsorcial* (Carreira Alvim).

20 No direito italiano, a assistência é tratada como intervenção adesiva (*ad adjuvandum*), cujo objetivo é o de auxiliar uma das partes.

Se pender uma causa em juízo entre duas ou mais pessoas, o *terceiro*, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la (CPC, art. 50); o que mostra que o próprio Código considera o assistente um *terceiro*.

O Código regula dois tipos de assistência, os mesmos admitidos pela doutrina: assistência *simples* ou *adesiva* e assistência *qualificada* ou *litisconsorcial*.²¹

A assistência se diz *simples* quando o direito do terceiro não está sendo discutido em juízo, mas pode ser afetado pela sentença, pela relação que mantém com o direito que está sendo objeto de apreciação judicial; como acontece, por exemplo, no *interesse do fiador na vitória do afiançado*, no processo de cobrança da dívida.

A assistência se diz *qualificada* ou *litisconsorcial* quando o direito que está sendo objeto de discussão em juízo pertence *também* ao terceiro, fazendo nascer para ele o interesse em participar da sua discussão; como, por exemplo, a intervenção de um dos condôminos na ação em que outro condômino reivindica a *coisa comum* contra um possuidor injusto (Cód. Civil, art. 1.314).²² Como o direito de propriedade pertence ao autor da ação, mas pertence também ao outro condômino, pode este requerer a sua participação no processo para ajudar na sua defesa. Por isso, essa modalidade de assistência recebe o nome de assistência *litisconsorcial*, porque o assistente se equipara ao litisconsórcio.

A intervenção do terceiro como assistente no processo de outrem não depende da sua exclusiva vontade, mas da natureza do interesse que o ampara, devendo demonstrar um *interesse jurídico* na assistência, em razão das consequências que receberá da sentença que vier a ser proferida em face da parte principal.

Haverá *interesse jurídico* quando a relação ou situação jurídica do terceiro puder ser afetada pela sentença a ser proferida no processo, como acontece, por exemplo, na ação de cobrança de uma dívida do afiançado (caso de assistência simples), ou na ação de reivindicação do imóvel por um dos condôminos (caso de assistência litisconsorcial), porque, na primeira hipótese, o fiador pode vir a ser responsabilizado pela dívida, se o cobrador vencer, e, na segunda, poderá o condômino que ficou de fora perder o imóvel, se a demanda for julgada improcedente.

21 O Código de Processo Civil de 1939 regulava a assistência num único dispositivo, o que provocou muita confusão, tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial; sendo grande a divergência sobre se teria ele adotado apenas a assistência simples ou também a qualificada.

22 Nos termos do art. 1.314 do Código Civil, “cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la”. Qualquer dos condôminos pode reivindicar sozinho a coisa comum. Se, sendo condôminos *A*, *B* e *C*, qualquer deles pode, *sozinho*, ajuizar ação reivindicatória contra o possuidor; mas podem também se unir em litisconsórcio e propor a ação conjuntamente contra o mesmo réu. Se *A* propõe a ação contra o réu, não apenas direito seu está sendo objeto de discussão no processo, mas também direito de *B* e *C*. A sentença que vier a ser proferida afetará os que não participaram do processo, mas *cujos* direito está sendo objeto de discussão em juízo e será normatizado pela sentença. *B* e *C* têm interesse jurídico na vitória de *A*, pois a procedência da demanda beneficiará a todos como condôminos.

Quando o terceiro for titular de uma relação jurídica material *incompatível* com aquela que constitui objeto do processo, podendo a sentença importar na negação do seu direito, estar-se-á em face de um *interesse jurídico* legitimador do pedido de intervenção como assistente, simples ou qualificado, no processo de outrem.

Existe outra espécie de interesse chamado *interesse de fato* ou *econômico*, que ocorre quando a relação ou situação jurídica material de que é titular o terceiro se mostra *compatível* com aquela que constitui objeto do processo; caso em que não tem lugar nenhuma das modalidades de assistência, devendo o terceiro defender os seus interesses em ação autônoma.

A assistência litisconsorcial se distingue da assistência simples, porque nesta o direito material do assistente *não está* em questão, enquanto, na qualificada ou litisconsorcial, o direito que *está* sendo questionado em juízo é também do assistente.

Em razão da natureza do seu interesse no processo de outrem, o assistente *não é parte*, embora na doutrina haja quem, como Barbosa Moreira, sustente ser ele uma *parte secundária*, na medida em que atua como auxiliar da parte *principal*, exercendo os mesmos poderes desta e se sujeitando aos mesmos ônus (CPC, art. 52, *caput*).

As consequências dessas duas espécies de assistência são também diferentes.

Em se tratando de assistência *simples*, se o assistido desistir da ação, cessa automaticamente a participação do assistente; se o assistido desistir de determinada prova, o assistente não pode produzi-la; se o assistido não recorrer, o assistente não pode interpor recurso; e tudo isso por uma razão muito simples, de não ser seu o direito que está sendo discutido no processo, mas somente do assistido. Nessa hipótese, a assistência se diz *ad adjuvandum* (para ajudar).

Na assistência *qualificada* é diferente, porque, embora o assistente *não seja um litisconsorte* da parte, ele é *equiparado* ao litisconsorte para efeitos processuais, pelo que, se o assistido desistir da ação, o assistente pode prosseguir; se o assistido desistir de determinada prova, o assistente pode produzi-la; se o assistido não recorrer, o assistente pode interpor recurso; e tudo também pela simples razão de ser direito seu que está sendo discutido no processo, e não apenas do assistido. Nessa hipótese, a assistência se diz *coadjuvandum* (para coadjuvar).

Existe, ainda, outra diferença entre essas duas espécies de assistência, em consideração à situação jurídica do terceiro para com uma das partes, pois, enquanto na assistência *simples* a relação do assistente é diretamente com a parte assistida, na assistência *litisconsorcial* a relação do assistente é *com a parte contrária à parte assistida*.

Intervenção de terceiros: conceito; modalidades

Costuma-se dizer que as partes no processo são o autor, que é o “primeiro; o réu, que é o “segundo”, pelo que, quem não sendo parte no processo pede a sua intervenção, só poderia ser realmente o “terceiro”; embora se converta em sujeito do processo, se admitida a sua intervenção.

O *terceiro* é, portanto, aquele que, *não sendo parte* no processo, mas sendo titular de um *interesse jurídico* na intervenção, se mostra legitimado a intervir, seja espontaneamente, seja mediante provocação da parte que demonstre interesse na sua intervenção.

A *intervenção de terceiros* é uma modalidade de ingresso de um terceiro num processo entre duas outras partes, com o propósito de extrair dele uma utilidade adicional; sendo uma modalidade interventiva ligada ao tema da extensão subjetiva da sentença, na medida em que amplia a relação jurídica deduzida no processo, ou produz uma modificação subjetiva das partes.

Apontam-se duas espécies de intervenção de terceiros no processo: a) *intervenção voluntária*; e b) *intervenção provocada*.

A intervenção *voluntária* ocorre quando o terceiro intervém *voluntariamente* no processo de outrem, sem que seja convocado a intervir; como acontece, por exemplo, na *oposição* (CPC, art. 56).²³

A intervenção *provocada* ocorre quando o terceiro é *provocado* a participar do processo de outrem; como se dá, por exemplo, na nomeação à autoria (CPC, arts. 62²⁴ e 63²⁵); na denúncia da lide (CPC, art. 70);²⁶ e no chamamento ao processo (CPC, art. 77).²⁷

Modalidade de intervenção voluntária de terceiro é apenas a oposição; sendo as demais provocadas.

A oposição ocorre quando alguém pretende, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, podendo ter lugar até ser proferida a sentença (art. 56 do CPC).

A nomeação à autoria ocorre quando o *detentor* da coisa em nome alheio, uma vez demandado em nome próprio, indica o verdadeiro proprietário ou possuidor da coisa demandada (CPC, art. 62); ou, também, na ação de indenização intentada

23 Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

24 Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor.

25 Art. 63. Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

26 Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória: I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

27 Art. 77. É admissível o chamamento ao processo: I – do devedor, na ação em que o fiador for réu; II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, quando o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instrução de terceiro (CPC, art. 63).

A denunciação da lide é aquela que a parte ou, sucessivamente, o próprio denunciado faz: I – ao alienante, na ação em que o terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício e do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; e III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda (CPC, art. 70).

O chamamento ao processo é a chamada feita pelo réu: I – do devedor, na ação em que o fiador for réu; II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (CPC, art. 77).

Substituição processual

Uma das condições da ação é a *legitimação das partes*, o que significa legitimidade para ser autor, réu ou interveniente num processo.

Quem tem a *legitimidade ativa* é o autor, enquanto titular da pretensão para o qual se pede a tutela jurídica; a *legitimidade passiva* cabe ao réu, titular de uma pretensão contrária à do autor.

A essa modalidade de legitimação se chama de *legitimação ordinária*.

Em princípio, os sujeitos da relação jurídica material são, também, os *sujeitos parciais da relação processual*; mas nem sempre isso acontece, porque há casos em que a lei permite que alguém esteja em juízo, em nome próprio e no interesse próprio, como autor ou réu, por um direito material alheio.

Essa legitimação extraordinária Chiovenda batizou com o nome de *substituição processual*.²⁸

Sempre que alguém estiver autorizado pelo direito material a intervir, em nome próprio e no interesse próprio, no direito material de outrem, estará *ipso facto* autorizado a defendê-lo em juízo se houver necessidade de se socorrer das vias judiciais.

Estabelece o art. 6º do Código de Processo Civil que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, tendo-se aí a base legal da substituição processual no processo civil brasileiro.

28 Da mesma forma que no direito substancial há casos em que se admite exercer no próprio nome direitos alheios, assim também pode outrem ingressar em juízo *no próprio nome* (isto é, como parte) *por um direito alheio*. Ao introduzir e analisar esta categoria, Chiovenda atribuiu-lhe o nome de *substituição processual*.

O Código Civil autoriza que alguém, sem autorização do interessado, intervenha na gestão de negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com quem tratar (art. 861).²⁹ Se o gestor de negócios precisar de se valer das vias judiciais para a defesa dos negócios do gerido, poderá fazê-lo na condição de *substituto processual*.

Muitas outras hipóteses existem de substituição processual, como o órgão do Ministério Público na defesa de direitos materiais do incapaz, na esfera cível; e o querelante na queixa privada apresentada contra o querelado, dado que o titular do direito de punir é o Estado e não o particular.

A substituição processual não se confunde com a *representação* processual e, muito menos, com a *sucessão* processual.

Representação, substituição e sucessão processual

Existe *substancial* diferença entre representação processual, substituição processual e sucessão processual, prestando-se cada uma a resolver uma distinta situação no processo.

Na *representação processual*, o representante atua em juízo *em nome e por conta* do representado, que, por não possuir capacidade para estar em juízo, precisa tê-la suprida. Neste caso, o representado será parte, no exato sentido da palavra. Assim, o incapaz, para atuar no processo na qualidade de autor, réu ou interveniente, precisa ter a sua capacidade processual suprida pelo seu representante legal (pais, tutor ou curador).

Na *substituição processual*, o substituto comparece em juízo, como autor ou réu, *em seu próprio nome*, mas em defesa de direito do substituído; pelo que o autor ou réu será o *substituto* e não o substituído; embora os efeitos da sentença se façam sentir também em face deste. Assim, na hipótese de sucumbência, o responsável pelas custas processuais e honorários advocatícios será o substituto processual.

Na *sucessão processual* ocorre uma modificação subjetiva da lide, em que uma das partes é *sucedida* por outra pessoa, no processo, ocupando a mesma posição antes ocupada pelo sucedido. Assim, se no curso do processo falece o autor ou o réu, os seus herdeiros virão sucedê-lo, formando-se, muitas vezes, um litisconsórcio, ativo ou passivo, onde a parte era singular.

A sucessão processual só ocorre se o direito material discutido em juízo não for personalíssimo, porque, se o for, o processo se extingue com a morte de uma das partes. Assim, numa ação de divórcio, por exemplo, a morte de uma das partes não admite a sucessão processual, porque o vínculo matrimonial fica extinto.

29 Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

O Código de Processo Civil emprega o termo “substituição” em lugar de “sucção”, como se vê do art. 41.³⁰

Limites de incidência da autonomia da vontade: o poder dispositivo

O processo não serve às partes, mas estas é que se servem do processo, buscando, cada qual, através dele, a satisfação do seu direito.

Apesar de proclamado que o objetivo que se procura alcançar através do processo apresenta feição nitidamente pública, não se pode deixar de reconhecer a *relevância* que tem a vontade das partes no seu desenvolvimento.

Assim como a parte autora age a partir da ação, assumindo os ônus processuais de praticar os atos que lhe competem, para que o juiz emita um provimento de mérito, a parte ré reage, assumindo com a apresentação da defesa os ônus correlatos.

Embora o processo se desenvolva pelo impulso oficial (autodinâmica), recebe importante e necessária contribuição das partes (heterodinâmica), cuja atuação não pode ser suprida pelo juiz, e cuja vontade, expressa ou tácita, produz efeitos, positivos ou negativos, sobre a relação processual.

As partes, enquanto titulares de direito substanciais, possuem o *poder de dispor* da pretensão material, desde que a lei não lhes tolha essa faculdade; e nada pode o juiz, em face do *poder dispositivo* que a lei lhes concede. Assim, se o litígio girar em torno de interesses patrimoniais, o poder das partes de transigir ou renunciar é quase absoluto.

Chama-se *poder dispositivo* “a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não os seus direitos”, configurado, em sede jurisdicional, pela possibilidade de os interessados apresentarem ou não uma lide em juízo, a fim de vê-la solucionada, e de apresentá-la da maneira que lhes aprouver.

Este *poder de disposição* sofre restrições, quando se trata de *interesses intransigíveis* – comumente chamados de direitos indisponíveis –, em face da sua natureza (interesse público) ou da condição ou qualidade dos seus titulares (incapazes, pessoas de direito público etc.).

Exatamente porque os interesses admitem, em regra, renúncias e transações, cumpre ao juiz buscar a conciliação das partes em audiência, envidando esforços para que se alcance a composição da lide, através de consenso dos litigantes. É a *autocomposição*, que Carnelutti insere entre os equivalentes jurisdicionais.

Se as partes são titulares ou se dizem titulares de direitos materiais controvertidos em juízo, são, também, como sujeitos do processo, titulares de *direitos processuais*, a respeito dos quais, dentro de determinados limites, *podem dispor*.

30 Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.

Assim, o autor pode ajuizar a ação e desistir dela, nos limites da permissão legal;³¹ o autor pode renunciar ao direito material sobre o qual se funda a ação, ainda que contestada; as partes podem convencionar a suspensão do processo civil (art. 265, II, do CPC);³² a parte pode desistir da produção de prova que haja requerido; a parte pode renunciar à interposição de recurso ou desistir de recurso interposto; a parte pode abrir mão de prazo estabelecido em seu favor; as partes podem se dar por citadas, intimadas etc.

Em todas essas hipóteses está presente o *poder dispositivo* das partes, expressão da autonomia da sua vontade, às vezes ampla, às vezes restrita, com reflexos diretos sobre a relação jurídica processual ou sobre a própria relação de direito material.

No processo trabalhista, esse poder de disposição é também bastante amplo, sofrendo restrições apenas quando se trate de renúncias e transações acerca de direitos do empregado *estável*.

No processo penal, ao contrário, a regra é a *indisponibilidade* do interesse em lide, dado que o crime configura, antes que uma lesão a um interesse privado (*ut singuli*),³³ ofensa a um interesse da própria coletividade (*uti universi*).³⁴ A pena tem o objetivo de restaurar a ordem jurídica lesada pelo delito.

A *indisponibilidade* do processo penal se liga à indisponibilidade do direito de punir do Estado e do respectivo direito de liberdade do indivíduo; o que não impede a transação em determinadas circunstâncias, como admitida nos Juizados Especiais, tanto federais quanto estaduais.

Ocorrendo um crime de ação pública, a autoridade policial é obrigada a apurá-lo através do competente inquérito policial, e o órgão do Ministério Público a ajuizar a ação penal, oferecendo a competente denúncia; salvo se for caso de pedido de arquivamento do inquérito ou peças de informação, ou a devolução dos autos à delegacia de origem para colheita de novos elementos de convicção.³⁵

O poder dispositivo das partes é também muito grande na ação penal privada, em que o oferecimento da queixa é conferido ao ofendido ou seu representante legal; e na ação penal pública condicionada a *representação* da vítima ou do seu representante legal, ou de *requisição* do Ministério da Justiça.

Sem que ocorram, na ação penal pública condicionada, a representação ou requisição dos legitimados, verdadeiras “condições de processabilidade”, não se instaura validamente o processo penal.

31 Decorrido o prazo para resposta, a desistência da ação depende do consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC). Se se tratar de mandado de segurança, esse consentimento é dispensável.

32 Art. 265. Suspende-se o processo: II – pela convenção das partes. (...)

33 “*Uti singuli*” significa singularmente.

34 “*Uti universi*” significa universalidade.

35 Quando o órgão do Ministério Público requer o arquivamento do inquérito policial, o juiz, se considerar improcedentes as razões invocadas, deve remeter o inquérito ao Procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro membro do MP para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual, só então, estará o juiz obrigado a atender (CPP, art. 28).

A autonomia da vontade das partes, que está na base do poder dispositivo, não se limita às hipóteses mencionadas, pois, mesmo depois de instaurado o processo em ação penal privada, o ofendido pode perdoar o ofensor (CPP, art. 51);³⁶ pode renunciar ao direito de queixa (CPP, art. 49),³⁷ ou deixar que a ação penal se torne *perempta* (CPP, art. 60).³⁸ A Lei dos Juizados Especiais Criminais estaduais admite a *aceitação*, pelo réu, da pena que não seja privativa de liberdade (art. 72),³⁹ bem assim a conciliação das partes (art. 73);⁴⁰ o mesmo fazendo a Lei dos Juizados Especiais Criminais federais.

O defensor do réu, no processo penal, pode deixar de apresentar defesa prévia, de contrariar o libelo acusatório ou de produzir prova que haja requerido, não passando essa liberdade de atuar ou não atuar, conforme o seu próprio interesse, de manifestação do poder dispositivo reconhecido às partes.⁴¹

O juiz pode conceder o perdão judicial, nos casos previstos em lei (CP, art. 107, IX),⁴² o que não deixa de ser também manifestação do poder dispositivo no processo penal.

A maior ou menor incidência da autonomia da vontade das partes sobre a relação jurídica material, ou sobre a própria relação processual, depende do ordenamento jurídico de cada país.

Bibliografia

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

-
- 36 Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.
- 37 Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.
- 38 Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á *perempta* a ação penal: I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.
- 39 Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.
- 40 Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.
- 41 Evidentemente, a inatividade do defensor do réu não pode ir a ponto de prejudicar o direito de defesa; caso em que poderá determinar a nulidade do próprio processo e da sentença que tiver sido proferida.
- 42 Art. 107. Extingue-se a punibilidade: IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito na doutrina**. Curitiba: Juruá, 2006. v. IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.

LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1977.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959. v. I.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

10

MORFOLOGIA DO PROCESSO

Distinção entre processo e procedimento. Princípios fundamentais do processo. Princípios fundamentais do procedimento. Tipologia do processo.

Distinção entre processo e procedimento

No sentido vulgar, a palavra “processo” tem o significado de *continuação de uma série de operações* vinculadas pela unidade do fim, quando se fala em processo cirúrgico, processo químico, e assim sucessivamente.

No campo da ciência do direito, **processo**, grosso modo, é “*a operação mediante a qual se obtém a composição da lide*” (Carnelutti), ou, em vista do seu escopo, “*o conjunto de atos destinados à formação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal fim de pessoas interessadas com uma ou mais pessoas desinteressadas*”.

Afinal, o processo não é um ato isolado ou vários atos praticados a talante dos sujeitos processuais, mas um *conjunto* harmônico e coordenado de atos, sujeitos a uma disciplina imposta por lei. Sendo o processo o instrumento de aplicação da lei, é ele próprio regulado pela lei.

Para Chiovenda, o processo é “*o complexo de atos coordenados, tendentes à atuação de vontade da lei, acerca de um bem garantido por ela, por parte dos órgãos jurisdicionais*”.

Posta de lado a divergência quanto à função que o processo desempenha na ordem jurídica, basta entender-se como “justa composição da lide”, como diz Carnelutti, a *resolução da lide de acordo com a lei*,¹ cuja atuação o processo produz, como afirma Chiovenda, para se concluir que uma teoria não exclui a outra.

Seja o processo considerado um *conjunto* ou *complexo* de atos, não se pode desconhecer que toda essa atividade se desenvolve *jurisdicionalmente*, já que o Estado-juiz se serve do *processo* para dizer o direito ou a vontade da lei.

1 A lei é a medida do justo.

O conceito de jurisdição é inseparável da noção do processo; mesmo porque o processo *é o instrumento da jurisdição*.

Os atos processuais se ligam uns aos outros para garantir a harmonia do conjunto, e, como quem pratica atos no processo são os sujeitos processuais (juiz e partes), a lei lhes reconhece poderes, direitos e faculdades e os correspondentes deveres, sujeições e ônus.

Visto *por fora*, o processo se apresenta aos nossos olhos como conjunto ou complexo de atos que se desenvolvem *preordenadamente*, mas considerado *por dentro* ele constitui uma relação jurídica que interliga os sujeitos processuais, impondo a todos uma atuação que, por fim, resultará na resolução do conflito pela atuação, positiva ou negativa, da vontade da lei, conforme haja ou não direito material a ser tutelado.

O processo é esse *conjunto* ou *complexo* de atos praticados pelos sujeitos processuais, segundo uma disciplina imposta por lei, para assegurar a unidade do conjunto e o fim a que está coordenado, permitindo a solução jurisdicional da lide, mediante a atuação da lei material.

Razão assistia, portanto, a João Mendes Júnior, quando dizia que o processo é “uma *direção* no movimento”.

O **procedimento** é o *modus operandi* do processo, traduzindo o aspecto exterior do fenômeno processual.

Aquela sequência de atos processuais, considerados no seu conjunto, não se desenvolve do mesmo modo em todas as hipóteses; pois, dependendo do tipo de tutela processual, haverá um conjunto específico de atos tendentes a assegurar *jurisdicionalmente* a pretensão.

Neste sentido, fala-se em **processo** de conhecimento, cautelar e de execução, que se desdobra consoante determinado rito, que pode ser um *procedimento comum* ou *especial*, ou formas outras adequadas a garantir o atingimento do escopo do processo, como o procedimento cautelar e de execução.

Na medida em que se adota determinado tipo de processo – de conhecimento, cautelar ou de execução –, a ele corresponderá um tipo correlato de procedimento.

Razão assistia, mais uma vez, a João Mendes Júnior, quando dizia que o procedimento é “o modo de mover e a forma em que é movido o ato”.

O **processo** é, na substância, uma relação jurídica entre sujeitos processuais, que se exterioriza consoante determinado **procedimento**, que é a sua veste exterior; e que o acompanha “*como a sombra acompanha o corpo*”.

Princípios fundamentais do processo

Os *princípios fundamentais* do processo são de duas categorias. Alguns informam *qualquer sistema processual*, sendo mesmo indispensáveis para que o sistema funcione bem; outros variam conforme a orientação *filosófica* que o legislador imprima ao sistema. Os primeiros são princípios *ideológicos*, enquanto os segundos são princípios *sistemáticos*.

Os princípios *ideológicos* influem *todo e qualquer* sistema processual, sendo diretrizes residentes no mundo das *ideias*.

Estes princípios são: a) lógico; b) jurídico; c) político e d) econômico.

a) O princípio *lógico* significa que o legislador deve usar formas processuais que propiciem uma melhor apuração da verdade.

b) O princípio *jurídico* significa que se deve dar às partes, no processo, iguais oportunidades; não devendo ser construído um processo com o desequilíbrio das partes.

c) O princípio *político* significa que, na elaboração do sistema processual, deve haver o menor sacrifício possível da liberdade individual; não devendo ser usadas medidas de constrição à liberdade das pessoas, senão as indispensáveis à consecução das finalidades do processo.

d) O princípio *econômico* significa que o processo deve ser constituído com o menor dispêndio possível de tempo e dinheiro; tanto quanto possível deve ser barato.

Os princípios *sistemáticos* informam *um ou outro* sistema processual; existindo num, pode não existir noutro, dependendo da orientação que o legislador imprima ao sistema.

Estes princípios são: a) da iniciativa da parte; b) do impulso processual; c) do contraditório; d) do inquisitório; e) do dispositivo; f) da lealdade processual; g) da publicidade; e h) da preclusão.

a) O *princípio da iniciativa das partes*, também chamado *princípio da demanda*, significa que o juiz não pode prestar jurisdição sem que o autor a peça, pois a jurisdição só se movimenta quando provocada.

Este princípio é muito antigo e vem consubstanciado nas máximas “*ne procedat iudex ex officio*”² e “*nemo iudex sine actore*”;³ mas não vigora em toda a sua plenitude, porque existem casos de jurisdição de ofício, como na execução de sentença trabalhista, na concessão de *habeas corpus* e na convolação de pedido de recuperação em falência etc.

b) O *princípio do impulso processual* significa que o processo depende do impulso dos órgãos judiciais, encarregados do exercício da jurisdição, cumprindo assim ao juiz, ao escrivão, ao oficial de justiça etc. impulsioná-lo independentemente de pedido das partes, exigindo-se apenas o exercício da ação.

Ao lado do *princípio do impulso oficial* (autodinâmica) atua o *princípio da iniciativa das partes* (heterodinâmica), possibilitando a estas interferir na prática de atos processuais, abreviando ou prorrogando prazos não peremptórios, convencendo a suspensão do processo por certo tempo, tudo consoante as permissões legais.

O Código de Processo Civil consagra expressamente este princípio, dispondo que o começa por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial (art.

2 O juiz não procede de ofício.

3 Não há juiz sem autor.

262); cumprindo ao juiz dirigir e velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), mas sem prejuízo da defesa dos interessados.⁴

c) O *princípio do contraditório*, também chamado de *princípio da audiência bilateral*, significa que o juiz não pode decidir sobre uma pretensão, se não for ouvida a outra parte, contra a qual é deduzida.

No processo cautelar e na concessão de tutela antecipada, a liminar é, muitas vezes, concedida *inaudita altera parte*, mesmo porque nem sempre há tempo para essa providência, sob pena de perecimento do próprio direito material. Suponha-se um pedido de internação numa UTI,⁵ que, se não for deferido liminarmente, a pretensão perderá o seu objeto com a morte do paciente.

Nesses casos, não há infringência ao contraditório, de forma absoluta, porque, uma vez concedida a medida, a parte contrária tem oportunidade de contraditá-la, podendo, inclusive, insurgir-se contra ela mediante agravo de instrumento direto no tribunal.

d) O *princípio do inquisitório* significa que, em certas causas, prevalece o interesse geral ou social, em que seja realmente apurada a verdade real dos fatos, como aconteceram, e não como querem as partes que tenham acontecido.

Este princípio não exclui por completo a atividade das partes, mas apenas confere poderes mais amplos ao juiz na investigação da verdade, em virtude do elevado interesse público envolvido na lide, como nas ações de estado (v.g. nulidade ou anulação de casamento) e nas causas relativas à capacidade das pessoas (v.g. interdição).

O princípio *inquisitório* foi concebido para os processos onde haja um interesse *social* maior, quando se reconhece ao juiz poderes mais amplos na investigação da verdade, temperando assim o poder dispositivo das partes.

No âmbito penal, o princípio inquisitório se opõe, também, ao princípio *acusatório*, não podendo o juiz proceder senão em decorrência de uma acusação apresentada pelo Ministério Público, na ação penal pública, ou pelo querelante, na ação penal privada.

Sempre que o juiz possuir poderes para, *de ofício*, iniciar o processo, instruí-lo e produzir a prova, estar-se-á em face do princípio inquisitório ou inquisitivo.

e) O *princípio do dispositivo* é de uma época em que ainda se tinha uma ideia privatista do processo, concebido como campo para se tratar de interesses privados, pelo que as partes podiam dispor dos seus direitos, não só fora do processo como também *dentro* do processo.

O princípio foi *originalmente* formulado com base na máxima segundo a qual “o juiz deve julgar segundo o *alegado e provado* pelas partes”, sendo mais tarde desdobrado em outros, persistindo até hoje; porque as partes delimitam a matéria do julgamento do juiz; as partes sabem o que querem alegar e o que podem alegar; e o juiz não pode extrapolar das alegações das partes.

4 O mesmo ocorre com os processos penal e trabalhista.

5 Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

Segundo a formulação *originária* do princípio dispositivo, a prova competia privativamente às partes, não cabendo ao juiz qualquer poder ou faculdade em matéria de prova, por depender exclusivamente das partes a sua produção.

Mais recentemente, houve uma metamorfose deste princípio, cuja formulação passou a ser: “O juiz julga segundo o *alegado* pelas partes”; com o que, suprimindo-se o vocábulo “provado”, dilatou-se o campo de atuação do juiz no campo probatório.

O Código de Processo Civil seguiu esta evolução, dando ao juiz maiores poderes de iniciativa em matéria probatória (CPC, art. 130);⁶ pois o processo penal sempre perseguiu a verdade real; e o processo trabalhista sempre se orientou no sentido da proteção da parte mais fraca na relação de trabalho.

A restrição à atividade de cognição do juiz é *absoluta* no tocante às *alegações* das partes, e relativa no tocante à prova, podendo determinar *de ofício* as diligências necessárias ao esclarecimento da verdade em qualquer momento do processo.

No âmbito trabalhista, o juiz pode julgar *extra petita*, sendo-lhe permitido converter o pedido de reintegração do empregado estável em condenação a indenização dobrada (CLT, art. 496).⁷

No processo penal, o juiz está vinculado às alegações do órgão do Ministério Público, na denúncia, ou pelo querelante, na queixa privada, mas apenas no que concerne à “descrição do fato”, pois atribui-lhe definição jurídica diversa, ainda que em consequência tenha de aplicar pena mais grave (CPP, art. 383, *caput*).⁸

A doutrina aponta, como consequências do princípio em foco, as máximas “*quod non est in actis non est in mundo*”⁹ e “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.¹⁰

f) O *princípio da lealdade processual* significa que as partes devem proceder com lealdade e boa-fé nas suas relações recíprocas e com o órgão jurisdicional, cumprindo-lhes dizer a verdade e agir com moralidade e probidade no decorrer do processo.

Este princípio é extensivo aos advogados, e sua infração constitui *ilícito processual*, sujeitando o infrator a sanções processuais.

g) O *princípio da publicidade* domina todo processo, qualquer que seja o conteúdo da lide (penal, civil ou trabalhista), assegurando que os atos processuais sejam públicos, franqueados a quem os queira assistir.¹¹

6 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

7 Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

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

9 “O que não existe nos autos não existe no mundo”.

10 “Dá-me o fato e te darei o direito.”

11 Essa regra comporta exceções, no interesse público e no privado, quando a lei assegura a realização do processo em segredo da justiça (CPC, arts. 155 e 444).

A aplicação deste princípio se revela com mais intensidade naquela fase em que o ato processual se exterioriza através da palavra oral, como nas audiências.

h) O *princípio de preclusão* garante o andamento do processo sem recuo a fases já superadas do procedimento, o que significa que o descumprimento de prazos na prática de atos processuais tem, como consequência, a impossibilidade de praticá-los; salvo se tiver ocorrido justo impedimento.

Este princípio é de grande importância na teoria dos prazos.

Princípios fundamentais do procedimento

Os *princípios fundamentais do procedimento* presidem a forma dos atos processuais, conforme seja o sistema processual *oral* ou *escrito*.¹²

Atualmente não existe *procedimento* oral na sua forma pura, adotando-se um procedimento misto, uma combinação do oral e escrito.

No procedimento *oral*, existe uma predominância *quantitativa* de atos escritos, em combinação com a palavra falada, como expressão dos atos relevantes e decisivos na formação da convicção do juiz, sendo *qualitativamente* relevantes os atos praticados através da oralidade.

Neste sentido, são também os ensinamentos de Chiovenda,¹³ registrando que, nos momentos capitais do procedimento, predomina a palavra oral.

No direito brasileiro, os princípios informativos do procedimento oral são: a) da imediação; b) da identidade física do juiz; c) da concentração; e d) da irrecorribilidade das interlocutórias.

a) O *princípio da imediação* significa que o juiz que vai proferir a sentença deve estar em contato com as partes e com as provas, sem intermediários; traduzindo um contato direto do juiz com as partes e com as provas.

Este princípio adquire relevância em se tratando de prova testemunhal, porque o juiz colhe importantes elementos de convicção deste contato imediato com a fonte da prova, para valorar a credibilidade de um testemunho, certificando-se, pelas reações do depoente, se está dizendo a verdade ou mentindo; dependendo da resposta dada a uma pergunta, se com presteza ou com vacilação.

O princípio da imediação não tem significado algum quando se trata de prova documental.

12 Ao tempo das *ações da lei*, o sistema era inteiramente oral, como também oral era o antigo processo germânico. O sistema anterior ao Código de Processo Civil de 1939, ao contrário, era inteiramente escrito. Também o sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1939, segundo Lopes da Costa, era escrito, embora muitos lhes contestassem a afirmação.

13 Para Chiovenda, “oralidade” significa que as deduções das partes devem normalmente fazer-se de viva voz na *audiência*, isto é, no momento e no lugar em que o juiz se senta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa. Enfim, aquele (processo) informado pelos princípios da imediação, da identidade física do juiz, da concentração e da irrecorribilidade dos despachos interlocutórios.

b) O *princípio da identidade física do juiz* traduz a exigência de que o juiz seja, normalmente, o mesmo do começo ao fim da causa, de modo que o juiz que conduzir o processo e colher a prova deve sentenciar a causa.

Tenho preferido falar em *princípio da pessoalidade do juiz*, por me parecer mais adequado do que *identidade física do juiz*.

Na impossibilidade de se atender ao princípio na sua pureza, em face da alta rotatividade dos juízes nas comarcas, seções ou circunscrições judiciárias, o princípio *metamorfoseou-se* com o passar do tempo, pois, antigamente, o juiz que tivesse iniciado a audiência concluiria a instrução e julgaria a causa, e, hoje, o juiz que *concluir a audiência* é que deve sentenciar (CPC, art. 132).¹⁴

Casos haverá em que a identidade física do juiz não poderá ser observada, como nas hipóteses de promoção, remoção ou aposentadoria do juiz, devendo passar os autos ao seu sucessor, que, apesar de não ter concluído a audiência, deverá julgar a causa; podendo, no entanto, se entender necessário, determinar a repetição da prova (CPC, art. 132, parágrafo único).¹⁵

Este princípio é temperado, ainda, quando se trata de colheita de prova fora da jurisdição da causa, através de carta precatória, podendo acontecer que toda a prova testemunhal seja colhida em juízos de diferentes comarcas: uma testemunha é ouvida em São Paulo; duas em Mato Grosso; três em Minas Gerais etc.

Nesse ponto, o Código cedeu ao imperativo de ordem prática, ante a impossibilidade de se poder conduzir as testemunhas até a sede da comarca para depor.

O princípio da *identidade física do juiz* ou da *pessoalidade do juiz* não informa o procedimento trabalhista nem o procedimento penal, que não o agasalham, podendo, nesses processos, um juiz concluir a instrução em audiência e outro vir a proferir a sentença.

c) O *princípio da concentração* significa praticar, sempre que possível, todos os atos processuais orais numa única audiência, ou, então, em poucas audiências, a curtos intervalos, de modo que o juiz que colher a prova e ouvir as alegações finais das partes profira o julgamento da causa com as impressões ainda frescas na sua memória.

Se o juiz não se sentir em condições de proferir a sentença na própria audiência, faculta-lhe a lei fazê-lo dentro de certo prazo,¹⁶ que, na prática, quase nunca é observado.

O princípio da concentração foi prestigiado pelo Código de Processo Civil, instituindo uma audiência de saneamento (art. 331),¹⁷ e também na disciplina do

14 Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

15 Art. 132 (...) Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

16 O prazo não é o mesmo para todos os casos, estando a depender do tipo do procedimento.

17 Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se

procedimento sumário, concentrando numa única audiência a conciliação das partes, decisão sobre a impugnação ao valor da causa ou sobre a natureza da demanda (art. 277),¹⁸ oferecimento de defesa pelo réu e de pedido contraposto, se for o caso; apresentação do rol de testemunhas pelo réu; e, se este pretender perícia, a apresentação dos quesitos e indicação de assistente técnico (art. 278).¹⁹

Nos julgamentos da competência do tribunal do júri, a concentração é a mais absoluta possível, mais do que no processo civil e no trabalhista.

d) O *princípio da irrecorribilidade das interlocutórias* imprime andamento rápido ao processo, tornando irrecorribéis as decisões interlocutórias, sem prejuízo da sua posterior apreciação pelos tribunais.

Esta é uma característica importante do procedimento *oral*, mas sofre tantas restrições, que faz com que, no processo civil, exista uma *relativa*²⁰ irrecorribilidade das interlocutórias (CPC, art. 522, *caput*).²¹

no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

- 18 Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. § 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.
- 19 Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. § 1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. § 2º Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.
- 20 “Relativa” porque em alguns processos, como, v.g., no processo civil, são *recorribéis*; no processo trabalhista são *irrecorribéis*.
- 21 Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (...)

No âmbito penal, também a irrecorribilidade das interlocutórias é relativa (CPP, art. 581).²²

No processo trabalhista, o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias vigora de forma quase absoluta, só admitindo a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias *processuais* em recurso da decisão definitiva da CLT (art. 893, § 1º);²³ mas relativamente às interlocutórias de *mérito*, concessivas de tutela antecipada, são recorríveis através de *mandado de segurança contra ato judicial*.²⁴

Tipologia do processo

A doutrina costuma classificar o processo sob dois prismas distintos: I – quanto aos fins da prestação jurisdicional invocada; e II – quanto à índole do interesse a que serve.

I – No que concerne aos *fins da prestação jurisdicional invocada*, é a natureza da prestação jurisdicional que determina o *tipo* do processo, podendo ser: 1) de conhecimento; 2) de execução; e 3) cautelar.

1) *Processo de conhecimento* – Este processo tem por objeto uma lide a ser resolvida pela sentença, exigindo do juiz uma atividade de cognição sobre os fatos que servem de fundamento à pretensão e sobre o direito a eles aplicáveis.

O juiz é provocado a decidir uma lide entre dois litigantes, e dizer qual dos dois tem razão, culminando com uma sentença de mérito, que põe fim ao litígio.

O processo de conhecimento pode ser classificado em: a) declaratório; b) constitutivo; e c) condenatório.

a) O *processo de conhecimento declaratório* resulta do ajuizamento de uma ação declaratória, cujo objetivo é obter a declaração de existência ou inexistência de uma relação ou situação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento.

b) O *processo de conhecimento constitutivo* resulta do ajuizamento de uma ação constitutiva, cujo objetivo é obter a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica.

O processo de conhecimento constitutivo pode ser do tipo *necessário* ou *não necessário*.

O processo será do tipo *necessário* quando não for possível às partes obter a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica a não

22 Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da *decisão*, despacho ou sentença: (...)

23 Art. 893 (...) § 1º Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. (...)

24 Essa jurisprudência foi imposta à Justiça do Trabalho, de cima para baixo, por uma infeliz decisão do Tribunal Superior do Trabalho, mediante provimento interno, por puro preconceito de se admitir agravo de instrumento dessas interlocutórias, temeroso de ofender o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

ser através do processo, caso em que se tem uma lide de pretensão insatisfeita, porque só pode ser satisfeita judicialmente. Caso dessa espécie é a anulação de casamento.

O processo será do tipo *não necessário* quando houver possibilidade de as partes operar a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica, extrajudicialmente, mas não chegam a um acordo, desaguando então a pretensão na justiça. Caso dessa espécie é a rescisão de contrato de compra e venda.

c) O *processo de conhecimento condenatório* resulta do ajuizamento de uma ação condenatória, em que uma das partes pretende obter a condenação da outra ao cumprimento de uma obrigação, que pode ser entregar uma coisa ou fazer ou não fazer algo.

2) *Processo de execução* – Este processo tem por objeto atividades jurisdicionais tendentes a tornar efetiva a condenação resultante de um título executivo judicial ou de obrigação constante de um título executivo extrajudicial (CPC, art. 585).²⁵

O processo de execução é *outro processo*, distinto do processo de cognição do qual resultou o título judicial, dando origem a uma *ação de execução*, também distinta da ação de conhecimento, fazendo nascer entre os diversos sujeitos processuais (exequente, juiz e executado) uma nova relação jurídica processual, inteiramente autônoma do processo de conhecimento.

Os diversos ordenamentos jurídicos consagram sistemas distintos para a execução da sentença proferida no processo de conhecimento, admitindo alguns que a execução se faça de forma *sincretizada*, nos próprios autos do processo de conhecimento, como fase desse processo, mediante simples *cumprimento da sentença*; enquanto outros exigem o exercício de nova ação de execução para esse fim.

No passado, o Brasil consagrou segundo sistema, exigindo uma ação e processo de execução, para fim de execução da sentença condenatória; mas, recentemente, optou pelo primeiro, permitindo a execução ao largo de nova ação e processo, só mantidos para as hipóteses de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública

25 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio; V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; VI – o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

(CPC, art. 730), ou penal condenatória, arbitral e estrangeira (CPC, art. 475-N, II, IV e VI).²⁶

c) *Processo cautelar* – O ideal seria que, proposta a ação principal, o juiz proferisse sentença num curto espaço de tempo, o que nem sempre é possível.

Como o direito material da parte não pode ficar comprometido pela demora na prolação da sentença no processo de conhecimento, entram em cena as ações cautelares, que dão origem a um processo cautelar, em tudo distinto daquele processo, que tem o único objeto de tutelar o processo mesmo.

O objeto da ação e processo cautelares é evitar que o perigo da demora cause ao direito provavelmente bom²⁷ da outra parte um dano irreparável ou dificilmente reparável; sendo medidas provisórias ou temporárias, sempre condicionadas à decisão que vier a ser proferida no processo principal,²⁸ quando for o caso.

O Código de Processo Civil consagra hipóteses de ações cautelares *autônomas*, que não dependem de outro processo, como, por exemplo, a entrega de bens pessoais do cônjuge ou dos filhos (art. 888, I) ou o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (art. 888, IV).

O processo cautelar pode ser *preparatório*, quando anteceda outro processo principal, a ser instaurado; ou de índole *incidente*, quando for instaurado num processo principal já em curso.

II – No que tange à *índole do interesse a que serve*, é a natureza do interesse em juízo que determina o tipo do processo, podendo ser: a) individual; b) coletivo; e c) social.

a) O *processo individual* resulta de uma ação envolvendo interesses *concretos* de pessoas determinadas. Se esse interesse for pertinente a uma pessoa singularmente considerada, diz-se individual *singular*; quando o interesse pertence a diversas pessoas consideradas isoladamente, diz-se individual *plúrimo*.

Quando o interesse for *plúrimo*, podem as diversas pessoas se unir para demandar em conjunto, formando um litisconsórcio ativo.

b) *Processo coletivo* – Este processo resulta de uma ação envolvendo interesses *concretos* ou *abstratos* de um grupo, categoria ou classe de pessoas.

Dessa modalidade de processo tratam o Código de Defesa do Consumidor, nas modalidades de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogê-

26 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; IV – a sentença arbitral; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. (...)

27 São seus requisitos o juízo de probabilidade (*fumus boni iuris* = aparência do bom direito) e perigo da demora (*periculum in mora*), expressões que, apesar de arcaicas, têm o aval da doutrina e da jurisprudência.

28 Também nem sempre, porque o processo cautelar pode *esgotar* o interesse da parte e não depender de futuro processo de conhecimento. Há cautelares de cunho satisfativo, como as previstas no art. 888 (II, VII e VIII) do CPC.

os (art. 81),²⁹ e a Constituição, na modalidade de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF).³⁰

Quando o processo coletivo versa sobre interesses cujos beneficiários não são identificáveis, nem há possibilidade de sê-lo (direitos ou interesses difusos, por exemplo), diz-se processo *essencialmente* coletivo; e, quando esse processo versa sobre interesses cujos beneficiários são identificáveis, diz-se processo *acidentalmente* coletivo.

Os fundamentos do processo *individual*, singular ou plúrimo, e do processo *coletivo*, são também distintos, pois, enquanto o daquele é o *direito subjetivo*, o deste é o *direito ou interesse legítimo*.

Para Zanobini, a diferença entre o *direito subjetivo* e o *interesse legítimo* pode ser encontrada tomando-se como referencial a norma de direito objetivo, de modo que o *direito subjetivo* é “um interesse reconhecido pela ordem jurídica como próprio e exclusivo do seu titular, e, como tal, por ela protegido de forma direta e imediata”. Já o *interesse legítimo* configura-se como “um interesse individual intimamente ligado a um interesse público e protegido pelo ordenamento somente através da tutela jurídica deste último”, de modo que “os particulares participam de tais interesses coletivos não *ut singuli*,³¹ mas *uti universi*,³² e não têm nenhum meio para pedir (singularmente) a sua proteção e tutela”.

Portanto, o *direito subjetivo* é protegido diretamente pela norma jurídica, reconhecendo-o a um titular determinado, enquanto, no interesse legítimo, o objeto da tutela não é um direito subjetivo, mas uma situação jurídica traduzida num interesse público, de forma que, tutelando esse interesse, a norma jurídica protege, reflexamente, eventuais direitos subjetivos.³³

29 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

30 Art. 5º (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (...)

31 Singularmente.

32 Universalmente.

33 Um exemplo esclarecerá melhor as duas situações: a) uma empresa impugna o resultado de uma licitação, porque venceu o certame, mas fora preterida por outra concorrente, e, por isso, pede lhe seja adjudicado o objeto licitado; b) outra empresa impugna o resultado de uma licitação, porque as normas do edital não foram respeitadas, e, por isso, pede anulação do certame. Na primeira hipótese, o fundamento da ação é o direito subjetivo, e, na segunda, o interesse legítimo.

Na prática, reina um generalizado equívoco entre os conceitos de direito subjetivo e interesse legítimo, por conta da imprópria linguagem usada pelo Código de Defesa do Consumidor, que fala em direito e interesse difuso, tratando o direito e o interesse como se fossem sinônimos, quando, não realidade, não são.

No processo trabalhista, os dissídios podem ser *individuais* ou *coletivos*, pelo que o processo se enquadra numa ou noutra modalidade conforme o seu objeto.

c) *Processo social* – Este processo versa sobre interesses sociais, da própria sociedade, para a defesa de valores que lhe pertencem, como é o processo popular, resultante da ação popular, e o processo penal, resultante da persecução penal.

Alguns processos sociais possuem a capacidade para abrigar tanto um interesse singularmente considerado como um interesse considerado na sua coletividade, como o decorrente da ação civil pública, que pode originar um processo social, se o seu objeto for o interesse público; ou um processo coletivo, se tiver por objeto interesse de grupo, categoria ou classe.

A classificação do processo, em sede doutrinária, não se esgota aí, sendo classificado também em função da jurisdição nele exercida, podendo ser: a) processo penal; b) processo civil; e c) trabalhista.

O processo penal versa sobre lide penal, resultante do poder de punir do Estado; o processo trabalhista resulta de conflitos sobre relações de trabalho; e o processo civil versa sobre litígios não penais ou trabalhistas (*cíveis stricto sensu*; tributário; administrativo; constitucional etc.).

Em consideração aos princípios que informam o processo, classifica-se também o processo penal em acusatório, inquisitório ou misto, correspondente aos três sistemas penais.³⁴

Bibliografia

- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJEA, 1973. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- _____. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1950. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1931.
- LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1977.
- MENDES JÚNIOR, João. *Direito judiciário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1960.
- MORATO, Francisco. A Oralidade. In: *Revista Forense*, v. 74.
- PALLARES, Eduardo. *Derecho procesal civil*. México: Porrúa, 1965.
- SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1936/1959.

34 LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1977, p. 8-11.

11

DISCIPLINA NORMATIVA DO PROCESSO

Norma jurídica: normas materiais e normas processuais. Fontes do direito processual. Interpretação e integração da norma processual. Limitações espaciais e temporais na aplicação da norma processual.

Norma jurídica: normas materiais e normas processuais

A clássica distinção das leis em *leis substantivas* e *leis adjetivas* se deve a Bentham, que dizia que o objetivo das leis, quando elas são o que devem ser, é produzir, no mais alto grau possível, a felicidade do maior número de pessoas; mas tais leis, sejam boas ou más, só podem agir criando *direitos e obrigações*. Essas leis não teriam nenhum efeito se o legislador não criasse ao mesmo tempo outras leis, cujo objeto é fazer cumprir as primeiras, que são as leis de procedimento.

Para assinalar a diferença entre umas e outras, chamou às primeiras *leis substantivas* e, às segundas, *leis adjetivas*.

Essa classificação ganhou prestígio no Ocidente, adotada pelos antigos praxistas, tendo como *substantivas* as leis que atribuem direitos e criam obrigações, e, como *adjetivas*, as que instituem meios de defesa dos direitos.

A partir do momento em que a ciência processual adquiriu autonomia, esses ensinamentos perderam atualidade, pois davam um tratamento de subalternidade às leis processuais, em relação às leis substanciais. Além do mais, o direito processual não se limita a regular o procedimento, tendo conteúdo mais amplo do que o assinalado pelo jusfilósofo inglês.

A moderna doutrina tem dado impulso a uma classificação das leis mais próxima do estágio de desenvolvimento da ciência do direito, distinguindo as normas jurídicas em duas grandes categorias: *normas materiais* ou substanciais e *normas processuais* ou instrumentais.

Normas materiais ou *substanciais* são aquelas que disciplinam diretamente as relações de vida, procurando compor conflitos de interesses entre os membros da comunidade social, bem como regular e organizar funções socialmente úteis, ao mesmo tempo em que asseguram o seu cumprimento através de sanções, às vezes específicas, e, outras vezes, imanentes à ordem jurídica no seu conjunto.

Normas processuais ou *instrumentais* são aquelas que disciplinam a aplicação das normas substanciais, seja regulando a competência para fazê-las atuar, seja regulando os meios de tornar estas efetivas e ainda as vias adequadas para provocar o seu cumprimento e efetivação.

Para se qualificar uma norma de *material* ou de *processual* é indiferente que ela esteja no Código Civil ou Penal ou nos Códigos de Processo, pois o que tem relevância é a sua natureza jurídica e não o local onde se encontre; mesmo porque o ordenamento jurídico é rico em normas “heterotópicas”, que são regras *materiais* inseridas nos Códigos de Processo Civil e Penal, e normas *processuais* nos Códigos Civil e Penal.

Tendo o processo por escopo garantir a atuação do direito objetivo, questiona-se se seria possível uma *hierarquização* das normas jurídicas. Assim, o Código Civil regula a obrigação de alimentar e o Código de Processo Civil disciplina a ação de alimentos, sendo a garantia da satisfação da primeira uma decorrência da segunda.

A tendência de *subalternizar* as normas processuais tem-se revelado muito frequente no campo doutrinário, mas a denominação *norma adjetiva* só pode ser aceita enquanto expressa um contraste frente ao direito material ou substancial, mas, de forma alguma, para significar que o direito processual seja de categoria jurídica inferior.

Em sentido amplo, as *normas processuais* são todas aquelas que disciplinam a atividade do Estado e das partes litigantes, bem assim o modo como essa atividade se desenvolve no processo.

As normas processuais se dividem em três grandes grupos:

a) *Normas processuais em sentido estrito* são as que regulam o processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais às partes e aos órgãos jurisdicionais.¹

b) *Normas de organização judiciária* são as que regulam a criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares.²

c) *Normas estritamente procedimentais* são as que regulam o modo como se devem conduzir o juiz e as partes, no processo, e, inclusive, a coordenação dos atos que compõem o procedimento.³

Sob o prisma da *coercibilidade*, as normas *processuais* são de direito público e, em princípio, *cogentes*, obrigatórias para todos os sujeitos processuais; o que não impede que, em certas circunstâncias, a sua incidência fique na dependência da vontade das partes, quando, então, se dizem *dispositivas*.

1 Essas normas são da competência da União, não podendo o Presidente da República editar medida provisória com base no art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição.

2 Essas normas são da competência da União, em relação à sua Justiça e à do Distrito Federal, e dos Estados-membros, em relação à Justiça estadual.

3 Essas normas são da competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, XI, CF).

Fontes do direito processual

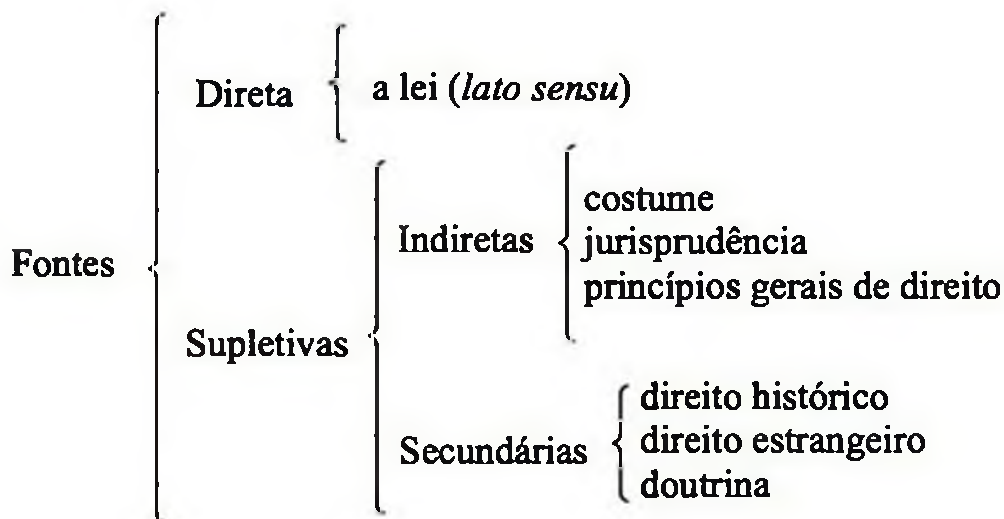
O vocábulo “*fontes*” designa o lugar donde dimana alguma coisa, pelo que *fonte do direito* é o lugar de onde provém a norma jurídica que ainda não existia na sociedade.

Não existe uniformidade na doutrina sobre as fontes do direito processual, sendo classificada por Fenech, dada a diversidade de origem, em:

I – fonte direta a lei em sentido amplo;

II – fontes supletivas indiretas o costume, a jurisprudência e os princípios gerais de direito; e fontes supletivas secundárias o direito histórico, o direito estrangeiro e a doutrina.⁴

Graficamente, assim:



A *lei* é uma norma de conduta elaborada pelos órgãos competentes do Estado, na esfera federal, estadual e municipal, podendo provir do Poder Legislativo, como as leis ordinárias, ou do Poder Executivo como os decretos regulamentares.

Os *costumes* são regras sociais não escritas, decorrentes de prática reiterada, generalizada e prolongada, do que resulta a convicção de sua obrigatoriedade como norma de conduta.

A *jurisprudência* é a aplicação das leis aos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, tendo sua consistência mais característica nas súmulas, que são extratos da jurisprudência predominante nos tribunais.

Os *princípios gerais de direito* são enunciados normativos de valor genérico, geralmente em latim, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento

4 Sobretudo quanto à jurisprudência e às fontes secundárias (direito histórico, estrangeiro e doutrina), a classificação deve ser considerada em termos, pois, nem abstratamente são, no Brasil, fontes da norma processual. Sempre que o juiz nacional aplica lei estrangeira, aplica-a, na verdade, enquanto “direito nacionalizado”. O costume e os princípios gerais de direito, juntamente com a analogia (a que a classificação não faz referência), são fontes do direito interno.

jurídico na sua aplicação, como, por exemplo, “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”;⁵ “*Ad impossibilia nemo tenetur*”;⁶ “*Neminem laedere*”⁷ etc.

O *direito histórico* é o produto da história do direito na sua evolução, desde as suas origens até o momento em que é aplicado pelos tribunais.

O *direito estrangeiro* é o direito que não seja produzido em território brasileiro, que sofre restrição no tocante às normas processuais, por serem estas reguladoras da atividade jurisdicional do Estado, não sendo de se admitir atividade estatal regulada por lei estrangeira.

No entanto, o futuro Código de Processo Civil ressalva as disposições processuais específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.⁸

A *doutrina*, também chamada *direito científico*, consiste nos estudos desenvolvidos pelos juristas, que objetivam entender e explicar todos os temas relativos ao direito, buscando a correta interpretação dos institutos e normas, de forma a se obter uma real compreensão de todo o universo jurídico.

Estas são as fontes *em abstrato* das normas processuais, pois, *em concreto*, são fontes a Constituição Federal, as Constituições Estaduais, os códigos de processo, as leis federais, as leis de organização judiciária, os regimentos dos tribunais etc.

Interpretação e integração da norma processual

*Interpretar*⁹ uma norma é determinar a exata significação do enunciado legal, com o objetivo de determinar-lhe o conteúdo.

A *interpretação*, diz Manzini, é *o meio de acertar e precisar a vontade da norma jurídica, nos casos em que possa surgir dúvida sobre a própria vontade*.

No tocante à norma processual, a interpretação está subordinada aos mesmos cânones que regem a hermenêutica das demais ciências do direito.

A interpretação da norma processual pode ser classificada: I – do ponto de vista *objetivo*: a) gramatical; b) lógica; c) sistemática; e d) histórica. II – do ponto de vista *subjetivo*: a) autêntica; b) doutrinária; e c) judicial. III – do ponto de vista *dos resultados*: a) extensiva; e b) restritiva.

I – A classificação da interpretação do ponto de vista objetivo tem em consideração os meios ou expedientes intelectuais empregados na interpretação da lei.

5 “Dá-me o fato e te darei o direito.”

6 “Ninguém está obrigado ao impossível.”

7 “Não prejudicar ninguém.”

8 Art. 12. A jurisdição civil será regida unicamente pelas normas processuais brasileiras, *ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário*.

9 *Interpretação*, diz Manzini, é “o meio para acertar e precisar a vontade da norma jurídica, nos casos em que possa surgir dúvida sobre a própria vontade”.

a) A interpretação *gramatical*, também chamada *literal*, é aquela que se inspira no próprio significado das palavras, sendo a pior de todas as interpretações.

b) A interpretação *lógica*, também chamada *teleológica*, é aquela que visa a compreender o espírito da lei e a intenção do legislador ao editá-la; procura descobrir a finalidade da lei ou a vontade nela manifestada.

c) A interpretação *sistemática* é aquela que leva em consideração não apenas o sentido das expressões das fórmulas da lei, mas, sobretudo, a regulamentação do fato ou da *relação* sobre que se deve julgar, considerando o sistema como um todo. Nessa interpretação, o exegeta deve colocar a norma dentro do contexto de *todo* o direito vigente e com as regras particulares de direito que têm pertinência com ela.

d) A interpretação *histórica* é aquela que se assenta sobre a história da lei ou dos seus precedentes, como projetos de lei, discussões no plenário, exposições de motivos etc., procurando identificar a *mens legislatoris* ou a intenção do legislador.

II – A classificação da interpretação do ponto de vista *subjetivo* toma em consideração o sujeito que interpreta a lei.

a) A interpretação *autêntica* é aquela que provém do próprio legislador, que é quem faz a lei.

b) A interpretação *doutrinária* é aquela proveniente dos doutrinadores ou comentadores da lei, tendo grande autoridade moral, dependendo de quem interpreta.

c) A interpretação *judicial* é aquela levada a efeito pelos juízes e tribunais, ao aplicarem a lei ao caso concreto; ou mesmo *em abstrato* na ação declaratória de constitucionalidade ou na ação direta de inconstitucionalidade.

III – A classificação da interpretação do ponto de vista dos *resultados* leva em consideração o fato de haver na lei algo a mais ou a menos do que deveria dela constar.

a) A interpretação *extensiva* é aquela que impõe uma ampliação do enunciado legal, por ter a lei sido demasiado restrita, dizendo menos do que queria (*minus dixit quam voluit*), excluindo aparentemente situações visadas pela lei.¹⁰ Nesse caso, cumpre ao intérprete *ampliar* o sentido e o alcance das palavras da lei.

b) A interpretação *restritiva* é aquela que impõe uma restrição do denunciado legal, por ter a lei sido demasiado ampla, dizendo mais do que queria (*plus dixit quam voluit*), compreendendo aparentemente situações que, na sua intenção, deveriam ter sido excluídas. Nesse caso, cumpre ao intérprete *restringir* o sentido e o alcance das palavras da lei.

A *integração da norma processual* é a atividade pela qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante pesquisa e formulação da regra jurídica aplicável à situação de conflito não expressamente prevista¹¹ pela ordem jurídica.

10 Nesses casos, o enunciado da disposição legal aparece como uma simples exemplificação, em relação à vontade manifestada na própria norma.

11 O texto da norma, racionalmente, admite a sua extensão a fatos ou relações equivalentes ou similares àqueles que ela previu expressamente.

O preenchimento da lacuna na lei processual se faz pela: a) analogia; b) pelos costumes; c) pelos princípios gerais de direito (LINDB,¹² art. 4º; CPP,¹³ art. 3º).

a) A *analogia* permite resolver o conflito não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a um caso semelhante, segundo o aforismo: “*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*.”¹⁴

Não se confunde a analogia com a interpretação extensiva,¹⁵ pois esta é extensiva “de um significado textual da norma”; aquela é analogia “da intenção do legislador”.

A analogia socorre o aplicador da lei não só no âmbito civil, como também no trabalhista e no penal; só não podendo, na esfera penal, ter aplicação analogia *in malam partem*, consistente na aplicação de uma *regra semelhante* para prejudicar o réu.

b) Os *costumes* são regras não escritas, produto de uma repetição reiterada, observados por todos, impondo-se como meios de resolução dos conflitos; sendo muito prestigiados nas relações entre os comerciantes.

c) Os *princípios gerais de direito* são enunciados gerais e universais, geralmente expressos em latim, que ajudam na resolução dos conflitos, quando não seja possível resolvê-los pela analogia ou pelos costumes, como, por exemplo, “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”;¹⁶ “*Ad impossibilia nemo tenetur*”;¹⁷ “*Neminem laedere*”.¹⁸

Esses princípios decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, e, apesar de não expressos no ordenamento jurídico, constituem pressupostos lógicos das normas legais.

Limitações espaciais e temporais na aplicação da norma processual

As normas processuais, na sua aplicação, sofrem limitações no tempo e no espaço, da mesma forma que toda norma jurídica.

A eficácia espacial das normas processuais é regulada pelo *princípio da territorialidade*,¹⁹ também conhecido como *lei do foro*; e nem poderia ser de outra

12 O Decreto-Lei n. 4.657/42, que contém a Lei de Introdução ao Código Civil, teve alterada a sua ementa, pela Lei n. 12.376/10, passando a denominar-se “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Dispõe o art. 4º desse Decreto-Lei que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

13 Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

14 “Onde existe a mesma razão legal, deve haver aí a mesma disposição legal.”

15 Vincenzo Manzini distingue a analogia (que coloca como regra de interpretação) da interpretação extensiva, pois esta se atém à precisa vontade manifestada pela norma; enquanto a analógica, ao contrário, tem em consideração essa vontade, mas junto a ela e em consequência dela, *supõe* uma outra (vontade) análoga.

16 “Dá-me o fato; dar-te-ei o direito.”

17 “Ninguém está obrigado ao impossível.”

18 “Não prejudicar ninguém.”

19 Trata-se de aplicação da *lex fori* ou lei do foro.

forma, considerando que se trata da disciplina de uma atividade jurisdicional do Estado, e não se admite atividade estatal regulada por lei estrangeira. No entanto, o futuro Código de Processo Civil ressalva as disposições processuais específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.²⁰

O *princípio da territorialidade* vem agasalhado pelos arts. 1º do Código de Processo Civil²¹ e 1º do Código de Processo Penal.²²

As leis processuais civis e penais estão sujeitas às normas relativas à *eficácia temporal* das leis civis, constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,²³ e da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, respectivamente.

Sendo o processo uma série de atos que se desenvolvem no tempo, torna-se delicada a solução do *conflito temporal* de leis processuais.

A lei nova não incide sobre processos findos, por razões óbvias; da mesma forma que os processos a serem iniciados serão regulados pela lei nova.

A questão que se coloca é em relação aos processos em curso, quando advenha lei nova, a exemplo do que ocorreu no Brasil, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, revogando o Código de Processo Civil de 1939, e com as alterações introduzidas pelas minirreformas processuais.

A doutrina aponta três sistemas para a solução do conflito temporal das leis: a) sistema da unidade processual; b) sistema das fases processuais; e c) sistema do isolamento dos atos processuais.

a) O *sistema da unidade processual* considera o processo como uma unidade jurídica, que só poder ser regulado por uma única lei, a antiga ou a nova, de modo que a antiga teria de se impor, para não ocorrer a retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até a sua entrada em vigor.

b) O *sistema das fases processuais* distingue fases processuais autônomas, como a postulatória, probatória, decisória, recursal e de execução, cada uma suscetível de ser disciplinada por uma lei diferente.

c) O *sistema de isolamento dos atos processuais* afasta a aplicação da lei nova em relação aos atos já encerrados, aplicando-se apenas aos atos processuais a serem ainda praticados.

20 Art. 12. A jurisdição civil será regida unicamente pelas normas processuais brasileiras, *ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário*.

21 Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece. Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

22 Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional; (...) Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

23 Essa Lei é a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), que se mantém com a ementa modificada.

Este sistema foi expressamente consagrado pelos Códigos de Processo Civil (art. 2º) e Penal (art. 1.211), que asseguram que a norma processual não tenha efeito retroativo, provendo somente *para o futuro*, para atos processuais ainda não realizados quando da sua entrada em vigor.

Não fica afastada, porém, a ultratividade das leis processuais, fenômeno segundo o qual a norma revogada continua produzindo sua eficácia até que se conclua o ato por ela regulado.

Fala-se, também, em *proatividade*, para traduzir o fenômeno que garante a eficácia da norma revogada até que se conclua o ato processual regido por ela; como, por exemplo, uma perícia em final de conclusão.

Bibliografia

- BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJE, 1971.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- FENECH, Miguel. *O processo penal*. Barcelona: Labor, 1972.
- MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1967.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. I.

12

DINÂMICA DO PROCESSO

Impulso processual: autodinâmica e heterodinâmica. Fatos, atos e negócios jurídicos processuais. Princípios informativos dos atos processuais. Tempo dos atos processuais. Prazos e caducidades. Revelia e preclusão. Perfeição e eficácia dos atos processuais: teoria das nulidades.

Impulso processual: autodinâmica e heterodinâmica

Uma das características mais marcantes da relação processual é a sua dinamicidade, visto que tem vida e desenvolvimento próprios.

Na sua trajetória, o processo atravessa *fases lógicas* que culminam com a prestação jurisdicional a cargo do Estado: fase postulatória, fase probatória e fase decisória.

A fase *postulatória* compreende a atividade das partes destinada à formulação da pretensão, tanto do autor quanto do réu, e eventuais intervenientes, abrangendo, no processo de conhecimento, a petição inicial, a contestação e a réplica.

A fase *probatória*, também chamada *instrutória*, permite às partes fornecer ao juiz os elementos necessários ao esclarecimento dos fatos em que se funda a pretensão ou a defesa, pois o juiz julga com base em fatos *provados*.

A fase *decisória* corresponde àquela em que o juiz atua a vontade concreta de lei, resolvendo a lide, cumprindo a obrigação jurisdicional devida pelo Estado.

O que assegura movimento ao processo, através dos atos do procedimento, é o *impulso processual*, pois dele depende a continuidade dos atos processuais até a sentença.

Chama-se *impulso processual* a atividade que visa somente a obter o movimento progressivo da relação processual para o fim ou o “fenômeno em virtude do qual se assegura a continuidade dos atos processuais e o seu encaminhamento à decisão definitiva”.

Este impulso está a cargo dos órgãos jurisdicionais, quando se fala em *autodinâmica*, e das partes, quando se fala em *heterodinâmica*. Assim, quando o juiz designa audiência age por *autodinâmica*, e quando as partes arrolam testemunhas agem por *heterodinâmica*.

Esses princípios se comportam diferentemente, conforme a variada tipologia processual.

Nos processos civil e trabalhista,¹ o impulso inicial está condicionado à atividade das partes, e, portanto, à *heterodinâmica*, por meio do exercício da ação; mas na execução de sentença, no processo trabalhista, desenvolve-se pelo impulso oficial, e, portanto, pela *autodinâmica*.

No processo penal, há casos de impulso inicial por autodinâmica, como acontece, por exemplo, na concessão de *habeas corpus* de ofício.

No processo social *de cognição*, a sua instauração se dá por heterodinâmica, mas o seu desenvolvimento é predominantemente autodinâmico; enquanto, no processo social *de execução*, tanto a instauração quanto o desenvolvimento são por heterodinâmica, se o interesse público for de índole não penal e, por autodinâmica, se o interesse for de ordem penal.

Atendendo ao resultado da prestação jurisdicional, estes princípios prendem-se, ainda, aos recursos e, portanto, ao duplo grau de jurisdição.

Determinadas lides estão sujeitas, obrigatoriamente, ao duplo grau de jurisdição, e a sentença não transita em julgado, enquanto não for objeto de reexame pelo órgão superior, por força de remessa *ex officio*, cujo impulso obedece ao princípio da *autodinâmica*.

Na grande maioria dos casos, porém, os recursos são governados pela heterodinâmica.

Fatos, atos e negócios jurídicos processuais

O “*fato*” é todo acontecimento natural ou histórico que provoca uma modificação no mundo exterior, mas nem todos os fatos interessam ao direito, senão aqueles que tenham eficácia para produzir efeitos jurídicos.

São denominados *fatos jurídicos lato sensu* aqueles que, resultantes de acontecimento natural ou de atividade humana, se mostram em condições para criar, modificar ou extinguir direitos.

Os fatos que nenhuma consequência produzam no mundo do direito são *fatos juridicamente irrelevantes*.

Os fatos resultantes de acontecimento natural, com aptidão para produzir efeitos jurídicos, denominam-se *fatos jurídicos stricto sensu*; e os fatos resultantes da atuação humana, com aptidão para produzir efeitos jurídicos, denominam-se *atos jurídicos*.

Qualquer fato tomado em consideração pelo direito objetivo, para a ele ligar uma consequência jurídica, chama-se *fato jurídico*; e, se esses efeitos forem de natureza processual, denomina-se *fato jurídico processual* ou, simplesmente, *fato processual*.

1 Nesse casos, a heterodinâmica condiciona a autodinâmica. Nenhum processo se desenvolve impulsionado apenas pela heterodinâmica ou autodinâmica; de regra, é regido pelos dois princípios.

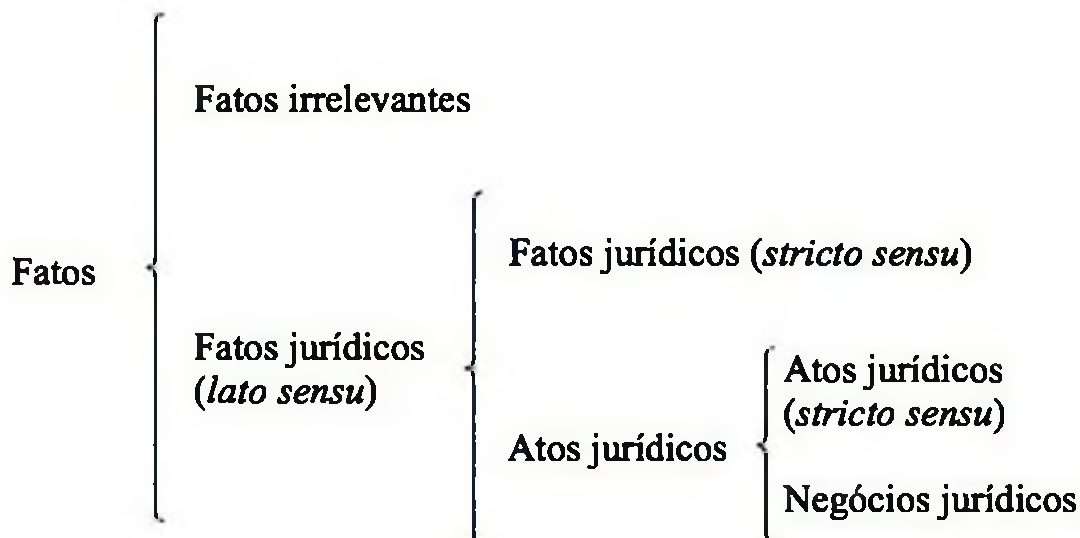
Em outros termos, o *fato jurídico processual* é aquele que tem relevância para o processo.

Os *fatos* se classificam em:

I – fatos irrelevantes; e

II – fatos jurídicos *lato sensu*; que se subclassificam em: 1) fatos jurídicos *stricto sensu*; e 2) atos jurídicos *lato sensu*; que se subclassificam em: a) atos jurídicos *stricto sensu*; e b) *negócios jurídicos*.

Graficamente, assim:



I – O *fato juridicamente irrelevante* é aquele que nenhuma importância tem para o direito, pela simples razão de não produzir nenhuma consequência jurídica.

Este fato não tem nenhuma consequência para o processo, como, por exemplo, a chegada do advogado com atraso à audiência, assim que iniciada a tomada dos depoimentos.

II – O *fato jurídico lato sensu* é todo acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas.

1) Quando essas consequências jurídicas resultam de um fato natural, denomina-se *fato jurídico stricto sensu*, como o nascimento, a morte etc.

2) Quando essas consequências resultam de uma atividade humana consciente, denomina-se *ato jurídico lato sensu*.

a) Quando o ato humano é praticado sem a intenção direta de produzir efeitos jurídicos, chama-se *ato jurídico stricto sensu*.

b) Quando o ato humano é praticado com a intenção dirigida à produção de determinado efeito, chama-se *negócio jurídico*.²

2 Parte da doutrina sustenta não haver diferença entre ato jurídico e negócio jurídico (unitarismo), e outra parte sustenta haver diferença entre eles.

O que distingue o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico é que, no ato jurídico, os efeitos são previamente estabelecidos pela lei, não podendo ser modificados pela vontade das partes; enquanto no negócio jurídico esses efeitos são exatamente os *queridos pelas partes*.³

Essa classificação pode ser aplicada no campo processual, observados, evidentemente, os requisitos de forma.

Discute-se na doutrina se *ato processual* seria apenas aquele praticado *no processo*, ou, também, aquele praticado *fora* do processo, mas para ter efeito dentro do processo.

Para uma corrente doutrinária, ato processual é apenas aquele praticado no processo pelos sujeitos processuais, sendo esta a posição sustentada por Liebman;⁴ para outra é todo ato que possa ter eficácia no processo, mesmo que praticado fora dele, sendo este o entendimento de Leone.⁵

Esta segunda corrente leva em consideração, na caracterização do ato processual, o fim a que este se propõe, atendendo a um critério substancial,⁶ de modo que, se for praticado para ter eficácia no processo, será ato processual, como, por exemplo, a procuração *ad judicium*, a eleição de foro da eventual demanda etc.

Muitas vezes, o ato processual é praticado antes da instauração do processo, como a produção antecipada de provas, que demanda mero procedimento, e, outras vezes, são praticados por juiz de outra jurisdição, mediante carta precatória, ou no estrangeiro, mediante carta rogatória, como as citações, as intimações etc.

A caracterização do *negócio jurídico processual* está em ser ele produto de uma atuação voluntária e intencional dos agentes (ativo e passivo), direcionada à produção de determinado efeito jurídico na órbita do seu interesse.

Princípios informativos dos atos processuais

Ao contrário do que acontece com os atos jurídicos em geral, cuja validade *não* depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir, os *atos processuais* estão, em princípio, sujeitos a uma forma preestabelecida.

Os atos processuais são informados por alguns princípios, dentre os quais: a) princípio da legalidade; b) princípio da publicidade; c) princípio da instrumentalidade; d) princípio da sanabilidade.

3 Para Lopes da Costa, alguns negócios jurídicos são *unilaterais*, como a desistência de inquirir uma testemunha, e, outros, *bilaterais*, com a suspensão do processo por convenção das partes.

4 Para Liebman, não são processuais os atos praticados pelas partes fora do processo, ainda que coordenados ao processo e possam nele produzir efeitos. Assim, a eleição de domicílio da parte, a transação extraprocessual etc.

5 Muitas vezes, os atos são praticados *antes* da instauração do processo, como, por exemplo, a produção antecipada de provas ou a outorga de uma procuração para o foro em geral.

6 Leone define o ato processual como atividade humana voluntária de um sujeito processual ou de um sujeito estranho ao processo e que a lei utiliza para fins de constituição, desenvolvimento, modificação ou extinção da relação processual. A incidência do ato sobre o nascimento e desenvolvimento da relação processual constitui o mais seguro elemento para o reconhecimento (a qualificação) do ato processual. A sede processual e a referência aos sujeitos não são satisfatórias.

a) O *princípio da legalidade* ou *predeterminação da forma* significa que os atos processuais devem ser praticados pela forma predeterminada em lei, quando esta a exigir; e, quando não exigir, com a observância dos requisitos mínimos para alcançar a sua finalidade.

b) O *princípio da publicidade* significa que os atos processuais são públicos, devendo ser acessíveis a todos, quando praticados oralmente, em audiência, e, quando praticados por escrito, a publicidade se dá com a sua juntada aos atos do processo; que, por ser público, torna também públicos os atos nele praticados.

c) O *princípio da instrumentalidade* significa que o ato processual não é fim em si mesmo, mas destinado à produção de uma finalidade, pelo que, se esta for alcançada, a inobservância da forma não terá qualquer importância.⁷

d) O *princípio da sanabilidade* significa que nenhum ato processual deve ser anulado, pela inobservância de forma, se puder ser sanada a irregularidade ou suprida a falta, possibilitando o aproveitamento do ato processual.

Tempo dos atos processuais. Prazos e caducidades

O *prazo* é uma *fração do tempo* dentro do qual deve ser praticado o ato processual, assegurando que o processo se desenvolva através do *iter* procedimental.

Não se confunde o *prazo* com o *termo*, pois este é apenas *uma fração de tempo*, sendo que o prazo ocorre justamente entre dois termos, tendo início com o termo inicial (*a quo*), e expirando com o termo final (*ad quem*).

Uma das características dos prazos é a sua vinculação ao tempo para a sua prática, de modo que, se não for praticado no prazo, ocorre a sua *caducidade*, e se praticado fora do prazo é considerado *caduco*.

O prazo pode ser classificado sob mais de um aspecto:

I – quanto ao efeito do tempo: a) dilatório; e b) peremptório;

II – quanto à sua origem: a) legal; b) judicial; e c) convencional;

III – quanto ao seu alcance em relação às partes: a) comum; b) especial; e c) individual;

IV – quanto aos seus destinatários: a) prazo próprio; e b) prazo impróprio.

I – Os atos processuais estão sujeitos aos efeitos do tempo, razão por que devem ser praticados no prazo, sob pena de ter comprometida a sua eficácia.

a) O prazo *dilatório* é aquele dentro do qual não é permitida a prática de ato processual, só podendo ser realizado depois de ultimado o termo final; caso em que a lei determina uma distância mínima, evitando que o ato se realize antes do prazo.

7 As formas processuais respondem a uma necessidade de ordem, de certeza, de eficiência, e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de regular e legal desenvolvimento do processo e de respeito ao direito das partes. O formalismo é necessário no processo, muito mais do que nas outras atividades jurídicas.

Para Leone, o prazo dilatatório se apresenta no processo sob uma feição negativa, pois, durante o seu decurso, o ato processual não pode ser praticado.

O Código de Processo Civil estabelece que, quando a lei não marcar outro prazo, as intimações *somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas vinte e quatro horas* (art. 192).

Os prazos dilatatórios podem ser reduzidos ou prorrogados por convenção das partes.

b) O prazo *peremptório* é aquele dentro do qual o ato processual deve ser praticado, sob pena de não poder sê-lo mais; sendo em regra os prazos decorrentes da lei.

Os prazos peremptórios não admitem modificação, não podendo ser reduzidos nem prorrogados por vontade das partes; só se admitindo a devolução de prazo, se ocorrer justo impedimento na sua prática.

Tanto quanto os peremptórios, os prazos dilatatórios podem ser fixados pela lei; mas, enquanto estes resultam de uma norma processual *dispositiva*, aqueles são impostos por norma *cogente*. Assim, a preclusão é consequência de prazo peremptório não cumprido; a nulidade, a consequência do descumprimento de prazo dilatatório.

Para Frederico Marques, a peremptoriedade do prazo não é incompatível com a prorrogabilidade.

II – Os atos processuais podem ser identificados em função da sua origem ou procedência, podendo provir da lei, do juiz ou da vontade das partes.

a) O prazo *legal* é aquele que provém da lei, não podendo ser aumentado nem reduzido pelo juiz, como é o prazo para responder à demanda, para recorrer etc.

b) O prazo *judicial* é aquele fixado pelo juiz, que o determina por despacho no processo; possibilitando a sua prorrogação, quando se revelar insuficiente para a prática do ato.

c) O prazo *convencional* é aquele convencionado pelas partes, verdadeiro negócio jurídico processual, como é o prazo ajustado entre elas para que possam chegar a um acordo; mas, apesar de convencional, deve ser submetido ao juiz, para suspender temporariamente o processo.

III – O prazo nem sempre corre igualmente para ambas as partes, podendo em relação a elas ter um alcance distinto.

a) O prazo *comum* é aquele que transcorre, concomitantemente, *para ambas as partes*; correndo geralmente em cartório ou na secretaria da vara, como, por exemplo, o prazo para especificação de provas no processo.

b) O prazo *especial* é aquele que beneficia apenas uma das partes no processo, sendo prazos mais dilatados do que o comum, como, por exemplo, o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública⁸ e o Ministério Público (CPC, art. 188).

8 O vocábulo “Fazenda Pública” traduz a União, Estados, Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas.

c) O prazo *singular*, também chamado *individual*, é aquele que transcorre apenas para uma das partes, sendo o oposto do prazo comum.

IV – O prazo para a prática de atos processuais existe para todos os sujeitos processuais, independente de serem sujeitos parciais, como as partes, ou imparcial, como o juiz.

a) O *prazo próprio* é aquele assinalado às *partes*, com as consequências que defluem do seu cumprimento ou descumprimento.

b) O *prazo impróprio* é aquele assinalado ao juiz e aos servidores da justiça, cujo descumprimento pode gerar apenas medidas de ordem disciplinar, não interferindo na validade do ato, mesmo que praticado fora do prazo, como, por exemplo, o prazo para o juiz proferir a sentença.

Tenho preferido chamá-lo de *prazo recomendatório*, sendo também denominado *prazo programático* pela doutrina.

Revelia e preclusão

Ligados à teoria dos prazos estão a *revelia* e a *preclusão*, sendo esta última ligada ao princípio do impulso processual.

A *revelia*⁹ é a situação em que se encontra qualquer das partes que, devendo fazer-se presente, no processo, se faz ausente; devendo praticar um ato processual, como responder à demanda, se omite. Assim, tanto o autor quanto o réu podem incidir em revelia; embora a doutrina nacional e o direito codificado só empreguem essa expressão para qualificar a ausência do réu.

Os efeitos da revelia, no processo civil, são também diversos, conforme o tipo de procedimento. Assim, no procedimento ordinário, é a falta de contestação (CPC, art. 319);¹⁰ no procedimento sumário, é a falta de comparecimento à audiência (CPC, art. 277, § 2º);¹¹ no procedimento monitório é a falta de embargos (CPC, art. 1.102-C, 2ª parte).¹²

A *preclusão* consiste, *objetivamente*, num fato impeditivo,¹³ destinado a garantir o avanço gradual do processo, evitando recuo a fases já superadas do procedi-

9 Os efeitos da revelia são diversos, conforme se trate de interesse material (disponível ou indisponível), bem assim se se trata de controvérsia sobre situação de fato ou apenas questão de direito. Isto porque a revelia é pertinente a questões *fáticas*, e não a questões jurídicas.

10 Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

11 Art. 277 (...) § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. (...)

12 Art. 1.102-C. (...) Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. (...)

13 Para Frederico Marques, apenas as preclusões temporal e lógica são fatos impeditivos; a preclusão consumativa é um fato extintivo.

mento; e, *subjetivamente*, representa a perda de um direito ou faculdade, por não ter sido exercido dentro do prazo, ou por se haver esgotado pelo seu exercício.¹⁴

A preclusão não é sanção processual, nem penalidade.

A doutrina aponta três espécies de preclusão, a saber: a) temporal; b) lógica; e c) consumativa.

a) A *preclusão temporal* resulta do não exercício do direito ou da faculdade dentro do prazo assinalado pela lei, como, por exemplo, o réu não contesta ou não recorre.

b) A *preclusão lógica* resulta da incompatibilidade de um ato processual já praticado com outro que se pretende praticar, como, por exemplo, quem pediu prazo para purgar a mora, na ação de despejo, não pode contestar.

c) A *preclusão consumativa* resulta da circunstância de já ter sido validamente praticado o ato processual, como, por exemplo, se o réu contestou a ação, não pode contestar mais.

Essa modalidade de preclusão alcança também o juiz, como sujeito do processo, pois, se ele já sentenciou, não pode sentenciar mais.

Na doutrina, há quem, como Frederico Marques, distinga entre *preclusão consumativa* e preclusão *pro iudicato*; mas não existe substancial diferença entre ambas, sendo a preclusão *pro iudicato* nada mais do que a preclusão consumativa em relação ao juiz.

Registra Lopes da Costa que a preclusão não afeta a capacidade da parte para a prática do ato, mas apenas lhe restringe o exercício.

Perfeição e eficácia do ato processual: teoria das nulidades

O ato processual está sujeito a requisitos de forma, pelo que a sua inobservância pode privá-lo dos efeitos que normalmente deveria ter.

Com a perfeição, visa-se à eficácia do ato processual; ou, em princípio, a eficácia do ato deriva da perfeição.

A irregularidade na prática do ato processual pode produzir consequências diversas.

Existem irregularidades sem nenhuma consequência, como a denúncia oferecida além do prazo legal (CPP, art. 46, 1ª parte);¹⁵ irregularidades que podem acarretar sanções extraprocessuais, como o retardamento do ato pelo juiz (CPC,

14 Para Chiovenda, a preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, pelo só fato de se haver atingido os limites prescritos ao seu exercício.

15 Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. (...)

art. 133, II);¹⁶ irregularidades que acarretam nulidade (CPC, art. 247);¹⁷ e irregularidades que determinam a própria *inexistência* do ato, como a sentença proferida por juiz aposentado.

Em algumas hipóteses, a sanção pela inobservância da forma é a *nulidade*, que, em última análise, é imposta como garantia das partes no processo.

Mesmo quando o ato é eivado de vício que o torne nulo, a nulidade depende de declaração do juiz, pois, até então, considera-se válido e eficaz. Assim, a sentença, mesmo contaminada dos mais graves vícios, passa em julgado se não houver recurso, sendo eficaz até vir a ser rescindida.

A *nulidade processual* é uma sanção que resulta da prática do ato em desconformidade com a forma legal.

A sanção de *nulidade* pode ser imposta de acordo com três sistemas: a) todo e qualquer defeito do ato processual conduz à sua nulidade; b) o ato só será nulo se a lei expressamente o declarar; c) a nulidade do ato depende da gravidade do vício que o contamina.¹⁸

a) Consoante o primeiro sistema, qualquer defeito do ato processual, por menor que seja, acarretará a sua nulidade, que deverá ser declarada pelo juiz.

b) Conforme o segundo sistema, cabe à lei estabelecer os requisitos do ato processual, declarando os casos de nulidade pela sua inobservância.

c) Consoante o terceiro sistema, é a gravidade do vício que determina a nulidade do ato processual, de modo que nenhuma nulidade será declarada, seja cominada ou não cominada, se o ato tiver alcançado a sua finalidade. Assim, se a citação do réu não tiver observado as prescrições legais, mas ele oferecer resposta à demanda, nenhuma nulidade será declarada.

A *anulação* do ato processual obedece aos seguintes princípios: a) da causalidade; b) da instrumentalidade; c) do interesse; e d) da economia processual.

a) O *princípio da causalidade* determina que a nulidade de um ato processual contamine todos os atos posteriores que dele sejam dependentes (CPC, art. 248);¹⁹ mas a nulidade de uma parte do ato não prejudica as outras, que dele sejam independentes.

16 Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. (...)

17 Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

18 Liebman aponta três regras a respeito: a) não pode ser declarada a nulidade do ato processual, pela inobservância de forma, se a nulidade não é cominada em lei; b) a nulidade pode ser declarada quando faltam ao ato requisitos formais, indispensáveis ao atingimento do seu objetivo; c) a nulidade não pode ser declarada, se o ato atingiu o objetivo a que se destinava.

19 Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.

b) O *princípio da instrumentalidade das formas* determina que só se anula o ato irregular se o objetivo por ele colimado não tiver sido atingido (*Pas de nullité sans grief*).²⁰

c) O *princípio do interesse* faz com que a parte que tiver dado causa à nulidade do ato não possa pleitear a sua anulação; mas apenas quando se tratar de nulidade relativa, imposta no interesse da parte, porque em se tratando de nulidade absoluta, imposta no interesse público, a nulidade pode ser declarada a qualquer tempo.

d) O *princípio da economia processual* manda que se releve a nulidade, quando o juiz estiver convicto de decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a sua declaração.

Ao lado dos atos anuláveis e nulos, fala-se também em *ato processual inexistente*, que seria aquele ao qual faltassem elementos essenciais à sua constituição, como, por exemplo, a sentença *sem fundamentação* (CPC, art. 458, II).²¹

Parte da doutrina nega essa modalidade de ato processual, incluindo-o na categoria dos atos nulos.²²

Bibliografia

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale civile*. Napoli: Joveni, 1977.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1973. v. 1.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II.
- MANZINI, Vincenzo. *Instituições di diritto processuale penale*. Padova: CEDAM, 1917.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.

20 “Não há nulidade sem prejuízo.”

21 Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. (...)

22 O ato inexistente deveria indicar uma realidade *de fato* que não chega a penetrar no mundo do direito (Liebman).

13

PROVA

Conceito de prova judiciária. Objeto, função e destinatário da prova. Classificação das provas. Meios probatórios: pressupostos e limitações. Natureza do direito probatório. Distribuição do ônus probatório. Critérios formais de distribuição do ônus probatório. Critério material de distribuição do ônus probatório. Objeto da prova. Prova de fatos negativos. Prova do direito. Motivos de prova, meios de prova e procedimento probatório: fases ou momentos. Procedimento probatório. Sistemas de valoração das provas. Verdade no processo: verdade formal e verdade material.

Conceito de prova judiciária

O vocábulo “prova” vem do latim “*probatio*”, que significa aprovar, persuadir alguém de alguma coisa.

No sentido *vulgar*, a prova tem o sentido de experiência ou confrontação, quando se fala em prova química, matemática etc.

Tem-se distinguido, também, o conceito *lógico* do conceito *jurídico* de prova, chamando-se de prova *em geral* a tudo aquilo que persuade de uma verdade o espírito; e de prova *judicial* o meio regulado por lei para descobrir a verdade ou estabelecer a certeza de um fato controvertido.

Para Amaral Santos, provar é convencer o espírito da verdade a respeito de alguma coisa.

No mesmo sentido, Chiovenda, para quem provar *é formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo*.

Na técnica jurídica, o vocábulo pode ser tomado em dois sentidos: objetivo e subjetivo.

No sentido *objetivo*, prova é o meio de demonstrar a existência de um fato jurídico, ou o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo; quando se fala em prova testemunhal, documental e pericial.

No sentido *subjetivo*, a prova é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.

A prova judiciária reúne esses dois caracteres, sendo apreciada *como fato* e como *indução lógica*, pelo que Amaral Santos a definiu como “a soma dos fatos produtores da convicção apurados no processo”.

A importância da prova está em que o juiz ou tribunal não pode julgar com base em meras conjecturas ou alegações, mas de conformidade com o alegado e provado pelas partes.¹

Objeto, função e destinatário da prova

A *prova judiciária* tem um *objeto*, uma *função* e um destinatário.

O *objeto da prova judiciária* são os fatos da causa; o fundamento da pretensão deduzida no processo; ou o tema probando.

Em matéria processual, *fato* tem um sentido bastante amplo, como todo acontecimento do mundo exterior, alcançando coisas, lugares, pessoas e documentos. Em outros termos, o *fato* exprime tudo o que não é o *direito*.

A *função da prova judiciária* é formar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Primeiro, ela cria a certeza quanto à existência dos fatos, e, depois, esta certeza, tornada inabalável pela exclusão de todos os motivos contrários, torna-se convicção (Amaral Santos). Diz-se, então, que um fato está provado, por se ter formado no espírito do juiz a certeza quanto à sua existência.

O *destinatário da prova judiciária* é o juiz, porquanto ela objetiva formar a sua convicção; mas o juiz é apenas o seu *destinatário direto*, porque os destinatários *indiretos* são as próprias partes, que precisam ser convencidas, para acolher como justa a decisão.

Classificação das provas

Malatesta classifica as provas segundo três critérios: I – quanto ao sujeito; II – quanto ao objeto; e III – quanto à forma.

I – Quanto ao *sujeito*,² a prova pode ser: a) *peçoal*; e b) *real*.

a) A *prova peçoal* é aquela que resulta da afirmação feita por uma pessoa, como o testemunho de quem presenciou um fato, o reconhecimento da assinatura num documento, a confissão do devedor etc.

b) A *prova real* é a atestação emanada de uma coisa das modalidades que o fato probando lhe imprimiu, como a verificação dos instrumentos que serviram à prática de um delito, a averiguação de um dano produzido por incêndio, uma cerca divisória entre dois imóveis etc.

II – Quanto ao *objeto*, a prova pode ser: a) *direta*; e b) *indireta*.

1 “*Idem est et non esse et non probari*”: “Não ser e não provar é a mesma coisa.”

2 *Sujeito da prova* é a pessoa ou coisa que atesta o fato probando. Quando os fatos deixam vestígios, a coisa será sujeito da prova. Quando deixam meras lembranças, a sua reconstituição será possível através de testemunha, quando, então, a pessoa será o sujeito da prova.

a) A *prova direta* é aquela que tem por objeto imediato o próprio fato probando ou que consiste neste mesmo fato, como a prova escrita do contrato, a confissão do devedor da dívida, a narração da testemunha sobre o que presenciou etc.

b) A *prova indireta*, chamada também *circunstancial*, é aquela que resulta de um fato relacionado com o fato principal, que, da sua existência, se chega à certeza do fato que se quer provar, como os indícios, as presunções etc.

III – Quanto à *forma*, a prova pode ser: a) *testemunhal*; b) *documental*; e c) *material*.

a) A *prova testemunhal* é toda afirmação feita por pessoa capaz, que, direta ou indiretamente, teve conhecimento do fato que se quer provar, como o depoimento da testemunha, o depoimento da parte etc.

b) A *prova documental* é toda representação corpórea de um fato, do qual se origina uma relação de direito, compreendendo os escritos, plantas, projetos, desenhos, gravações, fotografias etc.

c) A *prova material* é toda materialidade que sirva para produzir no espírito do juiz a certeza do fato probando, como o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

Bentham distinguia as provas em duas categorias: a) *casual*; b) *preconstituída*.³

a) A *prova casual* é aquela que não foi feita com a intenção direta de ser empregada como prova numa causa, como, por exemplo, as cartas, as notas, um livro privado de contas etc.

b) A *prova preconstituída* é aquela consistente num escrito autêntico, feito de acordo com as formalidades legais, para ser empregado como prova numa causa, como uma escritura pública de compra e venda, um recibo de quitação etc.

Para Amaral Santos, as *provas casuais* são as preparadas no curso da demanda, como as testemunhas que assistiram, eventualmente, ao fato, e os documentos que não tenham sido formados para servir de representação do fato probando. São *provas preconstituídas*, no sentido amplo, as preparadas preventivamente, em vista de sua possível utilização numa futura demanda.

Posteriormente, a classificação de Bentham, de prova preconstituída, foi estendida a provas não escritas, como, por exemplo, os sinais que se colocam nos muros divisórios, para atestar a sua propriedade.

Esses critérios de classificação das provas têm a vantagem de ser aplicados tanto ao processo civil quanto aos processos penal e trabalhista.

3 Bentham registra ter sido o inventor da locução “preconstituída” e que hesitou entre duas denominações – “prova preestabelecida” ou “prova preconstituída” – preferindo esta última, porque melhor traduz que são obra do legislador, que as ordena por previdência.

Meios probatórios: pressupostos e limitações

Os fatos ocorrem *antes* do processo e devem ser transportados para dentro do processo de conformidade com as normas processuais; devendo a prova ser colhida pelos meios admitidos em direito e pela forma estabelecida em lei.

A fixação dos fatos no processo pode ocorrer através da sua *reprodução objetiva*, como o exame da coisa pelo perito ou pelo juiz; da sua *representação*, como a declaração de atos constantes de documentos; ou da sua *reconstrução histórica*, como os depoimentos de testemunhas.

A lei estabelece os meios de prova juridicamente admissíveis, e, por esses meios, deverão os fatos ser provados;⁴ mas, além desses meios, podem ser aceitos outros, desde que não sejam imorais ou ilícitos.

No processo penal, sempre imperou o princípio da liberdade da prova,⁵ exceto quanto ao estado civil das pessoas (CPP, art. 155, parágrafo único).⁶ Assim, se o Ministério Público oferecer denúncia contra alguém, pelo crime de estupro (CP, art. 213),⁷ e pedir majoração da pena pelo fato de o agente ser casado com a vítima (CP, art. 226, II),⁸ não poderá o juiz, na hipótese de condenação, exasperar a pena, se não for feita a prova de casado conforme a lei civil.

Muitas vezes, o tempo é que exerce influência na produção da prova, pois, se o órgão do Ministério Público ou o querelante não arrolar as testemunhas na peça inicial da ação penal (CPP, art. 41),⁹ não mais poderá fazê-lo.

No processo civil, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados pelo Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (art. 332), imperando, pois, em princípio, a liberdade da prova, com as restrições impostas pela lei. Seriam exemplos de *provas proibidas*, por não serem moralmente legítimas, a narcoanálise, o soro da verdade etc.

Restrições são agasalhadas, ainda, pelo processo civil, não se admitindo a prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor excedente ao décuplo do maior

4 Exemplos: depoimento pessoal, confissão, documentos, testemunhas, perícia, inspeção judicial.

5 Vigorando, no processo penal, o *princípio da verdade real*, não pode haver limitações à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei.

6 Art. 155. (...) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

7 Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (...)

8 Art. 226. A pena é aumentada: II – de metade, se o agente é (...) cônjuge (...)

9 Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o *rol das testemunhas*.

salário mínimo vigente no país,¹⁰ ao tempo em que foram celebrados (art. 401),¹¹ nem quando a lei exigir, como prova do ato, o instrumento público (art. 366).¹²

Afora as limitações expressamente consagradas na lei, considera-se meramente exemplificativa a enumeração legal, podendo ser admitidos outros meios de prova, como radiografia, impressão digital, fita magnética, fotografia etc.

Natureza do direito probatório

Discute-se na doutrina se a *prova* deve ser tratada pelo direito *material* ou pelo direito *processual*.¹³

Os antigos processualistas, por considerarem o processo como uma dependência do direito material, entendiam que a matéria de prova deveria ser toda ela *discriminada* pelas leis materiais, ficando para o direito processual apenas *o modo de sua produção em juízo*.

Alguns doutrinadores sustentam que as leis processuais não podem definir as provas, mas apenas o meio de serem produzidas em juízo; enquanto outros entendem que as provas devem ser tratadas em toda a sua extensão pelas leis processuais; sendo esta última a posição de Chiovenda, para quem toda a matéria de prova pertence ao direito processual.¹⁴

A tendência dos modernos processualistas é também no sentido de que toda matéria de prova deve ser tratada pelo direito processual.

Uma corrente conciliadora considera a matéria de prova de natureza *mista*, pertencente tanto ao direito material como ao direito processual; cabendo ao direito civil a determinação da prova, a indicação do seu valor jurídico e das condições de sua admissibilidade; reservados ao direito processual os modos de constituir a prova e de produzi-la em juízo.¹⁵

10 O salário mínimo, há muito, é unificado no território nacional.

11 Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

12 Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

13 Não é o fato de a norma sobre prova estar no Código Civil que determina a sua natureza de norma substancial.

14 Chiovenda admite a existência de um *direito processual substancial* e um *direito processual formal*, nestes termos: “Se bem que habitualmente se contraponha a lei substancial à lei processual, seria um erro acreditar que a lei processual tenha sempre caráter formal. A norma que concede a ação não é formal, porque garante um bem da vida, o qual não poderia, de outro modo, ser conseguido, senão no processo, mas é processual, porque se funda sobre a existência do processo e deste deriva.”

15 A prova não interessa só ao direito processual, mas, também, ao direito material. Muitas vezes, são produzidas provas sem que haja qualquer litígio atual, ou mesmo, sem que se saiba se haverá litígio futuro. É imposta forma especial, como sendo da substância do ato, em muitos casos.

Distribuição do ônus probatório

O *ônus probatório* corresponde ao *encargo* que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo.

Ônus não é o mesmo que *obrigação*, mas apenas um *encargo* que pesa sobre a parte. A obrigação é sempre em relação a alguém, havendo uma relação jurídica entre dois sujeitos, em que a satisfação da obrigação é do interesse do titular do direito. O ônus, por seu turno, é em relação a si próprio, em que satisfazer o ônus é do interesse do próprio onerado. Assim, o devedor tem uma obrigação para com o credor; enquanto o réu tem o ônus da contestação da demanda.

Para Amaral Santos, ônus da prova é o dever de provar, mas no sentido de *necessidade de provar*, ou de fornecer prova destinada à formação da convicção do juiz, quanto aos fatos alegados pelas partes.

A distribuição do ônus probatório entre os litigantes objetiva determinar a quem compete provar um fato, no processo, e permitir ao julgador sair de um impasse quando a prova se mostrar inexistente ou insuficiente na hora de proferir a sentença.

Essa distribuição da prova entre as partes sofre limitações quando a lide versa sobre *interesses intransigíveis*, geralmente identificados como *direitos indisponíveis*.

A prova é dominada pelo *princípio da comunhão da prova*, também chamado de *princípio da aquisição processual*, segundo o qual, uma vez provado um fato, não mais se pesquisa a qual das partes cumpria prová-lo; mesmo porque a prova não é da parte, mas do juízo.

A afirmação de um fato influente na causa em favor uma das partes, para ser tida em conta, não precisa ser provada pela parte a quem aproveita; podendo, por exemplo, a prova produzida pelo autor ser usada em favor do réu; e vice-versa.

Vigora também, no terreno probatório, o *princípio da disponibilidade da prova*, cabendo às partes fazer valer aquelas nas quais tenham interesse sejam admitidas pelo juiz; o que não afasta, porém, o poder de instrução oficial do juiz na pesquisa da verdade.

Crítérios formais de distribuição do ônus probatório

Várias teorias foram construídas para resolver o tormentoso problema da distribuição do ônus da prova, apoiando-se umas em critérios formais e outras em critérios materiais.

Dentre as teorias formais de distribuição do ônus probatório, destacam-se, na Itália, Carnelutti, Chiovenda e Betti.

a) Para Carnelutti, o critério para terminar a qual das partes incumbe o ônus da prova é o do *interesse na própria afirmação*.

Para essa teoria, incumbe provar quem tenha interesse em afirmar; pelo que quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os *atos constitutivos*, e quem se defende cumpre provar os fatos extintivos e as condições impeditivas e modificativas.

b) Para Chiovenda, o ônus de afirmar e provar se distribui entre as partes no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que pretenda sejam considerados pelo juiz, ou, noutros termos, que tenha interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros.

c) Para Betti, o problema do ônus da prova pressupõe que o acerto probatório seja governado pelo princípio da iniciativa das partes ou do dispositivo, pois, onde a instrução for governada pelo princípio inquisitivo, a distribuição do ônus da prova não tem razão de ser.

Num primeiro plano, pareceria óbvio resolver o problema no sentido de que deve suportar o risco da prova a parte que tenha *interesse na prova*; mas essa solução se basearia num critério equívoco e imprestável; pois, se, por um lado, o “interesse da afirmação” é *unilateral*, no sentido de que cada parte tem apenas interesse em afirmar os fatos *positivos* que servem de fundamento à ação ou à defesa, por outro lado, o “interesse na prova” tem caráter *bilateral*, no sentido de que, afirmando um fato, cada uma das partes tem interesse em fornecer prova a seu respeito: uma tem o interesse em demonstrar a sua existência; a outra, a sua inexistência. Assim, não teria sentido colocar a prova a cargo da parte que tenha *interesse em provar*, porque esse interesse, embora em direção oposta, têm ambas as partes.¹⁶

Para se chegar a um critério satisfatório, é preciso deslocar a questão do ponto de vista do *interesse* para o do *ônus da afirmação*. A repartição do ônus da prova corre paralela com a repartição do ônus da afirmação ou contestação e do pedido, e se inspira num critério de igualdade entre as partes; entendida essa igualdade no que é compatível com a diferente posição processual das duas partes. Como ao ônus do pedido – ônus da ação e da defesa – se coordena o *ônus da afirmação*, e ao *ônus da afirmação* se coordena o *ônus da prova*. Quem *faz valer a pretensão* (o autor) tem o ônus de afirmar os fatos que lhe servem de fundamento: por esta afirmação, tem o ônus da prova da ação, em sentido amplo, compreendendo a pretensão e a ação *stricto sensu*. Igualmente, se quem *contesta a pretensão* (réu) não se limita a negar a existência dos fatos deduzidos como fundamento dela, negativa pela qual não tem um ônus acessório e consequencial da contraprova, tem o ônus de afirmar outros fatos, que, sem excluir a existência deles, elidam a eficácia

16 Para Betti, o que se deve considerar, pois, não é tanto o *interesse*, mas o *ônus da afirmação e da prova*. Para o réu, isso acontece somente quando o “não afirmar” e “não provar” lhe traria prejuízo; mas isso só acontece quando o autor haja provado os fatos idôneos para constituir o direito que reclama, de forma que o juiz deveria acolher a sua demanda, se o adversário não afirmar e provar fatos que obstruam o acolhimento. Enquanto tal não aconteça, o réu pode limitar-se a negar pura e simplesmente, mesmo no caso de negação indireta, ou seja, de afirmação de um fato incompatível com aquele afirmado pelo autor; ele não tem, por enquanto, a necessidade de provar o fato que afirma, porque a sua afirmação é feita só para negar a existência do fato deduzido pelo autor como fundamento da sua demanda.

jurídica originária ou atual dos mesmos: por esta afirmativa tem um ônus próprio e autônomo de *prova da defesa* em sentido amplo, ônus sempre subordinado e eventual, em relação ao ônus do autor, porquanto não entra em jogo senão depois que este foi cumprido.¹⁷

Critério material de distribuição do ônus probatório

O critério material pode deduzir-se do alcance jurídico que o direito substancial atribui aos fatos e às circunstâncias que servem de fundamento à ação e à defesa.

A natureza de tais fatos pode, hoje, considerar-se pacífica na doutrina, compreendendo-se, nesta classificação, os fatos e circunstâncias relevantes para o nascimento, a modificação e a extinção da relação, situação ou estado jurídicos deduzidos em juízo.

Os fatos probando se distinguem em: a) fatos constitutivos do direito; e b) fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito.

a) Os *fatos constitutivos* são aqueles que têm a eficácia jurídica de constituir a relação litigiosa, ou seja, que dão origem ao direito pretendido. São os fatos cuja afirmação e prova incumbem ao autor, como, por exemplo, na ação de despejo, a relação de locação; na ação reivindicatória, o domínio do imóvel; na reclamação trabalhista, a relação de emprego.

O ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, ou ao réu, apenas na hipótese de vir este a formular *pedido contraposto*, na própria contestação.

b) Os *fatos impeditivos* são aqueles que impedem que o fato constitutivo produza os seus efeitos normais ou que lhe são próprios, ocasionando *um impedimento*, como, por exemplo, a qualidade de menor ou interdito por quem excepciona a própria incapacidade, no momento de contratar; a falta de capacidade civil do vendedor, no contrato de compra e venda.

c) Os *fatos modificativos*¹⁸ são aqueles que operam uma modificação no fato constitutivo invocado no processo; ou que tenham a eficácia de modificar o direito do autor, como, por exemplo, a cobrança de cem reais pelo credor, alegando o devedor que lhe foram emprestados apenas cinquenta.

d) Os *fatos extintivos* são aqueles que extinguem a relação jurídica material ou o direito invocado pelo autor, como, por exemplo, o pagamento, a prescrição, o perdão da dívida etc.

17 Entre o ônus da afirmação e o ônus da prova existe, no geral, uma coordenação rigorosa. Somente em tema de fatos notórios – onde, de resto, o ônus da afirmação se atenua pela possibilidade que tem o juiz de considerá-los, ainda que não venham provados – a coordenação diminui, e, quanto ao ônus da prova, cessa de todo.

18 São modificações referentes ao sujeito do direito ou objeto do direito. *Subjetivas* – o autor cobra os dividendos de cotas (ações) e o réu alega que parte dessas cotas foi alienado para outra pessoa. *Objetivas* – o devedor alega que o credor por aluguéis recebeu um título cambial *pro soluto* (como quitação), e, assim, modifica-se a natureza do direito creditório.

O ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor incumbe ao réu, ou ao autor, na hipótese de vir o réu a formular pedido contraposto, na contestação.

Objeto da prova

O objeto da prova judiciária são os fatos¹⁹ que servem de fundamento à ação e à defesa, e sobre os quais versa a lide.

Alguns desse fatos carecem e outros não carecem de prova.

Como a atividade probatória é dispendiosa, deve o juiz dirigir o processo de modo a evitar que as partes procrastinem o seu curso, com requerimentos de provas dispensáveis ou protelatórias.

Carecem de prova os fatos: *a)* controvertidos; *b)* relevantes; e *c)* determinados.

a) Fatos controvertidos são aqueles sobre os quais se instaurou uma controvérsia; que, afirmados por uma das partes, foram negados pela parte contrária; enfim, os fatos contestados,²⁰ ou seja, não admitidos no processo como verdadeiros.

b) Fatos relevantes, também ditos *influentes*, são aqueles capazes de influir na decisão da causa, ou seja, que tenham alguma relação com a causa ajuizada.

c) Fatos determinados são aqueles que se apresentam com características suficientes para distingui-los de outros semelhantes.

Não carecem de prova os fatos: *a)* incontroversos; *b)* evidentes; *c)* impertinentes; *d)* irrelevantes; *e)* impossíveis; *f)* indeterminados; *g)* notórios; e *h)* possíveis com prova impossível.

a) Fatos incontroversos são aqueles a respeito dos quais não houve controvérsia, ou porque, alegados por uma das partes, foram confessados²¹ pela outra, ou porque, alegados por uma das partes, não foram contestados pela parte contrária.

Não se aplica ao processo penal essa regra, em vista da natureza da lide penal, em que os interesses são, geralmente, indisponíveis, predominando o interesse público.²²

19 Os fatos, doutrina Amaral Santos, são entes, são figuras, são objetos, com limites, qualidades, características, que os separam, os diferenciam, os distinguem de outros fatos, indivíduos ou coisas.

20 Embora não contestados, pode acontecer que deva ser dada prova dos fatos em determinadas circunstâncias, o que se verifica: *a)* quando reclamada pelo juiz para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; *b)* quando a lide versa sobre direitos indisponíveis (*rectius*, interesses intransigíveis), como nas ações de anulação de casamento; *c)* quando a lei exige que a prova do ato jurídico se revista de forma especial (prova da propriedade imobiliária, do direito real de garantia, do casamento, da separação judicial etc.).

21 Confessar é admitir como verdadeiro um fato contrário ao próprio interesse.

22 No processo penal, o fato admitido ou aceito como verdadeiro é objeto de prova. Miguel Fenech, depois de dizer que, no processo civil, a admissão expressa de um fato isenta de prova, acrescenta que “no processo penal, ao contrário, em virtude da vigência dos princípios da investigação oficial e da verdade material, o julgador deve chegar à verdade dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados”.

b) *Fatos evidentes* são aqueles que se impõem ao raciocínio, como decorrência natural de outros; sendo, por isso, denominados de *fatos intuitivos*; pelo que, se um homem fala e se move, não há necessidade de provar que está vivo.

c) *Fatos impertinentes* são aqueles que não pertencem à causa; estranhos a ela; como, por exemplo, o réu querer provar, numa ação de reivindicação, que é credor do autor.

d) *Fatos irrelevantes* ou *inconcludentes* são aqueles que, embora se refiram à causa, não têm nenhuma relevância ou influência na decisão do juiz; ou que não levam à conclusão alguma; como, por exemplo, se, numa ação indenizatória contra ele proposta, alega o réu que derrubou a mata do autor porque a sua indústria estava prestes a paralisar-se por falta de combustível.

e) *Fatos impossíveis*²³ são aqueles cuja aceitação repugna ao elementar bom-senso, em função dos fatores de espaço e tempo, como, por exemplo, alguém querer provar que foi *teletransportado* para o local do crime.

Nessa categoria se incluem os fatos *inverossímeis* ou *inacreditáveis* e os que contrariam verdades incontestáveis ou universalmente consagradas: a parte é menor do que o todo; uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; dois corpos não podem ocupar, ao mesmo tempo, o mesmo lugar no espaço.

Como a impossibilidade é relativa, porquanto o que foi impossível ontem não é hoje, recomenda a doutrina que, se aparentemente impossível ou inverossímil o fato, o melhor é deixar ao juiz a decisão sobre a admissão da prova.

Antigamente, a alegação de que um prédio foi derrubado em questão de segundos era impossível, porque a derrubada levava meses; mas depois que surgiu a “implosão” o prédio vem abaixo realmente em questão de segundos.

f) *Fatos indeterminados* são aqueles cuja indeterminação não permite a produção da prova; como, por exemplo, provar o autor que um semovente seu passou para o pasto do réu, se não puder descrever o animal; provar uma invasão do imóvel sem descrever os seus respectivos limites etc.

g) *Fatos notórios* são aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura de determinada esfera social, no tempo em que ocorre a decisão; não sendo a mesma coisa que fama pública ou opinião pública.

Um fato pode ser notório em todo o mundo, como, por exemplo, o dia 25 de dezembro é o dia de Natal; ser notório somente numa região, como, por exemplo, data da festa da uva, no Rio Grande do Sul; ou apenas numa cidade, como a realização da sua exposição agropecuária.

Para ser notório, não é preciso que o fato seja efetivamente conhecido, bastando que possa sê-lo por meio da ciência pública ou comum, como, por exemplo, a consulta de um calendário especializado para saber a época da colheita de café nos Estados que o produzem.²⁴

23 Gabriel de Rezende Filho considera, na categoria dos fatos impossíveis, os fatos possíveis cuja prova é impossível.

24 Bentham era contra a inexigibilidade de prova do fato notório, afirmando ser a notoriedade uma palavra suspeita, que não passa de um pretexto para quem não possui prova.

Também não é preciso que o juiz tenha contato direto com o fato, para considerá-lo notório. Assim, não pode desconhecer que Santos é uma cidade portuária, apesar de nunca ter estado lá.

e) *Fatos possíveis com prova impossível* são aqueles que são, em si mesmos, possíveis, mas a prova a seu respeito é que é impossível, como, por exemplo, provar com *testemunha ocular* um fato ocorrido há cem anos.

A impossibilidade da prova pode decorrer: I – de disposição de lei; ou II – da natureza do fato.

I) Por *disposição de lei*, são considerados impossíveis:

a) os fatos alegados ao encontro de uma presunção *iuris et de iure*,²⁵ porque a presunção subsistiria, mesmo que se provasse o contrário; como, por exemplo, pretender um terceiro provar que não teve conhecimento do registro da penhora no ofício de imóveis (CPC, art. 659, § 4º).²⁶

b) os fatos que não possam produzir consequências jurídicas em razão do seu caráter, como, por exemplo, o cônjuge pretender a própria infidelidade conjugal para fundar nele o pedido de divórcio.

II – Pela *natureza do fato*, são considerados impossíveis:

a) os fatos cuja prova é vedada por lei, como, por exemplo, pretender alguém provar com testemunhas um contrato de valor superior ao décuplo do salário mínimo (CPC, art. 401);²⁷

b) os fatos cujas condições peculiares impedem a prova por determinado meio; como, por exemplo, uma perícia quando a verificação for impraticável, em virtude do caráter transitório do fato (CPC, art. 420, parágrafo único, III).²⁸

Prova de fatos negativos

Muito se discutiu sobre a exatidão da fórmula herdada do direito medieval, *negativa non sunt probanda*, mas a moderna doutrina da prova tem repudiado esse princípio, afirmando que a negativa pode, sim, ser provada.

25 “De direito e por direito”; é a presunção legal absoluta.

26 Art. 659 (...) § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para *presunção absoluta de conhecimento por terceiros*, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. (...)

27 Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

28 Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando: III – a verificação for impraticável.

Muitas vezes, o autor funda o seu pedido num *fato negativo*, como, por exemplo, na ação de accertamento negativo; de repetição de indébito; de ressarcimento de dano por omissão culposa; de extinção de servidão pelo não uso etc.

Sobre a máxima *negativa non sunt probanda*, dizia Chiovenda, em muitos casos não se saberia como aplicá-la, pois toda afirmação é ao mesmo tempo uma negação, e, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se-lhe todos os predicados *contrários* ou *diversos*. Em caso de predicados *contrários*, isso é evidente, pois quem diz móvel diz não imóvel; quem diz escravo diz não livre; quem diz maior de idade diz não menor. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega, quem deve e quem não deve provar. Mas, mesmo em caso de predicados *diversos*, embora incerto o predicado que o negador implicitamente afirma, estaria ele em condições de determiná-lo; pelo que não seria possível considerá-lo como negador de modo absoluto, e, por isso, isento de prova. Assim, quem diz que um tecido *não é vermelho* não deve ser considerado, só por isso, um negador, porque, na realidade, afirma que o tecido tem outra cor, que ele poderia determinar; quem diz que uma casa *não está voltada para o Norte* diz que a casa tem outra posição, que ele poderia também determinar.

A impossibilidade da prova resulta apenas da *negativa indefinida* ou *indeterminada*, mas, aí, a impossibilidade decorre do caráter indefinido do próprio fato e não propriamente da prova; sendo impossível alguém provar que nunca viu determinada pessoa na vida.

Prova do direito

Em princípio, o direito não carece de prova, pois o juiz conhece o direito,²⁹ mas o direito que não precisa ser provado é apenas o direito nacional, que vige em todo o território brasileiro, pois seria impossível exigir-se do juiz o conhecimento do direito estadual e municipal de todos os Estados federados e municípios, à exceção daqueles onde é juiz; do direito consuetudinário, fruto dos costumes, que varia de lugar para lugar; e do direito estrangeiro de todos os países do mundo.

Para Chiovenda, as normas jurídicas devem ser conhecidas do juiz, não constituindo objeto de prova, no sentido de que a sua falta possa prejudicar qualquer das partes; exceção feita, todavia, quanto às normas que ao juiz cumpra aplicar, no caso de provadas, mas que não é obrigado a conhecer, como o direito consuetudinário, direito estrangeiro.

Nestes casos, o juiz pode exigir prova do direito, cumprindo o encargo a quem o invoca como fundamento de uma pretensão em juízo, neutralizando a máxima: *“Da mihi factum, dabo tibi ius.”*³⁰

29 *Iura novit curia.*

30 “Dá-me os fatos, dar-te-ei o direito.”

Motivos de prova, meios de prova e procedimento probatório

Chiovenda distingue entre *motivos* de prova, *meios* de prova e *procedimento* probatório.

Os *motivos de prova* são as alegações ou observações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz; como, por exemplo, a *afirmação* de um fato influente na causa, feita por uma testemunha presencial, ou a *observação* de um dano, pelo juiz, no local do evento.

Os *meios de prova* são as fontes de onde o juiz extrai os motivos de prova, como, por exemplo, a pessoa da testemunha e o local inspecionado.

O *procedimento probatório* é a atividade necessária que põe o juiz em comunicação com os meios de prova ou lhe permite verificar a atendibilidade de uma prova.

Em qualquer motivo ou meio de prova é possível distinguir a sua *eficácia objetiva* e a *atendibilidade*. Assim, a afirmação de um fato influente na causa, por uma testemunha ocular, é um *motivo de prova* com grande *eficácia objetiva*, mas a sua *atendibilidade* pode ser escassa, se a testemunha for suspeita; o documento particular em que se funda um contrato tem minguada *eficácia objetiva*, mas, se se vem a reconhecer este documento, será grande a sua *atendibilidade*; o instrumento público de que resulta um contrato possui grande *eficácia objetiva*, mas, se inquinado de falsidade, a sua *atendibilidade* pode desaparecer.

Procedimento probatório: fases ou momentos

O procedimento probatório compreende a *instrução da causa*, que é o conjunto dos atos destinados a *instruir*, a informar o juiz, de modo a pô-lo em condições de resolver a controvérsia.

São três as fases ou momentos do procedimento probatório: I – proposição da prova; II – admissão da prova; e III – produção da prova.

I – A *proposição da prova* corresponde ao momento em que as provas são requeridas pelas partes, não só por terem elas interesse em que as suas alegações sejam tidas pelo juiz como verdadeiras, como, sobretudo, porque elas estão em melhores condições de fornecer ao juiz os elementos de convicção.

A proposição da prova é *ato das partes*; devendo, em princípio, o autor propor a sua prova com a sua petição inicial e o réu com a sua contestação.

II – A *admissão da prova* corresponde ao momento em que o juiz vai admiti-la ou não, porquanto a lei lhe faculta indeferir a prova, quando se revele manifestamente inútil ou protelatória. Assim, se o fato só puder ser provado por documento (CPC, art. 366),³¹ o juiz não admitirá a prova por outro meio.

31 Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

A admissão da prova é *ato exclusivo do juiz*.

III – A *produção da prova* é o momento em que a prova será efetivamente produzida ou exteriorizada no processo.

As provas de natureza oral, como depoimentos pessoais, de testemunhas, esclarecimentos de peritos etc., são produzidas em audiência; a prova pericial será produzida antes da audiência; as provas documentais consideram-se produzidas no momento em que são admitidas.

A produção da prova é *ato das partes e do juiz*.

No procedimento probatório, com prova produzida em audiência, predominam os seguintes princípios informativos da oralidade:³² a) identidade física do juiz; b) concentração; e c) imediatidade.

a) A *identidade física do juiz* significa que o juiz deve ser o mesmo do princípio ao fim da causa; pelo que aquele que tiver *concluído a audiência* julgará a lide.

Tenho preferido falar em *princípio da pessoalidade do juiz*, por me parecer que traduz melhor o fenômeno processual que exprime.

Este princípio não vigora no processo penal e nem no trabalhista, podendo um juiz comandar a fase petítoria; outro colher a prova; e um terceiro proferir a sentença.

b) A *concentração* significa que a prova oral deve ser produzida numa única audiência, ou em poucas audiências, a curtos intervalos, para que não se percam na memória do juiz as impressões deixadas pelas provas colhidas na audiência anterior.

c) A *imediatidade* exige o contato imediato do juiz com as partes e com provas, traduzindo uma proximidade temporal entre a prova e a sentença.

O juiz deve colher diretamente a prova em audiência, com a presença das partes, testemunhas, peritos, assistentes etc., sem intermediários.

Outros princípios interferem no procedimento probatório, como o *princípio do dispositivo*, que deixa às partes a iniciativa na produção da prova, e o *princípio do contraditório*, que assegura às partes a recíproca participação nas provas produzidas.

Sistemas de valoração das provas

Encerrada a instrução probatória, o juiz terá colhido os elementos necessários para certificar-se da veracidade dos fatos alegados pelas partes, com base nos quais chegará à certeza necessária para proferir a sentença.

Após a colheita das provas, o juiz procederá, então, a uma *valoração* da prova, trabalho este de raciocínio ou inteligência, que deve obedecer a um determinado critério.

32 O processo se diz oral quando informado pelos princípios: da imediação; da identidade física do juiz; da concentração e da irrecorribilidade dos interlocutórios.

Tem-se notícia de pelo menos três sistemas de avaliação das provas: a) sistema positivo; b) sistema de íntima convicção; e c) sistema da persuasão racional.

a) O *sistema positivo*, também dito *sistema legal*, vigorava quando as provas tinham um valor prefixado pela lei, em que ao juiz cabia apreciá-las de acordo com a eficácia que a lei lhes atribuía, podendo ser pleníssimas, plenas e semiplenas.

Nessa época, havia uma *tarifação das provas*, competindo ao juiz, simplesmente, verificar se o fato, segundo a lei, estava ou não provado, pouco importando que a sua consciência ditasse o contrário.

Esse critério transformava o juiz num mero verificador de provas e foi adotado pelo processo medieval. Máxima deste sistema era o *Testis unus, testis nullus* (Uma testemunha, nenhuma testemunha).

Apesar de não adotado, na sua pureza, o Código de Processo Civil dispõe que, quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (art. 366); e também que a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo vigente no País,³³ ao tempo em que foram celebrados (art. 401). Esses preceitos são resquícios das provas legais.

b) O *sistema da íntima convicção* permitia que a verdade buscada pelo juiz decorresse não só das provas produzidas pelas partes, mas do conhecimento pessoal que ele tinha dos fatos e as suas impressões pessoais da causa; não sendo obrigado a dar os motivos do seu convencimento, podendo julgar de acordo com a prova dos autos, fora da prova dos autos e até contra a prova dos autos.

Este sistema preside, ainda hoje, o julgamento pelo tribunal do júri, em que os jurados proferem o seu veredicto de acordo com as suas consciências (*Ex informata conscientia*),³⁴ não estando obrigados a dar os motivos da sua decisão.

c) O *sistema da persuasão racional* procura conciliar as virtudes dos dois anteriores, sendo um sistema misto, sem a rigidez do sistema positivo ou legal e sem o arbítrio e a incerteza do sistema da íntima convicção.

Por este sistema, o juiz forma a sua convicção *pela livre apreciação das provas*, mas a sua convicção, embora livre, deve ser fundamentada.

O convencimento do juiz fica condicionado aos fatos nos quais se funda a controvérsias, às regras legais e às máximas da experiência; convicção livre, mas fundamentada, consoante a prova produzida no processo.

O juiz pode julgar procedente a demanda com base no depoimento de uma única testemunha, contra o depoimento de várias outras, devendo dizer por que aceitou e por que recusou a versão dos fatos por elas narrados em juízo.

Este sistema resulta em garantia das partes, porque elas terão, na fundamentação, os melhores motivos para verificar o acerto ou desacerto da sentença; garantia

33 Hoje, o salário mínimo é unificado e nacional.

34 Pelos ditames da sua consciência.

do juiz, porque fundamentando a sentença, estará acobertado contra qualquer arguição de arbítrio ou parcialidade; e garantia do Estado, que quer que a lei, expressão da sua vontade, seja aplicada corretamente.

Verdade no processo: verdade formal e verdade material

A atividade jurisdicional se destina à aplicação da lei, como expressão da vontade do Estado, resolvendo o conflito de interesses, e compondo a lide.

Como o juiz não julga com base em meras alegações, mas com base em fatos provados, o instrumento que se coloca à disposição das partes para a demonstração da veracidade de suas alegações é a *prova*, no sentido objetivo, cuja função é criar no espírito do juiz a certeza da existência ou inexistência dos fatos alegados no processo, no sentido subjetivo.

Os fatos em que se baseiam as pretensões das partes constituem o objeto da prova ou o *tema probando*; só excepcionalmente se prova o direito.

Tendo o juiz por ofício aplicar a lei ao caso concreto, precisa saber da verdade, para decidir com justiça a causa.

No processo, a verdade é pesquisada segundo dois sistemas: a) da verdade *formal*; e b) da verdade *material*.

A *verdade formal* é aquela que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com a realidade. Assim, deixando o réu de impugnar determinado fato alegado pelo autor, este se torna incontroverso, e o autor, que deveria prová-lo, fica isento do ônus da prova (CPC, art. 302, 2ª parte).³⁵ Se o autor afirma que o fato ocorreu num *dia chuvoso*, e o réu deixa de impugná-lo, pouco importa que, naquele dia, o sol tenha rachado o asfalto.

Expressão desse sistema é a máxima: “*Quod non est in actis, non est in mundo*”,³⁶ substancialmente temperada, nos ordenamentos processuais modernos, pela maior soma de poderes conferidos ao juiz na pesquisa da verdade.

A *verdade material* é aquela a que chega o juiz, reveladora dos fatos tal como historicamente aconteceram, e não como querem as partes que tenham acontecido.

Segundo a doutrina, os processos civil e trabalhista seriam informados pelo *princípio da verdade formal*; enquanto o processo penal seria informado pelo *princípio da verdade material*.

Ao contrário do que se supõe, a *verdade material* não é privativa do processo penal, sob pena de serem os demais processos tachados de *aspirantes a falsários* (Garcia-Velasco).

35 Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. *Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados*, salvo. (...)

36 O que não existe nos autos não existe no mundo.

Na verdade, o que acontece é que, no processo civil, a disponibilidade dos interesses em litígio faz com que apareça como verdadeiro aquilo que é verdade apenas em parte, ou não é verdade de modo absoluto; enquanto, no processo penal, ao contrário, chega-se mais facilmente à verdade material, em face das características singulares do processo penal.

Bibliografia

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2001. v. II.
- BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 1.
- BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Roma: Foro Italiano, 1936.
- CALAMANDREI, Piero. La definizione del fato notorio. In: **Rivista de Diritto Processuale Civile**, v. I.
- _____. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1979. v. III.
- CARVALHO, Luiz Antônio da Costa. **Curso theorico e pratico de direito judiciário civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: A Coelho B. Filho, 1973. v. II.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. III.
- _____. **Principios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: REUS, 1977. v. 1.
- FENECH, Miguel. **El proceso penal**. Barcelona: Labor, 1972.
- GARCIA-VELASCO, M. I. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Universidade de Madrid, 1969.
- GUSMÃO, Manuel Aureliano de. **Processo civil e comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe. **Prova em processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **La lógica de las pruebas en matéria criminal**. Bogotá: Temis, 1975.
- NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1963. v. II.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. II.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. III.

14

SENTENÇA

Introdução ao estudo da sentença: atos ordinatórios e atos decisórios. Conceito de sentença. Gênese lógica da sentença. Natureza da atividade judicial na emissão da sentença. Função da sentença. Sentença como ato processual e como fato processual. Classificação da sentença. Requisitos formais da sentença. Efeitos da sentença na interferência das jurisdições.

Introdução ao estudo da sentença: atos ordinatórios e atos decisórios

O procedimento se desenvolve, no processo, através de atos das partes e do juiz, ligados pela unidade de escopo a ser alcançado, que é a resolução da lide; sendo que todo processo é informado pelo princípio do *impulso oficial*, pouco importando a natureza do direito controvertido.

Como condutor do processo, o juiz é o sujeito que mais pratica atos processuais no curso do procedimento.

Os atos processuais do *juiz* podem ser de dupla natureza: I – ordinatórios; e II – decisórios.

1) Os *atos ordinatórios* são aqueles que dão andamento ao processo, permitindo o seu desenvolvimento.

2) Os *atos decisórios* se constituem de decisões emanados do juiz, quer sobre questões processuais, quer sobre questões de mérito.

Os *atos do juiz* foram classificados por Liebman em: a) despachos ordenatórios; b) despachos interlocutórios; c) decisões terminativas; e d) decisões definitivas.

a) Os *despachos ordenatórios*, ditos também *despachos de expediente*, são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo; sendo exemplos, no direito brasileiro, os despachos de juntada de documento, de vista dos autos, de notificação de testemunha, de designação de audiência etc.

b) Os *despachos interlocutórios* são os que decidem as *questões* controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem lhes pôr fim; sendo exemplos, no direito brasileiro, os despachos de rejeição de ilegitimidade de parte; de rejeição de extinção do processo etc.

c) As *decisões terminativas* são aquelas com as quais o juiz põe fim ao processo por um defeito de constituição ou de procedimento, ou por qualquer outro

motivo que torne impossível a decisão da lide; sendo exemplos, no direito brasileiro, as decisões de declaração de ilegitimidade de parte ativa; de acolhimento de perempção, de litispendência e de coisa julgada etc.

d) As *decisões definitivas* são as que decidem, no todo ou em parte, o mérito da causa, recebendo o nome de *sentenças* em sentido estrito; sendo exemplos, no direito brasileiro, as sentenças que julgam a ação procedente e improcedente.

O ordenamento processual brasileiro não adota a expressão *despachos interlocutórios*, mas *decisões interlocutórias*, nem *decisões terminativas* e *decisões definitivas*, englobando ambas sob a denominação de *sentença*.

Os atos processuais do juiz consistem em: I – sentença; II – decisão interlocutória; e III – despacho.

I – *Sentença* é o ato pelo qual o juiz extingue o processo sem resolução de mérito ou com o qual resolve o mérito da causa, sem extinguir o processo (CPC, 162, § 1º).¹

II – *Decisão interlocutória* é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162, § 2º).²

Essas decisões podem ter conteúdo meramente processual, quando se tem uma *interlocutória processual*, como as que resolvem sobre os pressupostos processuais, sobre as condições da ação etc.; e também conteúdo substancial ou material, quando se tem uma *interlocutória de mérito*, como as que concedem ou denegam a tutela antecipada (CPC, art. 273), ou específica de fazer ou não fazer (CPC, art. 461), ou específica de entrega de coisa (CPC, art. 461-A).

III – *Despacho* é todo ato do juiz praticado no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma (art. 162, § 3º).³

O Código de Processo Civil fala, ainda, em *provimento final* (art. 461, § 3º), como equivalente à sentença; o art. 162 não contempla expressamente essa modalidade.

Conceito de sentença

No direito romano, a sentença (*sententia*) era apenas a sentença *definitiva*, ou seja, a decisão emanada do juiz que, acolhendo ou rejeitando a demanda, punha fim à contestabilidade de um bem da vida; era o provimento do juiz que resolvia sobre o pedido do autor, definindo a lide com a atuação da vontade da lei. Todos os demais provimentos do juiz no processo recebiam o nome de interlocutórias (*interlocutiones*).⁴

1 Art. 162 (...) § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (...)

2 Art. 162. (...) § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. (...)

3 Art. 162 (...) § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. (...)

4 O vocábulo “*interlocutiones*” deriva de *inter* (entre) mais *locutio* (fala), que significa “entre uma fala e outra”.

No processo medieval, essa clareza do conceito foi obscurecida pela influência do processo germânico, sendo chamada sentença não somente a *decisão de fundo* ou *de mérito*, mas, também, as decisões sobre *questões processuais incidentes*, no curso do processo, surgindo daí a distinção entre *sentença interlocutória* e *sentença definitiva*.⁵

A ideia de *sentença* é incompatível com a de *interlocução*, pois aquela tem por objetivo final julgar o pedido do autor; enquanto esta visa precisamente a preparar a solução final;⁶ logo, apoiam-se em noções que se excluem, pois a interlocução é antecedente, que tem na sentença o conseqüente.

O vocábulo *sentença* vem do latim “*sententia*”, derivada do verbo “*sentire*”, traduzindo o que o juiz sente na hora de decidir a causa.

A sentença é dos mais importantes atos do juiz, e o de maior relevância, porque coroa todo o procedimento, constituindo-se no último ato do processo, com o qual o juiz termina o ofício jurisdicional.

Em doutrina, Amaral Santos define a sentença como *o ato pelo qual o juiz decide a lide, encerrando o processo e cumprindo a obrigação jurisdicional devida pelo Estado*.

É justamente este o conceito romano de sentença.

Gênese lógica da sentença

Produzidas as provas pelas partes ou determinadas *de ofício* pelo juiz, encerra-se a fase instrutória, após o que o juiz, trabalhando com os elementos de convicção colhidos no processo, proferirá a decisão que porá fim ao litígio, garantindo a paz social e a supremacia da norma de direito.

Ao ato que consubstancia esta decisão se chama “sentença”.

A sentença, do ponto de vista lógico, corresponde a um *silogismo*, em que a *premissa maior* é a norma legal a ser aplicada; a *premissa menor* é o fato ou a situação de fato; e a *conclusão* é a norma concreta que se extrai da submissão do fato à norma.

Destarte, prescreve o art. 186 do Código Civil que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” É a *premissa maior*. O

5 Esta influência se fez notar no Código de 1973, que, no art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, na sua redação original, definindo a sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”; não distinguindo entre *sentença terminativa* e *definitiva*. Entretanto, a doutrina sempre reservou esta expressão “*sentença*” para as decisões com as quais o juiz resolve a lide, mediante decisão de mérito. Com a reforma operada pela Lei n. 11.232/05, o art. 162, § 1º, passou a dispor que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269”, artigos estes que disciplinam o julgamento das causas sem resolução de mérito e com resolução de mérito, respectivamente.

6 As interlocutórias preparam o processo para receber a sentença.

juiz verifica que Pedro, por negligência, causou dano a João. É a *premissa menor*. Logo, Pedro deve reparar o dano causado a João. É a *conclusão*.

A essa operação, de submeter os fatos ao crivo da lei, chama-se *subsunção*, que Lalande define como *o enlace lógico de uma situação particular, específica e concreta, com uma previsão abstrata, genérica e hipotética contida na lei*.

Para Ugo Rocco, da sentença pode constar, e consta normalmente, uma série de silogismos.

Observa Amaral Santos que, na sentença, não se contém um único silogismo, pois o juiz desenvolve um trabalho lógico e complexo, formulando vários silogismos, servindo-se de uns para formular outros, e assim sucessivamente, até chegar à conclusão final, que será a decisão da causa.

Por isso, Couture definiu a sentença como “um fato lógico, resultante da crítica que o juiz faz dos fatos e do direito, para chegar a uma conclusão”.

Natureza da atividade judicial na emissão da sentença

Quando se trata da *natureza da atividade judicial na emissão* da sentença, pretende-se resolver a tormentosa questão de determinar se a sentença é um *ato de inteligência* ou apenas um *ato de vontade* do juiz.

Parte da doutrina⁷ sustenta que a sentença é um simples *ato de inteligência* do juiz, não havendo nela nenhuma declaração de vontade, sendo o seu trabalho reduzido a um puro juízo lógico, sobre a aplicação da norma legal ao caso concreto; pelo que, na sentença, a vontade declarada é a da lei.

Outra teoria sustenta que a sentença contém não só um juízo lógico, mas, também, um *ato de vontade* do juiz, como órgão do Estado; e, por ser um ato de vontade de um órgão estatal, se concretiza num *comando*, que o juízo do juiz se distingue do juízo de um simples particular.⁸

Para Alfredo Rocco, o elemento *essencial e característico* da sentença é o juízo lógico, isto é, a sentença é essencialmente um *ato de inteligência do juiz*, com o que não se exclui que possam existir sentenças nas quais concorra também o outro elemento; e que, por isso, constituam, também, *atos de vontade do juiz*,⁹ como são as condenatórias. O que se afirma é tão somente que podem existir sentenças, nas quais o ato de vontade não esteja presente, e que se exauem numa pura operação lógica; pelo que só o elemento lógico é essencial ao conceito de sentença.

7 Alfredo Rocco, Ugo Rocco, João Monteiro etc.

8 Bülow, Degenkolb e Goldschmidt, na Alemanha; Chiovenda, Carnelutti e Liebman, na Itália, e, dentre outros, Amaral Santos, no Brasil.

9 Nas sentenças condenatórias, além do elemento lógico, há o elemento volitivo, ou seja, a ordem imposta ao devedor de pagar, cumprindo a sua obrigação, pois essa é a ordem cujo cumprimento realiza, afinal, o direito da parte.

A norma jurídica pressupõe um juízo lógico do órgão do qual emana, sendo essencialmente um ato de vontade, ou, precisamente, um comando dirigido pelo Estado aos particulares. Sendo uma norma abstrata, este comando deve ser concretizado, ou seja, traduzido de forma concreta pelo juiz na sentença. Mas, nessa operação, o juiz não acrescenta nenhuma vontade própria à vontade já manifestada pelo órgão legislativo; apenas realiza uma pura operação lógica ou um silogismo em que, sendo a premissa maior a norma geral, e a premissa menor, o caso concreto, deduz-se a *norma de conduta* a seguir no caso particular.

Nessa operação, o juiz não exprime nenhuma vontade própria, mas, simplesmente, manifesta o próprio juízo sobre a vontade do órgão legislativo, no caso concreto; pois o Estado já afirmou a sua vontade, no exercício da função legislativa, não havendo necessidade de afirmá-la, uma segunda vez, no exercício da função jurisdicional. A sentença não contém, portanto, outra vontade senão a da lei, traduzida em forma concreta por obra do juiz; e nisso não se tem um ato de vontade, mas somente ato de inteligência do juiz.

Respondendo às críticas de que, se a sentença fosse um simples *ato de inteligência*, não se distinguiria do parecer de um particular, com a única diferença de ser um parecer emitido pelo Estado, observou Alfredo Rocco que a operação do juiz não é substancialmente diversa daquela de qualquer particular que quer deduzir da norma geral a norma particular do caso concreto. O que diferencia a sentença do juiz do parecer de um particular não é a *natureza da atividade* desenvolvida para se alcançar a formulação do juízo, mas o *diverso valor do juízo*, ou seja, a *diversa eficácia jurídica* do produto daquela atividade. Isso porque o direito objetivo reconhece à sentença do juiz uma força obrigatória que não possui o parecer de um particular; sendo a sentença produto da atividade intelectual do juiz, a que a lei acrescenta esse determinado efeito.

Para Chiovenda, a lei possui uma vontade, sendo essa vontade, que se contém em abstrato na lei, posta pelo juiz em situação de ser aplicada ao caso concreto; pois, aplicando a lei ao caso concreto, o juiz, como órgão do Estado, *emite* um comando, que qualifica a sentença como ato de vontade do juiz, como órgão estatal, em face daquilo que a lei exprime. Por ser um ato de vontade de um órgão do Estado é que a sentença se diferencia do parecer de um particular.¹⁰ Mas a sentença não é um ato de vontade inteiramente autônoma do juiz, mas *conforme* a vontade expressa na lei.

Lopes da Costa sustenta que a lei é a sentença em tese, enquanto a sentença é a lei em concreto; uma e outra se completam. Na sentença, há um *elemento lógico* e um *elemento volitivo*, não podendo haver sentença que não seja, ao mesmo tempo, produto da razão e da vontade. Sem o elemento *volitivo*, a sentença não teria força obrigatória; e, sem o elemento *racional*, seria fruto do puro arbítrio, que é a negação do direito. Portanto, a sentença “é um ato da inteligência, que termina por um ato de vontade”.

10 Também para Couture, o processo intelectual da sentença não é uma pura operação lógica, porque há nela muitas outras circunstâncias alheias ao simples silogismo.

Função da sentença

A doutrina se divide quando se trata de determinar se a sentença tem função simplesmente *declaratória* ou, também, *criadora* do direito.

Poderia parecer, à primeira vista, que, resolvida a *natureza da atividade judicial ao emitir a sentença*, estaria resolvido o impasse doutrinário sobre a função que a sentença cumpre na ordem jurídica; mas, infelizmente, não está.

Numa análise superficial, poder-se-ia supor que os que admitem a sentença como um *ato da inteligência* entendam que a sua função seja *declaratória*, e os que veem nela um ato de vontade entendam que sua função seja *criadora* do direito; mas também não é assim, porquanto muitos adeptos da *teoria da vontade* sustentam que a sentença simplesmente declara o direito.

Para Bülow, a sentença cria o direito objetivo, na medida em que as abstratas e hipotéticas disposições de lei são por si só impotentes para regular as concretas relações da vida social. Toda questão de direito apresenta um problema jurídico que não está resolvido, de imediato, pela lei; pois somente a sentença dá a *norma individualizada* para o caso particular. A lei fornece somente um esboço para a construção da norma concreta.

Para Carnelutti, também, o direito objetivo não tem condições para disciplinar todos os conflitos de interesses ocorrentes no meio social, sendo necessário, muitas vezes, o processo para a *complementação* dos comandos da lei. O comando contido na lei é incompleto; é como se fosse um arco, que a sentença completa, transformando em círculo.¹¹ Os direitos subjetivos e as obrigações só nascem efetivamente quando existe uma sentença a respeito.

Para Mortara, a sentença cria o direito subjetivo, porquanto, antes da emissão da sentença, o que existe é uma simples pretensão; mas a sentença não cria do nada um direito subjetivo, apenas conferindo força e efeitos de direito subjetivo a essa pretensão, sob a forma de ação ou de defesa.

A maioria da doutrina, porém, sustenta que a função da sentença é simplesmente *declaratória* do direito.

Para Chiovenda, a sentença nada cria, mas apenas *declara a vontade concreta da lei*, na medida em que *atua vontade de lei preexistente*.

O processo não se presta a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta, antes dele – por exemplo, quando o autor celebrou um contrato com o réu –; mas apenas *declarar* essa vontade e efetivá-la na prática, traduzindo-a em ato, na sentença, com o acolhimento ou rejeição da demanda.

11 Não é que a norma seja incompleta e precise ser completada pelo juiz, mas a *tutela concedida* aos interesses humanos, através da norma, é que é insuficiente, necessitando ser completada, mediante uma forma complementar de tutela: a *tutela judicial dos interesses*, nos limites assinalados pela norma.

Para Alfredo Rocco, também, o elemento essencial e característico da sentença é o juízo lógico; orientando-se no mesmo sentido Ugo Rocco, para quem a função jurisdicional não comete ao juiz a criação da lei, senão a declaração de certeza de relações jurídicas existentes.

Para Amaral Santos, a função da sentença se limita a declarar a vontade da lei; e, mesmo nos casos em que não se encontra nela, com precisão, a regra jurídica a aplicar-se, cumpre ao juiz interpretá-la conforme os princípios de hermenêutica, e, assim, extrair da norma interpretada aquela a fazer valer no caso concreto. Assim, a sentença declara o direito previsto na norma interpretada, tendo também função declaratória.

Nas hipóteses de lacunas da lei, o juiz, guiando-se pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito, formula a norma abstrata a aplicar ao caso concreto; o que não significa dizer que ele cria o direito, mas apenas declara uma norma jurídica existente, embora em estado *potencial* no sistema jurídico.

Para Unger, a função da sentença é declaratória; mas, quando falta a disposição de lei aplicável ao caso concreto, o juiz tem que se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, hipóteses em que desenvolve uma atividade similar à legislativa, de formação do direito, criando o *direito judicial*. Esta não é a função normal da sentença, mas accidental, anormal.

O direito judicial é diverso do direito legislado, pois só vale para o caso concreto, enquanto a lei vale para todos os casos da mesma espécie.

Sentença como ato processual e como fato processual

A sentença é o ato com o qual o juiz põe fim à atividade jurisdicional do Estado, solucionando a lide, mediante a atuação da lei; sendo o ato culminante do processo de conhecimento.

A sentença adquire existência como *ato jurídico processual* a partir do momento em que é *publicada*, pois, desse momento, não passa de simples ato do juiz, que pode ser desfeito ou modificado.

A *publicação* da sentença converte-a, de simples *ato do juiz*, em *ato jurídico processual*, com relevância jurídica no processo.

O vocábulo “publicação” tem, aqui, um sentido técnico, traduzindo o momento em que *é dado a público o conhecimento do teor da sentença*.

O juiz pode proferir a sentença em seguida à conclusão da audiência de instrução, na própria audiência, ou noutro momento, no prazo assinalado pela lei, para esse fim, caso não se sinta em condições de prolatá-la desde logo.

Quando o juiz profere a sentença na própria audiência, ela adquire a consistência de ato decisório, como *ato jurídico processual*, no momento em que é lançada no processo; pelo que a sentença verbalmente proferida se tem por publicada na audiência; caso em que o termo de audiência documenta a publicação.

A sentença proferida fora da audiência adquire consistência de ato processual, quando da sua juntada aos autos, integrando-se ao processo; pelo que o termo de juntada documenta a publicação.

No processo trabalhista, o sistema é idêntico, tendo-se por publicada a sentença na própria audiência em que for proferida (CLT, art. 834).

No processo penal, a sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim (CPP, art. 389).

Como *ato processual*, a sentença produz *efeitos principais*, que se manifestam em razão do pedido da parte e de pronunciamento expresse do juiz.

Mas, além dos *efeitos principais*, outros decorrem da sentença, efeitos de ordem *secundária*, que dela resultam como *fato processual*, sem que seja necessário pedido da parte ou pronunciamento expresse do juiz a respeito. Assim, a sentença que anula o casamento produz o efeito de dissolver a comunhão de bens; a mulher, condenada na ação de divórcio, perde o direito de usar o nome do marido; a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária etc.

Classificação da sentença

A sentença é classificada em doutrina sob mais de um aspecto, sendo a mais relevante a que a classifica em vista da *natureza da prestação jurisdicional concedida*, podendo ser: *a)* declaratória; *b)* constitutiva, e *c)* condenatória.¹²

a) A *sentença declaratória* simplesmente declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou situação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento.

O bem da vida pretendido é a própria *certeza*, que é alcançada com o provimento jurisdicional; pelo que, com essa declaração, fica satisfeita a pretensão do autor ou do réu;¹³ como são, *no processo civil*, a sentença que declara a inexistência de uma relação de débito e crédito; *no processo trabalhista*, a sentença que declara a existência ou inexistência de vínculo empregatício; *no processo penal*, a sentença que julga extinta a punibilidade (art. 107, CP).¹⁴

12 Esta classificação oferece a vantagem de poder ser aplicada tanto aos processos civil e trabalhista quanto ao processo penal.

13 Sustenta Hélio Tornaghi que, quando se fala em sentença declaratória, o que se quer referir não é apenas à operação lógica de acertar, de tornar certo o que antes era incerto; mas, sim, a operação jurídica que dá força de coisa julgada a esse pronunciamento. O que distingue a sentença declaratória do parecer de um jurista é exatamente isto: que a primeira vincula; o segundo, não. Sob o aspecto meramente lógico, é possível até que o parecer esteja certo e a sentença, errada. Mas aquele não tem força de lei e esta tem" (Carnelutti).

14 Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito,

Tem também natureza declaratória a sentença que julga improcedente a ação ou a reclamação trabalhista, caso em que será declaratória negativa; e, no âmbito penal, a que absolve o réu, porquanto declara implicitamente a inexistência do direito de punir do Estado.

b) A *sentença constitutiva*¹⁵ é aquela que cria, modifica ou extingue uma relação ou situação jurídica, provocando uma alteração de ordem fática ou jurídica; como são, *no processo civil*, a sentença que anula o casamento; *no processo trabalhista*, a sentença proferida em dissídio coletivo, sempre que se trate de regulamentação jurisdicional coletiva nova; e, *no processo penal*, a sentença de reabilitação penal (CP, art. 93).¹⁶

c) A *sentença condenatória* é aquela que impõe ao réu o cumprimento de uma obrigação (fazer, não fazer, entregar coisa).

Esta sentença é chamada também de *sentença de prestação*, porque é impositiva de uma sanção ao réu, que, no âmbito civil e trabalhista, é sujeitá-lo à execução ou cumprimento da decisão, no caso de inadimplemento; e, no âmbito penal, sujeitá-lo a uma penalidade.

As sentenças declaratórias e constitutivas, de regra, não admitem execução ou cumprimento, a não ser que se admita a categoria chamada de execução *imprópria*, como, por exemplo, a averbação do divórcio no registro civil.

No entanto, a jurisprudência entende que tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada (REsp. n. 588.202/PR).

Toda sentença, independentemente da sua natureza, contém o elemento *declaratório*, pois o juiz “declara” o direito das partes; mas algumas delas contêm também o elemento *constitutivo* ou *condenatório*.

Requisitos formais da sentença

Qualquer que seja a sentença proferida no processo civil, trabalhista ou penal, depende, para sua validade, da observância de determinados requisitos, chamados *requisitos formais*¹⁷ da sentença, porque concernentes à forma como deve ser prolatada.

nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII – (revogado); VIII – (revogado); IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

15 Ugo Rocco nega que existam sentenças constitutivas, porque entende que a função do juiz ao proferir a sentença se concretiza no encargo de declarar a certeza do direito e não de criá-lo.

16 Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

17 Estes requisitos são também chamados de *essenciais*, porque não podem faltar em nenhuma sentença.

A sentença é composta de três partes: a) relatório; b) fundamentos; e c) dispositivo (CPC, art. 458).¹⁸

a) O *relatório* constitui a parte da sentença onde são identificadas as partes, resumidas as pretensões de cada uma delas, ressaltando o juiz aí os incidentes surgidos no curso do procedimento, salientando o teor da controvérsia a ser decidida.

b) Os *fundamentos*, também chamados de *motivação*, é a parte da sentença onde o juiz examina a pretensão das partes litigantes; resolve as questões de fato e de direito que lhes socorrem; exteriorizando, enfim, as razões que o convenceram do acerto ou desacerto das teses sustentadas pelas partes.

Nos fundamentos, o juiz explicita os motivos de fato e de direito que lhe formaram a convicção, analisa os fatos, os depoimentos, os documentos, a perícia etc., e forma convencimento sobre a causa em julgamento; e, se se depara com alguma questão preliminar ou prejudicial, deve resolvê-la antes de decidir o mérito da causa.

c) O *dispositivo* é a parte da sentença em que se contém a verdadeira decisão da causa, onde reside o *comando* que a caracteriza como ato de vontade.

No dispositivo, o juiz decidirá pela procedência ou improcedência do pedido, com as consequências respectivas, a cargo do autor ou do réu, constituindo *a verdadeira sede de um julgado*.

O dispositivo da sentença pode ser *direto*,¹⁹ quando o juiz expressa com as suas próprias palavras a decisão; ou *indireto*, quando se limita a reportar-se ao pedido da parte.²⁰

No entanto, não basta a fundamentação, mas, também, que esta guarde coerência com a parte dispositiva da sentença; porque a eventual contradição entre a fundamentação e o dispositivo compromete a validade da sentença.²¹

Efeitos da sentença na interferência das jurisdições

O conceito de jurisdição é unitário e não se diversifica porque a lide a ser composta seja de natureza cível, trabalhista ou penal.

Proferida a sentença de mérito sobre determinada lide, indaga-se como deverão os demais órgãos jurisdicionais comportar-se diante dela.

18 Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

19 Se o juiz julga procedente o pedido, para condenar o réu em “x”, o dispositivo é *direto*.

20 Se o juiz, por exemplo, julga procedente a ação nos termos do pedido, o dispositivo é *indireto*.

21 Na Itália, quando a sentença era elaborada pelo juiz que ficou vencido, este redigia a motivação com argumentos capazes de incompatibilizá-la com a parte dispositiva, produzindo, assim, uma sentença monstruosa, que Gennaro Escobedo denominou “sentença suicida”.

Assim, por exemplo, prescreve o Código Civil que “a responsabilidade civil é independente da criminal” (Cód. Civil, art. 935, 1ª parte), com o que ressalta a independência das duas jurisdições.²²

Contudo, estabelece ainda o Código Civil que “(...) não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art. 935, 2ª parte).

O Código Civil, portanto, dá prevalência à jurisdição penal sobre a cível, em que *a sentença penal tem eficácia no cível*.

Não apenas a ordem jurídica brasileira, mas a de outros países tem reconhecido esta prevalência, e as justificativas são as mais variadas, havendo até uma de ordem sentimental: “Já imaginaram o juiz cível declarar a inocência de um homem condenado pelo júri e morto no cadafalso?”²³

Outros assentam essa prevalência no fato de ser o processo penal dominado pelo princípio inquisitivo, onde há maior liberdade do juiz na investigação da verdade material, e, também, maior liberdade no campo probatório, no que tange aos meios de prova.

Esse argumento não convence, pois, no juízo penal, pode haver, sim, *limitação* na apreciação da prova; pois, se o juiz criminal tiver que decidir uma questão sobre a *propriedade* da coisa imóvel, alegada pelo réu, para eximir-se do crime de dano, não será admitida a prova exclusivamente testemunhal.

Para Carnelutti, a única diferença entre o processo civil e o penal é quanto ao método para se alcançar a verdade, estando o juiz, no cível, vinculado à alegação das partes; pelo que *vincular o juiz cível aos fatos fixados pelo juiz criminal não auxilia a investigação da verdade*.

Se o réu for absolvido no juízo criminal, a ação cível poderá ser proposta, quando não tiver sido *categoricamente* reconhecida a *inexistência* material do fato (CPP, art. 66).²⁴

Observa Lopes da Costa haver diferença entre a sentença absolutória que reconhece *categoricamente* a inexistência material do fato e a absolutória que reconhece *não estar provada* a existência do fato; pois a primeira tem eficácia no cível, impedindo o ajuizamento da ação; e a segunda, não.

Também não impedirão a propositura da ação cível: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (CPP, art. 67).

22 Ensina Lopes da Costa que as sentenças proferidas no exercício de uma e outra das jurisdições não se contrariariam, porque, na ação penal, o pedido é a “aplicação de uma pena”, enquanto, na ação civil, o pedido é a “reparação de um dano”. Não haveria, assim, identidade de pedidos.

23 Esta justificativa foi imaginada por Lacoste.

24 Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Nesses casos, a eficácia da sentença penal não extrapola da esfera criminal.

A sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (CP, art. 91);²⁵ pelo que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução no cível para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores (CPP, art. 63); vendo-se aí claramente a sentença penal produzindo efeitos no cível.

Se a sentença penal for absolutória e se assentar numa descriminante – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (CP, art. 23)²⁶ –, fará coisa julgada no cível (CPP, art. 65).²⁷

No entanto, cumpre distinguir cada hipótese, conforme as circunstâncias do caso concreto. Assim, a legítima defesa e o estado de necessidade, por exemplo, vinculam o juiz, no cível, que não poderá apreciá-los; mas, em certas hipóteses, não impede a reparação do dano pelo agente causador, como, por exemplo, se o dono da coisa destruída, no estado de necessidade, não tiver sido o responsável pelo perigo; ou, no caso de legítima defesa, quando ocorrer a hipótese de *aberratio ictus*,²⁸ de erro de execução, em que o lesado ou seus descendentes têm direito à reparação do dano, no cível.

No âmbito trabalhista, tem inteira aplicação o Código Civil (art. 935),²⁹ sendo o direito comum fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (CLT, art. 8º, parágrafo único).

O art. 935 do Código Civil regula apenas duas hipóteses: existência do fato e sua autoria.

A doutrina trabalhista (Wagner D. Giglio) se socorre dos arts. 65 a 67 do Código de Processo Penal, o que a rigor não seria possível, mas aplica-se por analogia, sem muito rigor científico, porém com reais proveitos de ordem prática.

No que tange à interferência da sentença penal no juízo trabalhista:

I) se o réu for condenado por crime, haverá justa causa pelos mesmos fatos, ainda que tenha havido suspensão da execução da pena; hipótese não enquadrável

25 Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. (...)

26 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

27 Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

28 Ocorre esse tipo de erro quando o agente atira numa pessoa e acaba acertando outra. É o chamado erro de golpe ou de alvo.

29 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

na alínea *d* do art. 482 da CLT,³⁰ mas que poderia enquadrar-se em outra alínea, como *a*, *b*, *j* ou *k*,³¹

II) se houver absolvição por ter sido reconhecido que o empregado não foi autor do fato, ou tiver ela se baseado na inexistência dos fatos, não haverá justa causa;

III) não haverá, também, justa causa, se o empregado praticou o ato nas circunstâncias do art. 23³² do Código Penal, reconhecidas essas circunstâncias no crime (art. 65 do CPP).³³

Bibliografia

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1972. v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- CARREIRA ALVIM, Luciana Gontijo. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3º.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1936.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1992.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969. v. II.
- _____. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1970. v. II.
- SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

30 Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena. (...)

31 Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. (...)

32 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

33 Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

15

RECURSO

Recurso: notas características e conceito. Duplo grau de jurisdição. Natureza jurídica do recurso. Pressupostos recursais. Sucumbência: conceito e classificação. Fundamento do recurso. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Efeitos do recurso. Reflexos da interposição do recurso sobre a relação processual. Classificação dos recursos. Tipologia recursal. Proibição de reformatio in peius.

Recurso: notas características e conceito

A palavra *recurso* provém do latim *recursus*, que traz a ideia de voltar atrás; daí o emprego dessa palavra para traduzir o ato através do qual se pede o reexame da questão decidida.

Proferida uma decisão, quem tiver interesse na sua reforma ou modificação pode impugná-la por intermédio do *recurso*.

O termo “recurso” tem o sentido técnico-processual de *meio de impugnação* das decisões.

Lopes da Costa aponta as seguintes *notas características* do recurso: a) ser um ato da parte; b) dirigir-se contra um ato do juiz; c) pretender um novo ato judicial; d) que confira situação processual mais favorável.

No direito brasileiro, o recurso não é ato *apenas da parte*, porque mesmo quem não foi parte no processo pode recorrer, como é o caso do terceiro prejudicado (CPC, art. 499, *caput*)¹ e do Ministério Público, quando atua como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º).²

Com base nesses *elementos*, define Lopes da Costa o recurso como *o meio de que se serve a parte, para, modificado ou anulado um ato do juiz, obter uma situação processual mais favorável*.

1 Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. (...)

2 Art. 499 (...) § 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Para Amaral Santos, *recurso* é o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação.

Duplo grau de jurisdição

O recurso se liga, de ordinário, ao *duplo grau de jurisdição*, em que uma decisão proferida pelo *juízo inferior* recebe novo julgamento por um *juízo superior*.

Tem-se discutido se o recurso pressupõe necessariamente a dualidade de instâncias, com órgãos distintos para julgar em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Carnelutti sustenta que os recursos não exigem um órgão distinto do que pronunciou a decisão impugnada, porque o juiz está em condições de corrigir o seu próprio erro; podendo ser até conveniente, mas não necessária a diversidade de órgãos.

Para Alcides de Mendonça Lima, não deixa de existir recurso quando interposto para o mesmo órgão que prolatou a decisão recorrida; pois, desde que o vencido possa insistir na sua pretensão, há recurso no sentido jurídico.

Sob este aspecto, o direito objetivo se afina com a doutrina, não repugnando ao sistema jurídico nacional o recurso para o mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada, admitindo-se até mesmo recurso para o mesmo juiz que prolatou a decisão recorrida.³

Natureza jurídica do recurso

Parte da doutrina identifica o recurso com *a ação*,⁴ e outra o considera *um direito em si mesmo*, distinto do direito de ação.⁵

Betti entende que o poder de impugnar uma sentença *é uma ação* que das demais se difere pelas especiais características de seus elementos constitutivos e pela natureza da razão à qual é coordenada. Assim, elementos constitutivos de toda ação são *um interesse* e um *correspondente poder*; sendo o seu requisito *a legitimação*.

Leone⁶ sustenta que o direito de impugnação é um *verdadeiro e próprio direito subjetivo público* em face do juiz e *potestativo* em face da outra parte, podendo se adaptarem a ele todos os atributos do direito de ação.

Santoro entende, igualmente, que quem impugna uma sentença, pedindo ao juiz a sua modificação, *exercita uma ação*. Se o impugnante for o órgão do Ministério Público, a ação já iniciada prossegue; e, se for o acusado, ele, de réu na ação,

3 A Lei de Execução Fiscal admite como único recurso, na inferior instância, os embargos infringentes para o próprio juiz que proferiu a decisão embargada (Lei n. 6.830/80, art. 34).

4 Betti, Leone, Santoro, Vannini e Ugo Rocco.

5 Liebman e Sergio Costa.

6 Leone fala no direito de impugnação como uma ação constitutiva.

se torna autor no recurso. Ele, que não podia agir *ab origine*, pode agir enquanto impugna a sentença.

Vannini sustenta que o direito de impugnação se coloca como verdadeira e própria ação constitutiva, que objetiva uma sentença modificando um estado jurídico existente; ação esta tendente à remoção do provimento desfavorável do juiz.

Ugo Rocco enquadra, igualmente, o recurso no conceito do *direito de ação*.

Em posição oposta, estão Liebman e Sergio Costa, para quem o recurso ou o poder de impugnar a sentença é *um direito subjetivo processual*, absolutamente independente da ação, e nasce no processo.

Frederico Marques se põe ao lado dos que enquadram o recurso entre os *direitos subjetivos processuais*, diverso do direito de ação; sendo esses dois direitos, *recurso* e *ação*, distintos tanto no que concerne aos seus caracteres ontológicos quanto no tocante aos seus fins e objetivos.

O *direito de recorrer* é um direito que se insere no desdobramento dos atos processuais cuja prática resulta do *direito de ação* ou do *direito de defesa*; com a propositura da ação, instaura-se uma relação processual, que surge com o ingresso do autor em juízo, enquanto, no recurso, a relação processual já existe; interposto o recurso, o processo continua através de novos atos procedimentais, não nascendo nova relação processual; a ação tem por *finalidade* o julgamento de um pedido, enquanto o recurso tem por finalidade *um novo julgamento*.

Para Del Pozzo, o *poder de agir* tem por objeto a iniciativa do processo genericamente considerado, enquanto o *poder de recorrer* tem por objeto apenas uma fase do mesmo processo; ou, mais precisamente, o controle da decisão sobre o pedido. Por isso, o recurso é direito que nasce no processo, no instante mesmo em que a decisão judicial declara o direito existente, e põe fim à atividade jurisdicional já realizada; enquanto o direito de ação, embora de natureza processual, preexiste logicamente ao processo.

Esta assertiva, de que *o recurso nasce no processo*, não me parece de todo exata, pois o que surge por ocasião da sentença é o *interesse de recorrer*, que emerge, de regra, da sucumbência; mas esse interesse não é o *recurso*, senão um dos pressupostos para recorrer. Por isso, o recurso, enquanto direito *em abstrato*, preexiste ao processo; e, enquanto direito *em concreto*, depende do resultado do processo.

Realmente, o recurso tem individualidade própria, com pressupostos específicos, mesmo porque, muitas vezes, alguém está legitimado a interpor recurso, sem que o estivesse para propor a ação, sendo o recurso de terceiro prejudicado um irrefutável exemplo disso (CPC, art. 499).⁷

A ação e o recurso são, na verdade, dois direitos distintos, que se inscrevem no rol dos chamados *direitos subjetivos processuais*.

7 Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. (...)

Pressupostos recursais

O recurso, para ser admitido, depende da presença de determinados requisitos, chamados *pressupostos recursais*, e sem os quais o mérito da impugnação não será examinado.

Os pressupostos recursais são de dupla natureza: I – objetivos; e II – subjetivos.

I – Os pressupostos *objetivos* dizem respeito ao recurso considerado *em si mesmo*, independentemente da pessoa de quem recorre.

II – Os pressupostos *subjetivos* dizem respeito à pessoa dos recorrentes, independentemente da modalidade do recurso de que se trate.

I – Os *pressupostos objetivos* do recurso são: a) recorribilidade da decisão; b) tempestividade do recurso; c) singularidade do recurso; d) adequação do recurso; e) observância da forma legal; f) motivação do recurso; e g) preparo do recurso.

a) A *recorribilidade da decisão* significa que a lei deve prever o recurso para a decisão; pois nem todas as decisões são recorríveis, cuidando a lei de prever as decisões que, por sua importância, são passíveis de recurso. Assim, as *sentenças* e as *decisões interlocutórias* são recorríveis; não, porém, os *despachos*.

b) A *tempestividade do recurso* significa que o recurso deve ser interposto dentro do prazo assinalado pela lei, que não é o mesmo para todos os recursos. A interposição do recurso fora do prazo determina a sua *intempestividade*.

Se, *objetivamente*, o prazo não é o mesmo para todos os recursos, *subjetivamente* é, em princípio, idêntico para ambas as partes; à exceção da Fazenda Pública e do Ministério Público, aos quais é concedido prazo em dobro para recorrer (CPC, art. 188).⁸

c) A *singularidade do recurso* significa que, contra cada decisão, só tem cabimento um recurso, não podendo ser interposto, simultaneamente, mais de um recurso contra uma mesma decisão. Daí ser também denominado princípio da unirrecorribilidade.

Excepcionalmente, a lei admite a interposição simultânea (não o julgamento) de dois recursos, como acontece, por exemplo, nos processos civil e penal, os recursos especial e extraordinário.

d) A *adequação do recurso* significa que o recurso deve ser apropriado à impugnação pretendida; não podendo o recorrente se valer de qualquer recurso. Assim, contra sentença, cabe apelação; contra decisão interlocutória, cabe agravo.

Goldschmidt preconizava a *teoria do recurso indiferente*, em que o simples inconformismo da parte com a decisão seria suficiente para que o seu recurso fosse conhecido, pouco importando a denominação que se lhe desse.

8 Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e *em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público*.

e) *A observância da forma legal* – Significa que a forma de interposição do recurso deve ser observada pelo recorrente. No processo penal pode ser interposto, indistintamente, por petição ou por termo nos autos (CPP, art. 578);⁹ no processo civil, pode ser também interposto por petição (CPC, art. 514)¹⁰ ou por termo nos autos (CPC, art. 523, § 3º),¹¹ dependendo do tipo de recurso. A apelação cível é necessariamente interposta por petição, enquanto o agravo oral em audiência pode ser interposto por termo nos autos.

f) *A motivação do recurso* exige que o recorrente indique as razões de fato e de direito que o levaram a discordar da decisão recorrida, justificando a sua pretensão de ver reformada a decisão (CPC, art. 514, II).¹²

No processo penal, é dispensável a motivação quando o recurso possa ser interposto por termo nos autos, bastando a assinatura do recorrente ou de seu representante legal (CPP, art. 578).

g) *O preparo do recurso* quer dizer que o recorrente deve efetuar o pagamento das despesas relativas ao processamento do recurso, sob pena de deserção (CPC, art. 511).¹³

No processo penal, a regra é a dispensa de preparo do recurso, exigido apenas nos processos instaurados mediante queixa, salvo se o recorrente for pobre; e que, se não forem pagas, ocasiona a sua deserção (CPP, art. 806).¹⁴

No processo trabalhista, além do preparo, há também necessidade de o recorrente fazer o depósito do valor da condenação, quando for o empregador.

Pode ocorrer a *dispensa de preparo* à luz de critérios *objetivos* ou *subjetivos*. Assim, o agravo retido e os embargos declaratórios *independem* de preparo (critério objetivo); o Ministério Público, a Fazenda Pública e os que litigam sob o pálio da justiça gratuita são isentos de preparo (critério subjetivo).

9 Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. (...)

10 Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà. (...)

11 Art. 523 (...) § 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

12 Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: II – os fundamentos de fato e de direito. (...)

13 Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

14 Art. 806. Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas. § 1º Igualmente, nenhum ato requerido no interesse da defesa será realizado, sem o prévio pagamento das custas, salvo se o acusado for pobre. § 2º A falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto. § 3º A falta de qualquer prova ou diligência que deixe de realizar-se em virtude do não pagamento de custas não implicará a nulidade do processo, se a prova de pobreza do acusado só posteriormente foi feita.

II – Os *pressupostos subjetivos* do recurso são: a) a legitimação; e b) o interesse jurídico.

a) Em princípio, a *legitimação* para impugnar a sentença cabe a quem foi parte no processo, tenha ou não estado presente na causa, inclusive o revel, e tanto se foi parte originária quanto terceiro interveniente.

Além das partes, são legitimados a recorrer o terceiro prejudicado e o Ministério Público, este último, quer funcione como parte, quer como fiscal da lei (CPC, art. 499, *caput*).

b) Deve também o recorrente ter *interesse jurídico* em recorrer, interesse este existente em favor da parte sucumbente, à qual a sentença trouxe um prejuízo presente, ou possa trazer um prejuízo futuro; a quem a lei reconhece um justificado motivo para pedir a remoção dele.

Tem *interesse jurídico* em recorrer quem tenha *interesse jurídico* na reforma da decisão; e esse interesse possui o sucumbente.

Sucumbência: conceito e classificação

O *sucumbente* é a parte cuja demanda não foi acolhida, ainda que por motivo não atinente ao mérito.

Para se estabelecer, em concreto, se a parte é sucumbente, é preciso considerar o efeito prático da sentença, isto é, as decisões tomadas pelo juiz, que são os concretos provimentos adotados, com os quais pronunciou sobre o objeto do processo. Para Frederico Marques, a *sucumbência* é a situação criada por uma decisão em antagonismo com o que pediu o litigante; para outros, é a desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido pelo juiz.

O *sucumbente* é aquele que foi vencido, e vencido é, normalmente, aquele que sofreu um prejuízo em virtude de uma decisão ou sentença proferida no processo.

Para Schönke, constitui requisito essencial do recurso o “gravame” para a parte; havendo gravame quando ocorre para ela um prejuízo, resultante da diferença entre o que foi por ela pedido e o que foi concedido pela sentença recorrida.

A sucumbência dá a medida do interesse em recorrer, e só se recorre daquilo que se perdeu, e na medida do perdido.

No entanto, a lei reconhece legitimação para recorrer ao réu revel, que nada pediu, e, portanto, nada lhe foi negado; o mesmo ocorrendo com o terceiro prejudicado, o qual, tendo estado fora do processo, também não formulou pedido.

A sucumbência *concebida em função do pedido* compreende em quase toda a sua extensão a situação jurídica que determina o *interesse em recorrer*; mas não toda, sob pena de se negar o recurso a quem tenha interesse em impugnar a sentença, como terceiro prejudicado, ou aos que apenas virtualmente integraram o processo, como o revel.

Por sucumbência, deve ser entendida a lesão que possa resultar de uma decisão ou sentença para o interessado em recorrer; ou o prejuízo jurídico, real ou virtual, que a sentença provoca ou possa provocar na esfera jurídica do prejudicado. Assim, amplia-se o conceito de sucumbência, conservando-o, dentro de limites razoáveis; mesmo porque, não apenas a parte vencida, mas também a *vencedora* pode recorrer, bastando que esteja em condições de demonstrar interesse jurídico na reforma da sentença, por conta de um prejuízo atual ou futuro que sofrer.

Embora não tenha a parte interesse em recorrer, quando a sentença se fundamenta em disposição legal diversa da invocada, pode suceder que, na prática, possa sofrer um gravame derivado justamente dessa diversidade do *fundamento*. Suponha-se que o réu invoque, na sua defesa, a legítima defesa real, e o juiz o absolva por legítima defesa putativa. Nesse caso, ele poderá ser, eventualmente, acionado no cível pelos herdeiros ou sucessores da vítima, para pagamento de perdas e danos; o que não seria possível se tivesse sido absolvido com base na legítima defesa real.

Nessa hipótese, o réu tem indiscutível interesse na reforma da decisão, para ver vitoriosa, no tribunal, a tese da legítima defesa real.

Para que o Ministério Público possa recorrer, como fiscal da lei, basta a violação do direito objetivo, não se exigindo a sucumbência, porquanto ele não defende, no processo, interesse próprio, mas interesse público e social, para cuja satisfação pode, se necessário, modificar seu entendimento no processo.

A sucumbência pode ser classificada em: I – única e múltipla; II – direta e reflexa; III – total e parcial.

I – A sucumbência *única*, também dita *simples*, ocorre quando o gravame atinge apenas uma das partes no processo; como, por exemplo, a sentença que julga procedente a ação.

A sucumbência *múltipla* acontece quando há mais de um vencido, ou quando atinge interesses vários.

Essa modalidade de sucumbência se subdivide em: a) paralela; e b) recíproca.

a) A *sucumbência paralela* ocorre quando a decisão prejudica interesses idênticos de várias partes, ou lesa interesses idênticos de mais de uma parte; como, por exemplo, a sentença que julga procedente a ação contra os litisconsortes.

b) A *sucumbência recíproca* acontece quando a decisão causa gravame simultâneo a interesses opostos de duas partes, ou lesa interesses opostos de duas partes, como, por exemplo, a sentença que julga procedente *em parte* a ação.

II – A *sucumbência direta* existe quando atinge quem foi parte no processo,¹⁵ como, por exemplo, a sentença condenatória do réu.

15 Esta classificação (direta e reflexa) não se adapta ao conceito de sucumbência adotado por Frederico Marques, pois quem está fora da relação processual nada pediu, e, portanto, nada lhe teria sido negado; logo, não haveria sucumbência reflexa.

A sucumbência *reflexa* ocorre quando atinge pessoas que estão fora da relação processual; como, por exemplo, a sentença penal absolutória, em relação à vítima ou seus sucessores.

III – *A sucumbência total* acontece quando o pedido do litigante é desatendido na sua totalidade; como, por exemplo, a absolvição do réu, ocasionando a sucumbência do Ministério Público.

A sucumbência parcial ocorre quando apenas parte do pedido não foi atendido; como, por exemplo, a sentença condenatória do réu ao pagamento do principal, negando juros compensatórios.

Se a sentença contiver distintas decisões, a parte pode sucumbir parcialmente, na medida em que alguns capítulos dela lhe sejam favoráveis e outros desfavoráveis; caso em que pode impugnar a sentença só na parte em que restou sucumbente.¹⁶

Não é sucumbente e, portanto, não pode recorrer a parte que, sendo totalmente vitoriosa, teve resolvida em sentido contrário uma ou mais questões da causa, de direito ou de fato, porque a decisão da questão em si não constitui um capítulo autônomo da sentença

Fundamento do recurso

Pelo menos duas espécies de erros podem contaminar uma sentença: a) erro de procedimento; e b) erro de julgamento.

O erro de procedimento (*error in procedendo*) é aquele que o juiz comete no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso do procedimento ou na prolação da sentença, violando a norma processual, na sua mais ampla acepção.

Esse erro é decorrência da violação da norma processual, ou seja, um defeito de construção da sentença, no qual incorre o juiz, quando não observa as normas que regulam sua atividade, como, por exemplo, quando profere sentença desfundamentada, não permitindo a compreensão do seu dispositivo.

A sentença contaminada por um vício dessa natureza se diz *sentença errada*.

O erro de julgamento (*error in iudicando*) é aquele que decorre da sentença de mérito, quer se trate de *erro de fato*, quando dá como verdadeiro um fato disforme da realidade, ou *erro de direito*, quando o juiz erra ao valorar juridicamente um fato, ou ao aplicar o direito aos fatos; como, por exemplo, quando o juiz considera existir contrato de comodato onde existe contrato de locação.

A sentença contaminada por um vício dessa natureza se diz *sentença injusta*.

Para Calamandrei, se o juiz se equivoca ao aplicar ao mérito o direito substancial, incorre em vício de julgamento (*error in iudicando*), mas não na inobservância do direito substancial, pois este não se dirige a ele. Se o juiz, porém,

16 Evidentemente, nos capítulos em que saiu vencedor o sucumbente, será a contraparte que poderá impugnar.

comete uma irregularidade processual, incorre em vício de procedimento (*error in procedendo*), isto é, na inobservância de um preceito concreto, que, dirigindo-se a ele, impõe-lhe determinado comportamento no processo.

Juízo de admissibilidade e juízo de mérito

O recurso, como todo ato postulatório, deve ser examinado sob dois ângulos distintos: a) primeiro, verifica-se se estão satisfeitas as condições impostas por lei para que possa ser apreciado o seu conteúdo, quer dizer, examinam-se os *pressupostos recursais* para saber se ele deve ou não ser admitido; b) depois, uma vez admitido, examina-se se existe ou não fundamento para o que se postula, para acolher ou rejeitar a impugnação. Na primeira hipótese, fala-se em *juízo de admissibilidade*; e, na segunda, em *juízo de mérito* (Barbosa Moreira).

Neste sentido eram, também, os ensinamentos de Rosenberg, para quem, primeiro, examina-se se o recurso é *admissível*; e, depois, se é *fundado*.

O *juízo de admissibilidade* é sempre preliminar do *juízo de mérito*.

Quando o tribunal examina os pressupostos recursais, e o *juízo de admissibilidade* resulta negativo, diz-se que “*não conhece*” do recurso; e, quando esse *juízo* resulta positivo, diz-se que “*conhece*” do recurso.

Restando positivo o *juízo de admissibilidade*, ou seja, *conhecido o recurso*, podem ocorrer duas hipóteses: se o tribunal entende que o recurso é fundado, “*dá-lhe provimento*”; e, se entende que, embora admissível, é infundado, “*nega-lhe provimento*”.¹⁷

Cumprir observar que o *juízo de admissibilidade* passa por um duplo crivo,¹⁸ do *juízo a quo*, na inferior instância, perante o qual é interposto, e do *juízo ad quem*, no tribunal, quando do julgamento do recurso; enquanto o *juízo de mérito*, exceto nos casos em que se admite o *juízo de retratação*,¹⁹ é exclusivo do *juízo ad quem*.

Como os órgãos colegiados, no tribunal, são compostos de, no mínimo, três julgadores, e primeiro é julgada a admissibilidade do recurso, e, depois, se o recurso tem fundamento, pode acontecer que sobrevenha um julgamento *por maioria* ou *por unanimidade*, conforme se posicione cada membro no colegiado.

Efeitos do recurso

O recurso possui dois efeitos principais: I – *suspensivo*; e II – *devolutivo*.

I – O *efeito suspensivo* impede que a decisão impugnada produza os efeitos que lhe são próprios; e, em consequência, o cumprimento provisório da sentença.

17 Estes ensinamentos não valem para os recursos extraordinário e especial, sujeitos a critérios distintos de julgamento.

18 Salvo quando interposto diretamente no tribunal.

19 *Juízo de retratação* é a oportunidade que se oferece ao órgão jurisdicional, que já julgou uma vez, para reexaminar a sua decisão e modificá-la se assim o entender.

II – O *efeito devolutivo* devolve o julgamento da causa ao tribunal, permitindo-lhe o reexame da decisão, nos limites da impugnação.²⁰

A doutrina fala também em efeito *extensivo*, quando o recurso da parte de um dos corréus se estende a todos os outros, porque o motivo da anulação da sentença não se refira apenas à pessoa que recorreu (CPP, art. 580);²¹ o mesmo ocorrendo na hipótese de litisconsórcio unitário, em que a decisão tem que ser igual para todos. Assim, o recurso interposto pelo autor do crime, se provido por falta de tipicidade do fato, beneficia os respectivos coautores.

Fala-se, também, em efeito *retratativo*, dito também *regressivo*, quando o reexame da matéria é devolvido ao próprio órgão que prolatou a decisão recorrida; como, por exemplo, nos embargos de declaração.

Os efeitos dos recursos dependem do ordenamento jurídico de cada país.

Reflexos da interposição do recurso sobre a relação processual

A impugnação das decisões pode se dar de dois modos: I) através de recurso; e II) através de ação impugnativa autônoma.

I – A impugnação por meio de recurso tem lugar *dentro do mesmo processo* em que foi proferida a decisão impugnada.

II – A impugnação por meio de *ação impugnativa autônoma* pressupõe a *irre- corribilidade da sentença*, dando origem a uma *nova relação processual*, não sendo exercida dentro do mesmo processo em que proferida a decisão impugnada.

Os recursos são meios de impugnação das decisões em geral, tanto interlocutórias, como os agravos, quanto finais, como as sentenças; enquanto a ação autônoma de impugnação é meio de impugnação apenas da sentença transitada em julgado, por meio de ação rescisória ou ação de nulidade (*querela nullitatis*).²²

O principal efeito da interposição do recurso sobre a relação processual é que ele impede que ela se extinga e, conseqüentemente, que a decisão transite em julgado.²³

Quando o recurso tem por objeto a decisão de *todo o litígio*, diz-se que a relação processual fica *reiterada*; e, quando o recurso tem por objeto apenas *algum ato do procedimento*, diz-se que a relação processual fica *iterada*.

Sob o *aspecto objetivo*, são reflexos da interposição do recurso a *iteração* e a *reiteração* da relação processual; e, sob o *aspecto subjetivo*, é excluído o juiz que

20 Impede o trânsito em julgado da decisão.

21 Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

22 A “*querela nullitatis*” é uma ação de rito ordinário proposta perante o juiz que proferiu a sentença a ser desconstituída em função de defeito de citação.

23 Para Frederico Marques, *impedir* o trânsito formal em julgado é decorrência do efeito devolutivo.

proferiu a sentença (juízo *a quo*) e incluído o tribunal, que vai rejulgar a causa (juízo *ad quem*).²⁴

Se se tratar de recurso retratativo, o próprio juiz que proferiu a decisão recorrida pode modificar a sua decisão; como, por exemplo, o recurso em sentido estrito no processo penal e agravo retido no processo civil.

Classificação dos recursos

Os recursos podem ser classificados: I – quanto à sua natureza; II – quanto à iniciativa recursal; III – quanto à sua extensão; IV – quanto à sua autonomia; V – quanto à retratação; e VI – quanto ao seu fundamento.

I) *Quanto à sua natureza*, o recurso pode ser: a) ordinário; b) extraordinário; e c) especial.

a) O *recurso ordinário* é aquele previsto pelo direito positivo, nominado e inominado, inclusive o recurso ordinário constitucional.

b) O *recurso extraordinário* é aquele previsto pela Constituição, da competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, item III).

c) O *recurso especial* é aquele previsto também na Constituição, da competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III).²⁵

II) *Quanto à iniciativa recursal*, o recurso pode ser: a) voluntário; e b) necessário.

a) O *recurso voluntário* é aquele interposto por iniciativa do recorrente, portanto, por vontade da parte.

b) O *recurso necessário*, também dito *obrigatório*, é aquele obrigatoriamente interposto pelo juiz, mediante remessa dos autos ao tribunal.²⁶

24 “*A quo*” é o juiz de cuja decisão se recorre; “*ad quem*” é o tribunal para o qual se recorre.

25 Segundo se infere dos ensinamentos de Manzini, Florian, Leone e Liebman, os recursos ordinários e extraordinários do direito italiano, e em geral do direito europeu, nada têm que ver com os nossos recursos ordinário e extraordinário. Para o direito italiano, *ordinários* são aqueles que a lei concede normalmente, isto é, sem o pressuposto de qualquer coisa excepcional, e que se podem interpor somente em relação a decisões que não passaram em julgado. Impedem a coisa julgada. São os nossos recursos, tanto os ordinários quanto o extraordinário. *Extraordinários* são aqueles que a lei concede excepcionalmente, isto é, no pressuposto de qualquer coisa de extraordinário, e que se propõem contra decisões que já adquiriram a autoridade de coisa julgada, ou, então, executividade. Seriam exemplos as nossas ações rescisórias e revisões criminais. Agridem a coisa julgada.

26 A doutrina no geral não lhe reconhece a natureza de verdadeiro recurso. O seu fundamento é o interesse público: não é interposto pela parte; não tem prazo para ser interposto; a decisão não transita em julgado, enquanto a causa não for reexaminada pelo tribunal. Não é recurso, porque o juiz tem o dever de recorrer. É apenas uma providência, uma medida legal, para maior cautela na solução de determinados litígios. No âmbito penal, arts. 564, III, *n*, 574 e 746 do CPP; no trabalhista, Decreto-Lei n. 779, de 21.08.69 (decisões total e parcialmente desfavoráveis à

Na esfera civil e trabalhista é chamado de remessa *ex officio*; e, no âmbito penal, de recurso de ofício.

Esse recurso é uma consequência lógica da adoção do princípio do duplo grau obrigatório de jurisdição.

III) *Quanto à sua extensão*, o recurso pode ser: a) total; e b) parcial.

a) O *recurso total* é aquele mediante o qual se impugna toda a decisão recorrida.

b) O *recurso parcial* é aquele em que se impugna apenas parte da decisão recorrida.²⁷

IV) *Quanto à sua autonomia*, o recurso pode ser: a) recurso principal; e b) recurso adesivo.

a) O *recurso principal* é aquele que cada parte interpõe independentemente da outra.

b) O *recurso adesivo*, dito também *secundário*, é aquele que depende da interposição do recurso principal por uma das partes, para que a outra possa aderir.

A parte que não recorreu, mediante recurso principal, *adere* ao recurso interposto pela outra parte.

V) *Quanto à retração*, o recurso pode ser: a) retratativo; e b) não retratativo.

a) O *recurso retratativo* é aquele permite que o mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida reexamine a sua decisão; como, por exemplo, o agravo, no processo civil, e o recurso em sentido estrito, no processo penal.

b) O *recurso não retratativo* é aquele que não permite que o mesmo órgão prolator da decisão impugnada a reexamine; como, por exemplo, a apelação.²⁸

VI) *Quanto ao seu fundamento*, o recurso pode ser: a) comum; e b) excepcional.

a) O *recurso comum* é aquele em que a sucumbência constitui condição suficiente para ser pedido novo julgamento; como, por exemplo, a apelação e o agravo.

b) O *recurso excepcional* é aquele em que o direito de recorrer resulta da sucumbência e de um *plus* que a norma processual exige como pressuposto do reexame do julgamento; como, por exemplo, o recurso especial e o recurso extraordinário, que têm fundamento na Constituição, e também os embargos infringentes, que não deixam de ter um aspecto excepcional, consistente em haver acórdão não

União, Estados, Municípios, DF, autarquias ou fundações de direito público que não explorem atividades econômicas); no cível, art. 475 do CPC.

27 *Tantum devolutum quantum appellatum* significa: “Tanto devolvido quanto apelado.”

28 Salvo o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso (CPC, art. 518, § 2º).

unânime reformando, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória.

Na doutrina, costuma-se falar em recursos “especiais”, mas prefiro chamá-los de “excepcionais”, para distingui-los do recurso especial para o STJ.

Tipologia recursal

Embora *Goldschmidt* tenha preconizado a extinção da nomenclatura dos recursos, consagrando a *teoria do recurso indiferente*, em que basta a vontade de recorrer para justificar o pedido de reforma da decisão, os diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o Brasil, consagram uma *tipologia recursal*, em que cada decisão é impugnável por certo tipo de recurso, sendo distintos os recursos no processo civil, no processo penal e no processo trabalhista; sendo que, muitas vezes, um mesmo recurso (agravo, por exemplo) cumprem funções diferentes.

A *tipologia recursal* se comporta, no ordenamento processual brasileiro, de forma bastante peculiar, pois, muitas vezes, um mesmo recurso cumpre funções distintas, conforme a modalidade de processo, como acontece, por exemplo, com o agravo de instrumento no processo civil, que se presta para impugnar decisões interlocutórias, e no trabalhista, em que se presta para fazer subir recurso ordinário denegado.

No *processo civil*, a regra é que os despachos são *irrecorríveis* (CPC, art. 505); contra decisão interlocutória cabem os agravos (retido e de instrumento) (arts. 522) e o interno (art. 557, § 1º); contra sentença (terminativa ou definitiva), cabe apelação (art. 513); recurso adesivo em apelação, embargos infringentes e recurso especial (art. 500, II); cabendo ainda embargos infringentes (art. 530), embargos de declaração (art. 535, I e II), embargos de divergência nos tribunais superiores (art. 546), além do mandado de segurança *como sucedâneo recursal* e os recursos excepcionais (extraordinário, para o STF e especial, para o STJ).

No *processo penal*, também os despachos são *irrecorríveis*, embora o Código fale em despachos de que caiba recurso (CPP, art. 564, “e”), que são, na verdade, decisões interlocutórias (simples ou *mistas*); sendo cabível também o recurso em sentido estrito (art. 581, I a XXIV), a apelação (art. 593), os embargos (art. 619), a carta testemunhável (art. 639), além de *habeas corpus* e *mandado de segurança* como sucedâneo recursal e os recursos excepcionais (extraordinário, para o STF e especial, para o STJ).

No *processo trabalhista*, a regra é a irrecorribilidade das decisões *interlocutórias*, de forma bastante *acentuada*, cabendo discussão a respeito apenas por ocasião da interposição do recurso principal, que é o recurso ordinário (CLT, art. 895); sendo cabíveis também embargos de determinadas decisões (art. 894), recurso de revista para o TST (art. 896), agravos (de petição e de instrumento) (art. 897); além do agravo regimental (ou interno), do mandado de segurança como sucedâneo recursal e do recurso extraordinário para o STF.

Proibição de *reformatio in peius*

A proibição de *reformatio in peius*, ou de reforma para pior, significa que, quando somente uma das partes recorre, o juiz ou tribunal encarregado do reexame da decisão não pode modificá-la em *prejuízo* do recorrente.

Essa *proibição*, elevada à categoria de *princípio processual*, domina tanto o processo civil quanto o trabalhista e o penal.

Se a parte contrária à recorrente desejar a reforma do julgado em seu favor, deve interpor o seu recurso independente ou, então, aderir ao recurso do adversário, mediante recurso adesivo.

O órgão julgador só não pode *piorar* a situação jurídica do recorrente quando somente este tenha recorrido.

Quando há recurso de ambas as partes, seja principal ou adesivo, não incide a *proibição de reforma para pior*.

Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936.
- COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Torino: Editrice Torinese, 1973.
- LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale*. Napoli: Jovene, 1961. v. III.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1976. v. III.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.
- MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1917.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IV.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires. Depalma: 1969. v. III.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1955. v. II.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto processuale penale*. Roma: Dell'Atheneo, 1954.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. III.
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. IV.
- VANNINI, Ottorino. *Manuale di diritto processuale penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

16

COISA JULGADA

Natureza jurídica da sentença recorrível. Escorço histórico da coisa julgada. Coisa julgada: coisa julgada formal e coisa julgada material. Justificação da coisa julgada. Teoria da qualificação dos efeitos da sentença. Limites objetivos da coisa julgada. Limites subjetivos da coisa julgada. Teoria da eficácia natural da sentença. Projeção da coisa julgada penal na esfera cível.

Natureza jurídica da sentença recorrível

Proferida a sentença, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, atuando a vontade da lei e compondo a lide.

Mas o Estado-juiz não disse, ainda, a última palavra sobre a lide, porquanto a impugnação da sentença proporcionará um novo julgamento da causa, através de novo exame, podendo a decisão de segundo grau reformar a de primeiro grau; isso porque a primeira sentença ainda não transitou em julgado.

Na doutrina, procura-se determinar o valor jurídico da *sentença sujeita a recurso*, tendo diversas teorias buscado dar resposta a essa indagação: I – ato jurídico sujeito a condição suspensiva; II – ato jurídico sujeito a condição resolutiva; III – sentença como situação jurídica; IV – ato jurisdicional por excelência; V – ato imperativo do Estado-juiz; VI – ato jurídico sujeito a revogação; VII – ato jurídico sujeito a condição suspensiva ou resolutiva.

I – Ato jurídico sujeito a condição suspensiva – Para Calamandrei, a sentença de primeiro grau frente à de segundo grau é um *ato jurídico sujeito a condição suspensiva*, cujos efeitos estão suspensos até a verificação de determinado fato, que é a falta de interposição do recurso.

Observa, porém, Ugo Rocco que a sentença produz efeitos, logo que emitida, frente ao juiz que a prolatou, que, de ordinário, não pode julgar de novo; podendo, também, produzir efeitos em relação às partes independentemente da possibilidade de recursos, como nas hipóteses de execução provisória.

II – Ato jurídico sujeito a condição resolutiva – Para Mortara, a sentença sujeita a recurso é um ato sujeito a condição resolutiva, pois, desde a sua prolação, tem todas as condições necessárias para existir estavelmente e tornar-se irrevogável,

se a tarefa fiscalizadora e corretora de outro órgão superior não a modifica. Nesta possibilidade, estaria a *condição resolutiva*,¹ à qual se prende a possibilidade de resolução dos efeitos da sentença; mas estando pendente a condição, não se pode duvidar da plena eficácia da sentença.

Observa Ugo Rocco que, se a sentença tivesse, desde o início, sua própria e plena eficácia e autoridade, não se poderia justificar o caráter excepcional da execução provisória, pois um ato sujeito a condição resolutiva produz efeitos até que se verifique a condição.

III – *Sentença como situação jurídica* – Para Chiovenda, a sentença sujeita a recurso não é ainda uma verdadeira e própria sentença, ou um ato com plena eficácia jurídica, não passando de um simples elemento de um ato, que, com o concurso de outro elemento, que é o termo final do prazo para recorrer ou a renúncia ao recurso, chegará a ser a verdadeira declaração do direito.

A sentença sujeita a recurso não existe como declaração do direito, sendo tão somente o elemento de uma possível declaração, ou um simples *ato do magistrado*; mas, como o juiz não pode ter uma vontade autônoma e, sim, a vontade de formular o que a lei quer, a sua vontade não produz efeito, enquanto for possível que se formule novamente, e, talvez, de modo diverso, a vontade da lei.

Somente com o decurso do prazo, ou a conformação da parte, ou de qualquer modo se houver excluído a possibilidade de nova formulação, a sentença, de *simples ato do magistrado* (*rectius*, juiz), converte-se em ato que a ordem jurídica reconhece como a formulação de sua própria vontade. Portanto, a sentença recorrível é apenas o elemento de um ato que, associado a outro, como o decurso do prazo ou a renúncia ao recurso, poderá vir a ser a declaração do direito.

Enquanto sujeita a recurso a sentença é uma mera *situação jurídica*, ou seja, um ato que pode vir a ser sentença.

Liebman acha pouco convincente a ideia de que um ato de aplicação da lei por parte do juiz valha somente como um projeto ou proposta de sentença, que, após a *simples aquiescência do sucumbente*, transforma-se em verdadeiro e próprio acerto do direito; parecendo-lhe melhor a opinião de quem, como Mortara, com uma significativa antecipação de efeitos, sustenta que, desde o primeiro momento, a sentença do juiz inferior é dotada de todos os requisitos necessários para existir estavelmente e se tornar irrevogável.²

1 A condição resolutiva não nasce com a sentença, mas com a interposição do recurso, permanece pendente, enquanto não haja pronunciamento do juízo de segundo grau, e verifica-se apenas quando o acórdão modifica a sentença recorrida.

2 Para Leone, não é correto pensar que aquilo que a lei define como sentença possa, por um particular fenômeno sucessivo à sua emanção, perder tal natureza e degradar-se em simples projeto ou tentativa de sentença; nem que uma situação jurídica criada pelo órgão jurisdicional possa elevar-se à dignidade de uma sentença por obra da parte, com a sua aquiescência. Essa teoria vê a colaboração da parte como necessária para que haja sentença, o que repugna à natureza mesma da função jurisdicional, que encontra o seu ponto culminante na sentença; e, portanto, insus-

IV – *Ato jurisdicional por excelência* – Para Leone, a sentença sujeita a recurso é um ato *jurisdicional por excelência*, pois admitindo ser a sentença recorrível verdadeira e própria sentença, provida de imperatividade, é possível explicar-se a linguagem da lei que fala de “reforma, confirmação ou anulação da sentença impugnada”.

V – *Ato jurídico imperativo do Estado-juiz* – Para Liebman, os conceitos civilistas de condição suspensiva e resolutiva não explicam satisfatoriamente a situação da sentença sujeita a recurso, sendo esta um ato imperativo do Estado-juiz mesmo na pendência de recurso.

VI – *Ato jurídico sujeito a revogação* – Para Ugo Rocco a sentença sujeita a recurso é um *ato jurídico* que tem em si todos os requisitos para existir com vida própria; e prova disto é que pode ser o *único ato* de declaração de certeza de um direito, quando não seja possível recurso, ou não tenha este sido interposto. É, desde o início, um *ato jurídico* dotado de autoridade própria; e, por ser um ato jurídico eficaz, produz efeitos perante o juiz, que não pode mais examiná-lo, nem de ofício nem a requerimento das partes.

Se pode a sentença ser modificada pelos órgãos superiores, isto se deve ao sistema do duplo grau de jurisdição, em virtude do qual o órgão superior pode reexaminar a decisão do inferior, como forma de controle da atividade do órgão inferior. Realmente, há um “estado de pendência” da sentença de primeiro grau e de seus efeitos jurídicos, frente aos órgãos de segundo grau e frente às partes, mas não se trata de pendência proveniente de condição suspensiva, que se refere à existência do ato, nem resolutiva, que se refere à não persistência dos seus efeitos; mas simplesmente a possibilidade de sua revogação.³

VII – *Ato jurídico sujeito a condição suspensiva ou resolutiva* – Para Frederico Marques, a sentença sujeita a recurso é um ato sujeito a condição suspensiva ou resolutiva, conforme a hipótese. Se o recurso cabível tiver *efeito suspensivo*, nenhuma eficácia jurídica terá a sentença, caso em que haverá um *ato jurídico sujeito a condição suspensiva*, que é a confirmação da sentença pelo tribunal; e, se o recurso tiver efeito apenas devolutivo, a sentença produzirá desde logo seus efeitos, caso em que haverá *ato jurídico sujeito a condição resolutiva*, que é a reforma da sentença tribunal.

ceptível de qualquer contribuição de outros sujeitos processuais, que não o órgão da jurisdição. Para Ugo Rocco, esta teoria só considera sentença o ato jurisdicional que contenha declaração de certeza de uma relação, desde que não possa ser impugnado; concebe a sentença em função da possibilidade de um novo exame; e coloca como elemento essencial a ela a impugnabilidade; mas a impugnabilidade não é essencial à noção de sentença.

3 Para Ugo Rocco, a sentença recorrível é um *ato jurídico* com força obrigatória, *sujeito a revogação* pelos órgãos superiores competentes para conhecer da causa em segunda instância.

Escoço histórico da coisa julgada

No direito romano, a coisa julgada era a expressão de exigência de certeza e segurança no gozo dos bens da vida; ou seja, *a res in iudicium deducta* (pretensão deduzida em juízo) depois de *iudicata* (julgada).

Não pensavam os romanos em atribuir àquilo que o juiz afirma, só porque o afirma o juiz, uma presunção de verdade; pois o texto *res iudicata pro veritate accipitur* significa apenas que o pronunciamento do juiz, que concede ou nega a alguém um bem da vida, soa, não efetivamente como verdade, mas *em* lugar da verdade.

Entre os romanos, apenas a *sententia* passava em julgado; não as *interlocutiones*.

Os romanos assentavam a coisa julgada num pressuposto de ordem prática, ou seja, garantir ao vencedor da demanda o bem da vida reconhecido pela sentença.

No direito medieval, a coisa julgada não mais se compreendia como uma exigência prática de certeza e segurança, mas como presunção de verdade daquilo que o juiz, como tal, declarava (*res iudicata pro veritate habetur*),⁴ vulgarizando-se a máxima: “*Sententia facit de albo nigrum, de quadrato, rotundum.*”⁵

A doutrina tradicional via na coisa julgada um dos efeitos da sentença, até que Liebman veio provocar uma verdadeira revolução nesse conceito, ao sustentar que os efeitos da sentença eram aqueles tradicionalmente reconhecidos pela moderna doutrina (declaratórios, condenatórios e constitutivos), e que a coisa julgada era somente uma *qualidade* especial desses efeitos.

Na sua obra, *Efficacia ed autorità della sentenza*,⁶ Liebman dá os novos contornos da coisa julgada e os fundamentos em que se alicerça.

Coisa julgada: coisa julgada *formal* e coisa julgada *material*

Os romanos não conheceram a distinção entre coisa julgada *formal* e coisa julgada *material*, mas apenas a *res iudicata* (coisa julgada) provinda da decisão que, acolhendo ou rejeitando a demanda, punha fim à contestabilidade de um bem da vida.

Na Idade Média, sob a égide do processo comum, criou-se a distinção entre sentenças *definitivas*, as que decidem a questão *principal*, e sentenças *interlocutórias*, as que decidem as questões *incidentes*, surgindo daí a necessidade de distinguir entre coisa julgada *formal* e coisa julgada *material*, objetivando justificar a imutabilidade da sentença, no mesmo processo em que foi proferida, e a sua imutabilidade, no mesmo ou em outro processo futuro.

Atualmente, há quem negue valor a essa distinção, aconselhando a proscrição do conceito de *coisa julgada formal*, pois o fenômeno da *preclusão* explicaria a imutabilidade da sentença, como ato processual, no mesmo processo em que foi

4 “Tem-se por verdade a coisa julgada.”

5 “A sentença faz do branco preto, do quadrado, redondo.”

6 Eficácia e autoridade da sentença.

proferida, devendo manter-se, apenas, o conceito de *coisa julgada*, para traduzir o fenômeno a que se denomina *coisa julgada material*.

Proferida uma sentença *de mérito*, a parte interessada na sua reforma pode impugná-la por meio de recurso.

Enquanto pendente o prazo para recurso, a sentença poderá ser modificada; mas haverá um momento em que não mais serão admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos prazos, ou porque não caibam mais, ou não haja recurso a ser interposto; quando, então, a sentença se torna imutável *como ato processual*, no mesmo processo em que foi proferida; e, como o recurso é o meio de impugnação da sentença, no *mesmo processo* em que foi proferida, a sentença irrecorrível deixa de ser impugnável, tornando impossível a averiguação da justiça ou injustiça da decisão, transitando, então, em julgado.

Ao fenômeno que imprime imutabilidade à sentença, como ato processual, em decorrência da preclusão do prazo para recurso, chama-se *coisa julgada formal*, impedindo as partes de discutir e o juiz de decidir de novo as questões já decididas.

Restando a sentença imutável como ato processual, por força da coisa julgada formal, resta em consequência *imutável o conteúdo do ato*, cujo comando nele inserido se torna definitivo, projetando-se além do processo em que foi praticado, não podendo ser desconhecido fora dele.

A esse fenômeno que imprime imutabilidade ao conteúdo da sentença denomina-se *coisa julgada material* ou *substancial*, pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes; quando se diz que a sentença adquiriu *autoridade de coisa julgada*.

A coisa julgada formal é pressuposto indeclinável da coisa julgada material.⁷

Justificação da coisa julgada

Tendo em vista que a sentença definitiva *transita em julgado*, não podendo ser modificada, procura a doutrina a justificar o seu fundamento.

Através do processo, as lides são resolvidas mediante aplicação da lei, pelo que o Estado concede às partes o recurso, por meio do qual podem pretender modificar uma sentença errada ou injusta.

Essa procura por justiça, contudo, deve ter um limite, além do qual não mais se permita discutir a sentença, pois, do contrário, não haveria estabilidade dos direitos.

Este é o fundamento *político* da coisa julgada, imposto por motivos de ordem prática e de exigência social; ou seja, que num determinado momento a sentença se torne imutável.

Não há divergência quanto a ser este o fundamento político da coisa julgada.

7 Na doutrina de Carnelutti, ocorre o inverso: a coisa julgada material é que é o pressuposto da coisa julgada formal.

No entanto, quanto ao *fundamento jurídico* da coisa julgada, não existe uniformidade na doutrina, proliferando um sem-número de teorias em busca de uma solução até hoje ainda não encontrada.

São as seguintes as teorias que buscam explicar o fundamento jurídico da coisa julgada: I – teoria da presunção de verdade; II – teoria da ficção da verdade; III – teoria da força legal substancial da sentença; IV – teoria da eficácia da declaração; V – teoria da vontade do Estado; VI – teoria da extinção da obrigação jurisdicional do Estado; VII – teoria da sentença como lei especial; e VIII – *teoria da qualificação dos efeitos da sentença*.

I – Teoria da presunção de verdade – Para esta teoria, a sentença irrevogável é considerada verdadeira nos fatos e no direito, e, sendo tal presunção daquelas que não admitem prova em contrário, nessa presunção reside o fundamento jurídico da coisa julgada (*Res iudicata pro veritate habetur*).

Para Ugo Rocco, esta teoria parte da probabilidade de que a sentença não contenha erro e transforma esta hipótese, apenas provável, em presunção absoluta; mas, se a base dessa teoria reside num cálculo de probabilidade, não há razão para se ter tal presunção por absoluta e inderrogável, visto ser esse cálculo relativo, passível de exceções.

II – Teoria da ficção da verdade – Esta teoria foi originalmente elaborada por Savigny, para quem a força legal da sentença passada em julgado não é senão *ficção da verdade*, que a protege contra qualquer tentativa de futura impugnação ou reforma.⁸

Contra essa teoria bateu-se Bülow, mostrando que *ficção* e *verdade* são conceitos antagônicos e inconciliáveis, e, também, Ugo Rocco, registrando que ela parte da hipótese de que a sentença possa ser errônea, e cuida de justificar esta possibilidade por meio de uma ficção.

III – Teoria da força legal substancial da sentença⁹ – Esta teoria parte do pressuposto de que toda sentença é *constitutiva* do direito declarado, inclusive a sentença de mera declaração, e, onde o direito declarado não exista, passa a existir por força dessa declaração; pelo que o conteúdo da sentença é, sempre, uma declaração, que tem por objeto um direito subjetivo. A finalidade da sentença é criar, através da declaração, a certeza jurídica a respeito da existência de um direito subjetivo; e, para atingir essa finalidade, é necessário que a declaração se torne incontestável; pois, só assim, qualquer juiz posterior, ao qual se proponha a questão já decidida, ver-se-á obrigado a considerar o direito nela declarado.

Para essa teoria, a força produtora da certeza jurídica inerente à sentença não decorre dos seus efeitos, mas da sua *natureza constitutiva*, pois esta, de acordo com a sua finalidade, deve sempre produzir alguma coisa. Contra essa teoria, bateu-se

8 Esta teoria tem hoje mero sabor histórico.

9 Esta teoria foi elaborada por Pagenstecher.

Ugo Rocco, para quem ela foi construída para poder justificar a hipótese de a sentença ser injusta¹⁰ e, ainda assim, constituir direitos, desde que, em toda sentença, é constante o elemento constitutivo de relações jurídicas; mas a sentença injusta não pode ser considerada pela ordem jurídica, além de certos limites.¹¹

IV – Teoria da eficácia da declaração¹² – Os fundamentos desta teoria residem na distinção entre sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, restringindo a autoridade da coisa julgada somente à *declaração constante da sentença em referência ao direito questionado*, supondo que se possa e deva substituir o termo tradicional “coisa julgada” (*Rechtskraft*) por outro, mais preciso, “eficácia da declaração” (*Feststellungswirkung*), que indicaria o efeito declaratório constante de toda sentença; embora podendo apresentar-se simultaneamente o efeito constitutivo ou executivo, conforme o tipo de sentença.

V – Teoria da vontade do Estado – Esta teoria, partindo da observação de que, na sentença, se contém um elemento lógico e outro volitivo, reconhece e sustenta que reside no elemento *volitivo* a força obrigatória da decisão, porque o juiz, ao decidir, age como órgão do Estado, de cuja vontade autoritária se faz porta-voz para a solução do litígio entre as partes.

De origem alemã, esta teoria encontrou em Chiovenda seu defensor, sustentando que não se deve ver na sentença mais do que ela é, quer dizer, um ato da vontade do Estado, que se afirma conforme a vontade declarada em abstrato; e porque esta manifestação da vontade exerce, no particular, a função que a lei desempenha no geral, deve-se reconhecer que a autoridade da coisa julgada consiste somente em que nenhum juiz pode acolher pedido tendente a eliminar ou diminuir um bem da vida assegurado a outrem por um ato de tutela jurídica anterior.

Para Ugo Rocco, deve-se repudiar essa teoria, por fazer decorrer a autoridade da coisa julgada, de ser a sentença um ato de vontade do Estado, seja porque a sentença não é, substancialmente, um ato de vontade autônoma dos órgãos jurisdicionais, seja porque, mesmo admitida como ato de vontade, com isso não se explica o fenômeno da coisa julgada, porque o fato de ser um ato soberano, se é que justifica

10 A sentença injusta é aquela contaminada por erro de julgamento, quando o juiz erra no submeter os fatos ao direito, ou no aplicar o direito aos fatos.

11 Ocorre com a sentença o mesmo que com o título de crédito: tem *normalmente* valor, enquanto representa efetivamente um valor real; depois de depreciado, adquire curso forçado, permanece um meio *legal* de pagamento, não se podendo recusá-lo nem discutir-lhe o valor nominal.

12 Até que Hellwig construísse essa doutrina, considerava-se a coisa julgada fonte de produção de certeza. Todavia, reconhecido que a sentença já não tinha só aquele efeito, mas outros de natureza vária, surgiu a dificuldade de enfileirar, ao lado destes, o efeito tradicional. Daí a necessidade lógica de encontrar, em cada situação, uma parte suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada, e essa parte, sustentou Hellwig, era precisamente aquela existente em toda sentença, na qual se fazia a declaração do direito.

a obrigatoriedade da sentença frente às partes, não justifica a sua força obrigatória frente aos órgãos jurisdicionais.¹³

VI – Teoria da extinção da obrigação jurisdicional do Estado – Para esta teoria, que se deve a Ugo Rocco, a coisa julgada assenta seus fundamentos sobre o trinômio: jurisdição, ação e sentença.

A *jurisdição* é uma obrigação do Estado de declarar ou realizar coativamente o direito no caso concreto; obrigação que o Estado cumpre com a *sentença*, mediante a substituição da atividade das partes pela atividade dos órgãos jurisdicionais.

A *ação* é um *direito* subjetivo público contra o Estado, no qual se distinguem um elemento substancial e um elemento formal.

O *elemento substancial* é o interesse *secundário e abstrato*, que tem todo cidadão, de que o Estado intervenha para declarar e realizar coativamente os interesses protegidos pelo direito objetivo.¹⁴

O *elemento formal* consiste na faculdade de pretender que o Estado haja com o fim de declarar ou realizar coativamente esse interesse individual, tutelado pelo direito objetivo.

Da mesma forma que, nas *obrigações em geral*, o pagamento extingue o vínculo, na *obrigação jurisdicional*, uma vez entregue a sentença, que é a prestação do Estado, desaparece a obrigação; e, como o direito de ação tem por objeto essa mesma prestação, esse pagamento extingue ao mesmo tempo aquela obrigação e o direito de ação.

A sentença final de mérito, tornada irrecorrível, extingue a obrigação jurisdicional do Estado, porque é o ato com o qual este cumpre a sua obrigação de declarar o direito; e, extinguindo esta obrigação, a sentença passada em julgado extingue, também, a pretensão jurídica da pessoa de obter aquela prestação; pelo que é nessa dupla função extintiva da sentença que o instituto da coisa julgada encontra o seu fundamento.

VII – Teoria da sentença como lei especial¹⁵ – Esta teoria foi desenvolvida por Carnelutti, para quem a coisa julgada tira sua autoridade da circunstância de constituir expressão da vontade do Estado como uma *lei especial*.

13 Para Estellita, a imutabilidade dos termos em que se tenha manifestado a vontade do Estado não se justifica pelo fato de ser a sentença expressão dessa vontade; essa condição a sentença adquire porque o próprio Estado, por uma outra manifestação da sua vontade soberana, assim o determina.

14 *Secundário*, porque é um interesse de segundo grau, em confronto com os interesses que formam o conteúdo dos vários direitos subjetivos, que são interesses primários; interesse que o Estado intervenha. *Abstrato*, porque, sendo distinto dos interesses primários, e dirigindo-se contra o Estado, abstrai completamente da efetiva existência do interesse primário.

15 Esta teoria da sentença como lei especial foi, com enfoques diversos, desenvolvida também na Alemanha por Adolf Merkel e Bachmann, mas só ganhou prestígio no Ocidente devido à autoridade de Carnelutti, que também a desenvolveu, embora de forma inteiramente oposta às teorias em vigor.

A sentença é *imperativa*, porque provém do Estado, estando na *imperatividade* do comando contido na sentença a *coisa julgada*. Daí a diferença existente entre a sentença do juiz e o parecer de um jurista, toda ela centrada na diversa eficácia de uma e outro, porquanto a sentença é imperativa e por isso obriga, enquanto o parecer, não.

Carnelutti distingue a eficácia da sentença dentro do processo, consistente na proibição de nova demanda, entre as mesmas partes, sobre o mesmo objeto, da que se verifica fora do processo, e decorre da sentença como *lei especial*. A primeira denomina-se *eficácia de coisa julgada*; a segunda denomina-se *imperatividade*.

A sentença, ainda quando recorrível, não perde sua imperatividade, ou a sua eficácia como comando jurídico imposto às partes; sendo essa eficácia a mesma, tanto para a sentença recorrível quanto para a irrecorrível.

Para a doutrina dominante, a coisa julgada formal antecede a coisa julgada material; mas, para Carnelutti, é a coisa julgada material que antecede a formal. A função de compor a lide é própria das sentenças de mérito, pelo que só estas adquirem *imperatividade*, que toma o nome de “coisa julgada material”, e que, pela preclusão dos recursos, transforma-se em “coisa julgada formal”.

VIII – *Teoria da qualificação dos efeitos da sentença* – A teoria da *qualificação dos efeitos da sentença* revolucionou o instituto da coisa julgada, quando Liebman publica sua obra “Eficácia e autoridade da sentença”, sustentando que a coisa julgada não é, como geralmente se pensa, um dos *efeitos da sentença*; mas, ao contrário, uma *qualidade desses efeitos*.

Na tradição do direito romano clássico, o efeito da sentença era precisamente a *res iudicata*, mas isto porque, nesse direito, a *actio* era tudo, e não havia noção de um direito independente dela; por isso, a sentença, assegurando-a, antes criava um direito novo do que lhe declarava a preexistência. Desde, porém, que a análise científica isolou, na decisão judicial, o seu *conteúdo* e os seus *efeitos*, e precisou que estes podiam ser de natureza diversa, daí continuar a considerar a coisa julgada um efeito da sentença, já não era da mesma inocuidade anterior.

Para Liebman, todos os efeitos da sentença podem conceber-se, pelo menos hipoteticamente, produzidos independentemente da coisa julgada, sem que, por isso, desapareçam na essência e na sua natureza específica. A coisa julgada é “algo mais” que se adiciona aos efeitos da sentença, para aumentar-lhe a estabilidade; influi, portanto, e de modo idêntico, sobre todos os possíveis efeitos da sentença.

Os *efeitos* da sentença não se identificam com a sua *incontestabilidade*, pois, antes de ela passar em julgado, confere-lhe a lei diversos efeitos; sendo a sua execução provisória um irrefutável exemplo disso.

Distingue Liebman a *eficácia natural da sentença* da *autoridade da coisa julgada*.

A sentença é eficaz desde o momento da sua prolação, embora só em um momento ulterior, com a preclusão dos recursos, e, por isso, com a sua passagem em julgado, a sua eficácia se consolida e adquire um superior grau de energia.

Não obstante a diversidade de funções que cumprem os atos estatais, estes atos (legislativos, administrativos ou jurisdicionais) têm em comum a aptidão de influir sobre direitos, obrigações e sobre a situação jurídica das pessoas. A esta eficácia, típica dos atos estatais, denomina-se *imperatividade*.

Mas a *imperatividade* é independente da *validade* e da *estabilidade* dos atos dotados dela. A invalidade não tolhe ao ato a sua eficácia, até que seja declarada por uma autoridade competente, que, para o ato jurisdicional, é o juiz do recurso. E nem a tolhe a possibilidade de que o ato seja eliminado, isto é, reformado, revogado ou anulado, até que sobrevenha esse evento por ato do órgão competente, que, para a sentença, é, ainda, o juiz do recurso. Diferentemente do que se dá nos atos de outra natureza (legislativo e executivo), no ato jurisdicional cuja função específica é a de julgar, é relevante, ainda, outra qualificação: aquela da justiça-injustiça na aplicação do direito; mas tanto a injustiça quanto a invalidade se tornam inoperantes, e o ato mesmo se torna imutável, e a sua eficácia indiscutível, quando a sentença *passa em julgado*.

Da mesma forma que os atos normativos (legislativos) podem ser ab-rogados, reformados etc., e declarados nulos por ilegitimidade constitucional; os atos administrativos são sujeitos a revogação, reforma ou anulação por novo ato; os atos jurisdicionais estão sujeitos a reforma ou anulação por meio de recursos, quando apresentam vícios de construção (erros de procedimento) ou erros de julgamento. Mas, na sua função de assegurar, com a atuação da lei, a certeza e segurança dos direitos, os atos jurisdicionais adquirem num certo momento a imutabilidade, que se estende aos seus efeitos (*autoridade de coisa julgada*), que é a sua nota distintiva específica, e inclui qualquer possibilidade de uma sentença em contrário.

Como ato de autoridade do Estado, a sentença, logo que alcança a sua *perfeição*, com o cumprimento do *iter* prescrito para a sua formação, é *imperativa*; mas isto não exclui que motivos vários de oportunidade possam aconselhar a diferir o momento em que aquela *imperatividade* se tornará efetiva, estabelecendo a sua *suspensão* por um determinado período de tempo – como acontece com a *vacatio legis*¹⁶ –, ou em atenção a que aconteça, ou não aconteça certo fato, como, por exemplo, que não seja interposto apelo contra a sentença de primeiro grau.

Ato jurisdicional, em sentido estrito, é somente a sentença que pronuncia, total ou parcialmente, sobre o mérito da demanda para acolhê-la ou rejeitá-la.

A sentença é *imperativa* desde o momento da sua prolação, ainda que sujeita a recurso; mas a sua eficácia pode ser *suspensa* por disposição legal ou por decisão do juiz.

Por motivo de ordem lógica e para clareza dos conceitos, é necessário distinguir essas duas noções: uma coisa é a *imperatividade*, que diz respeito à sentença, como de resto a todos os atos de autoridade do Estado; outra coisa é esta mesma

16 “*Vacatio legis*” é uma expressão latina que significa “vacância da lei”; e designa o período que decorre entre o dia da publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor.

imperatividade tornada estável e indiscutível, em consequência da imutabilidade que a sentença adquire com a sua passagem em julgado.

Na concepção de Liebman, um ato jurídico existe, enquanto é eficaz, e, assim, a sentença, quando alcança a perfeição, com o término do procedimento de sua formação, é dotada de eficácia típica, em correspondência com o seu conteúdo. Todavia, a lei pode, por razões de oportunidade, *suspender* a sua eficácia, ou alguns de seus efeitos, com o objetivo de diferir a sua efetiva imperatividade para um momento posterior, quando será menor, ou terá desaparecido, o perigo de que a sentença venha a ser reformada ou anulada pelo juiz do recurso.

Com o objetivo de pôr fim à lide e dar certeza aos direitos, o legislador fixou um momento a partir do qual é vedado qualquer julgamento sobre o que já foi julgado. A partir daí, não só a *sentença não é mais impugnável*, mas a decisão é vinculante para as partes e para o ordenamento jurídico em via ordinária, e nenhum juiz pode, novamente, julgar o mesmo objeto em face das mesmas partes.¹⁷ A sentença, então, *passa em julgado*, ou seja, torna-se imutável, ou seja, produz *coisa julgada formal*, e, ao mesmo tempo, imutável se torna também a deliberação¹⁸ nela contida, com todos os efeitos que emanam dela, produzindo a *coisa julgada material*.

A coisa julgada formal ocorre com a passagem em julgado da sentença, isto é, com a preclusão dos prazos para recurso, constituindo, assim, o pressuposto da coisa julgada material, chamada “autoridade de coisa julgada”. A coisa julgada material não é senão uma qualidade da sentença e da sua eficácia, ou, especificamente, aquele particular aspecto da sua imutabilidade, que é referido também ao seu conteúdo, e, assim, aos seus efeitos.

A *eficácia natural da sentença*, com a aquisição dessa ulterior *qualidade*, acha-se intensificada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado, ao regular concretamente a espécie decidida.

Para Liebman, a sentença que decide sobre o processo, jurisdição, competência etc. não produz uma coisa julgada diversa daquela que decide sobre o mérito, estando a diversidade entre ambas no conteúdo da sentença e no diferente alcance dos efeitos que a sentença produz. O alcance da decisão relativa ao procedimento se exaure no próprio processo, enquanto a sentença que decide o mérito desprende sua eficácia fora do processo, sobrevivendo a ele.

Limites objetivos da coisa julgada

A sentença compõe-se de três partes: relatório, fundamentos, e dispositivo (CPC, art. 458).¹⁹

17 Salvo os casos de ação rescisória ou revisão criminal.

18 Também dita decisão ou resolução.

19 Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Quando a doutrina traça os *limites objetivos* da coisa julgada, determina que parte da sentença transita em julgado.

Jamais alguém negou que o relatório *não transita em julgado*; da mesma forma que nunca alguém contestou que o dispositivo *transita em julgado*.

O problema reside em determinar se os *fundamentos* transitam ou não em julgado.

Em sede doutrinária, diversas são as opiniões a respeito: I) para uns, a *coisa julgada* absolutamente não atinge a motivação; II) para outros, atinge a motivação, quando o dispositivo for confuso e o seu esclarecimento dela depender; III) para outros, abrange os motivos, quando insertos na decisão; IV) outros entendem que os motivos são sempre abrangidos pela coisa julgada, por neles estar *a alma da sentença*.

Conforme a doutrina de Savigny, os *motivos* (ou *fundamentos*) da sentença integram a coisa julgada, mas não todos eles, mas apenas os *elementos objetivos*, como tais entendidos os constitutivos da relação jurídica. Assim, por exemplo, na ação de reivindicação, o autor tem de alegar sua propriedade sobre a coisa e a posse do réu, sendo estes os elementos constitutivos da ação de reivindicação. Declarando procedente a ação, e condenando o réu a devolver a coisa ao autor, a sentença reconhece, evidentemente, a existência da propriedade do autor e a posse do réu, pois, de outro modo, não poderia ter julgado a ação procedente. A propriedade do autor e a posse do réu, enquanto elementos constitutivos da relação jurídica decidida ou elementos objetivos da decisão, integram-se na coisa julgada. Não se integram na coisa julgada os *motivos subjetivos* que levaram o juiz à formação de sua convicção.

O Código de Processo Civil, seguindo a doutrina majoritária, prevê expressamente que não fazem coisa julgada “os motivos ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 469, I).

A coisa julgada tem a função de salvaguardar o resultado prático alcançado com a decisão da lide, isto é, de assegurar a plena efetividade e incolumidade da resolução contida na sentença, destinada a valer incondicionalmente e sem limite de tempo, salvo os casos de revisão criminal, na esfera penal.

A decisão da causa reside no *dispositivo* da sentença e representa o concreto provimento pronunciado pelo juiz, mas, para identificá-lo, é preciso pesquisar, nos fundamentos, os elementos indispensáveis da *causa de pedir* e do *pedido*. Tanto isto é evidente que, muitas vezes, o dispositivo é redigido em termos bastante abstratos, e somente os fundamentos (ou motivação) permitem traduzi-lo em termos claros e concretos. Assim, é comum o dispositivo soar que “acolhe” ou “rejeita” a demanda; mas isso não significa que os motivos são cobertos pela coisa julgada.

O objeto do julgado é a concreta decisão sobre a demanda proposta em juízo; que acerta como fundada ou infundada a demanda; como existente ou inexistente o direito feito valer em juízo; e dispõe sobre os efeitos consequentes, como o efeito condenatório, constitutivo ou declaratório. Por isso, deve ser acolhida com muita cautela a afirmativa segundo a qual a coisa julgada se estende às questões debati-

das e decididas na sentença. É uma afirmação muito ampla, de um lado, e muito estreita, de outro. Muito *ampla*, porque não são cobertas pelo julgado numerosas questões de fato e de direito que o juiz tem de examinar para decidir a causa, as quais representam o caminho lógico por ele percorrido para chegar à conclusão; mas perde toda importância depois que ele pronuncia a decisão. Assim, as questões *prejudiciais*, eventualmente decididas no processo, sofrem análogo tratamento, pois são objeto de cognição, mas não de decisão; com eficácia lógica, mas não imperativa.²⁰ De outro lado, *muito estreita*, porque o vínculo do julgado exclui que se possam fazer valer questões que poderiam colocar de novo em discussão a deliberação contida na sentença, também se não foram propostas no processo e não foram objeto de exame do juiz. É isto que se entende dizer, na prática, com a afirmação de que o julgado cobre *o deduzido e o deduzível* (CPC, art. 474).²¹

Limites subjetivos da coisa julgada

Quando se busca delimitar os *limites subjetivos* da coisa julgada, cuida-se de estabelecer em relação a que pessoas a sentença passa em julgado; tema dos mais controvertidos na doutrina, que até o momento não chegou a resultados satisfatórios.

A sentença passa em julgado em relação às partes na causa;²² não em relação a terceiros, estranhos à demanda,²³ que não são nem beneficiados e nem prejudicados por ela.

Observa Liebman que, na vida real, as relações entre as pessoas interferem de várias maneiras entre elas; e a sentença pode ser indiretamente relevante para terceiros. Esses terceiros podem ostentar direitos sobre bens que foram objeto do processo, ou serem titulares, juntamente com uma das partes, da relação sobre a qual se pronunciou o juiz, ou de uma relação dependente daquela; e assim por diante.

Nestes casos, ou pelo menos em alguns deles, estender ao terceiro o vínculo da coisa julgada pode parecer apenas uma lógica consequência do processo entre as partes e da coisa julgada que resulta dele. Assim, se Caio reivindica de Tício um bem e obtém uma sentença que lhe dá razão, pode parecer lógico que possa servir-se dessa sentença para obter de Semprônio, que lhe vendeu aquele bem, o ressarcimento que lhe é devido, por ter ocorrido a *evicção*.

Isso explica as tentativas de sujeitar algumas categorias de terceiros à coisa julgada alheia, com o fim de simplificar e racionalizar as relações entre as pessoas, e tornar coerentes as decisões relativas a relações jurídicas ligadas por uma relação também jurídica de dependência, subordinação ou coordenação.

20 Somente quando a questão prejudicial é convertida em questão principal, mediante ação declaratória incidental, ela é alcançada também pela coisa julgada.

21 Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

22 *Sententia facit ius inter partes* ou “A sentença cria direito entre as partes.”

23 *Res inter alios iudicata tertio non nocet* ou “A coisa julgada não prejudica a terceiro.”

Sobre essa extensão da coisa julgada a terceiros, formularam-se várias teorias, figurando dentre as mais importantes: I – teoria da identidade objetiva da relação jurídica; II – teoria da representação; III – teoria da identidade da posição jurídica; IV – teoria da subordinação da posição jurídica; e V – teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada.

I – A *teoria da identidade objetiva da relação jurídica* estende ao terceiro a coisa julgada alheia desde que sejam objetivamente idênticas as duas relações jurídicas: a resolvida na causa anterior e a do terceiro.²⁴

II – A *teoria da representação* se baseia na relação intercorrente entre o terceiro e a parte que moveu ou contra a qual se moveu a demanda de que resultou a coisa julgada.

Para essa teoria, a coisa julgada vale em relação a outras pessoas, que não as partes na causa, assim para os *sucessores das partes*, a título universal ou a título singular, tanto para favorecer quanto para prejudicar, desde que a sucessão seja posterior à sentença. O terceiro, por sua qualidade de sucessor, pode ser considerado *representado* pela parte.

Assim, a sentença que decide sobre a legitimidade do filho faz coisa julgada não só para o pai, parte na causa, como para todos os outros membros da família, máxime para os irmãos desse filho, porque, justifica-se, hajam sido representados na lide pelo pai. Para que tal extensão se dê, é necessário que a ação se mova contra o legítimo contraditor, o réu se defenda e não haja simulação.

Nesse caso, o terceiro sofre a influência da coisa julgada, porque esteve *representado* no processo por uma das partes.

Esta teoria foi seguida pelos antigos processualistas, como Teixeira de Freitas, João Monteiro e Paula Batista.

III – A *teoria da identidade de posição jurídica* explica a sujeição do terceiro à coisa julgada alheia, quando este, em face da relação jurídica discutida no novo processo, encontra-se na mesma posição jurídica em que se figurou no processo anterior.

Segundo esta teoria, a decisão vincula a pessoa que posteriormente pleitear em juízo uma relação idêntica àquela, quanto à coisa pedida e quanto à causa de pedir, desde que, em face da relação jurídica pleiteada, o novo autor esteja na mesma posição jurídica que ocupou no primeiro processo.

IV – A *teoria da subordinação da posição jurídica* sustenta que o que justifica, do ponto de vista do direito, a extensão da coisa julgada ao terceiro é a *condição de subordinação* em que este se encontra em face de um dos litigantes, considerada, para determinar essa condição, a situação jurídica de um em relação à de outro.

24 Deste entendimento são Cogliolo, Mendelssohn-Bartholdy e Sperl.

Para que decorra a sujeição do terceiro à sentença proferida entre as partes, é preciso que esse terceiro esteja numa “posição jurídica de subordinação” em face de uma das partes da causa, ou seja, que o terceiro esteja na condição de depender, na sua situação jurídica, da situação jurídica de uma das partes da causa; subordinação essa resultante do direito substantivo e não do processual.

As normas de direito substancial estabelecem as condições de que depende o efeito processual daquela extensão, porque estatuem, quando entre os terceiros e a parte em causa existe uma relação de que resulte ter o primeiro sua situação jurídica necessariamente influenciada pela atividade da segunda.²⁵

V – *A teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada*²⁶ sustenta que a coisa julgada se impõe aos terceiros como um dos efeitos reflexos da sentença, diverso dos efeitos diretos que ela produz frente às partes na causa.

A coisa julgada impõe-se como *fato jurídico* a todos, partes e terceiros, mas, perante os terceiros, os efeitos que ela produz são *reflexos*, distintos dos que produz para as partes, que são *diretos*.

Para Chiovenda, como todo ato jurídico existe e vale em relação a todos, como ato jurídico entre as partes que o concluíram, a sentença existe e vale em relação a todos, como sentença entre as partes. Todos são obrigados a reconhecer a sentença, como *sentença entre as partes*, mas isto não significa que *possam ser por ela prejudicados*. Assim, a sentença é *obrigatória* para os litigantes e *vale*, como sentença, em relação a terceiros; mas os terceiros não podem ser por ela prejudicados em seus direitos.

O mesmo acontece com a coisa julgada, pois, embora todos estejam obrigados a reconhecer a coisa julgada entre as partes, não podem fazê-lo com o prejuízo dos próprios direitos, incluído aí apenas o *prejuízo jurídico*, e não o mero *prejuízo de fato*. Assim, o credor que teve o seu devedor condenado por outro débito a terceiro, e é obrigado a reconhecer a coisa julgada decorrente da decisão, recebe desta um *prejuízo*

25 Essa teoria distingue quatro formas de subordinação: a) No caso de *sucessão*, a subordinação da posição jurídica do terceiro resulta não só do fato de a sucessão ter-se verificado depois de a relação ter-se tornado litigiosa, como do fato de a sua posição jurídica *derivar* de quem era o titular da relação jurídica, ao tornar-se litigiosa. b) No caso de *substituição processual*, o substituto processual tem o poder de tornar litigiosa a relação jurídica do substituído e de determinar, com a sua atividade, a configuração jurídica da mesma; o substituto tem o poder de influir sobre a relação jurídica de uma terceira pessoa, cuja posição jurídica está, por essa forma, subordinada à do seu substituto processual. c) No caso de *concorrência alternativa*, o nexo que liga a posição jurídica do terceiro à da parte na causa é mais sutil, não porém indemonstrável. É a hipótese de obrigações solidárias. d) No caso de *dependência necessária*, a conexão e subordinação das relações jurídicas compreendidas neste grupo, como a fiança em face da obrigação principal, as relações de estado da pessoa etc., são, desde o início, unilaterais, no sentido de que só existem de uma para outra relação, nunca reciprocamente, como nas obrigações alternativamente concorrentes. A existência da relação condicionada depende da existência da relação condicionante.

26 Adepto desta corrente é Chiovenda, que vê, na extensão da coisa julgada a terceiros, uma forma de eficácia reflexa da sentença.

de fato, e não de direito. A relação jurídica de que são titulares o terceiro e uma das partes na causa é perfeitamente *compatível* com o que a sentença declarou existente.

Quando a sentença importa em negar o direito de terceiro, estranho ao processo, haverá *prejuízo jurídico*. Assim, por exemplo, quando a relação jurídica havida por existente ou inexistente pela sentença tenha como titular um terceiro, estranho ao processo, ou, quando o direito reconhecido na causa seja *incompatível* com outro de que o terceiro se considere titular. Nesses casos, a coisa julgada não vale para esses terceiros.

Distingue essa teoria três categorias de terceiros: a) totalmente indiferentes; b) titulares de relação jurídica *incompatível* com a decidida na sentença; e c) titulares de relação jurídica *compatível* com a decidida pela sentença.

a) Os *terceiros totalmente indiferentes* não podem impedir a prolação da sentença nem se opor a ela; devendo, pura e simplesmente, reconhecer a coisa julgada.

b) Os *terceiros titulares de relação jurídica incompatível com a decidida na sentença* não estão obrigados a reconhecer a coisa julgada, pois seriam juridicamente prejudicados, se devessem reconhecê-la, podendo, assim, opor-se a ela.

c) Os *terceiros titulares de relação jurídica compatível com a decidida na sentença* sofrem apenas prejuízo de *fato* e devem, assim, reconhecer a coisa julgada.

Teoria da eficácia natural da sentença

Esta teoria se deve a Liebman, que nunca se conformou com a teoria dos efeitos reflexos da sentença, como norma reguladora da eficácia da decisão em face de terceiros, porque a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma *qualidade* desses efeitos.

De acordo com a doutrina dominante, tal eficácia é uma extensão da coisa julgada, porque nesta se consubstanciam os efeitos da sentença. Desde, porém, que se considerem os efeitos da sentença, isoladamente do modo de ser dos mesmos, e se faça residir nesse *modo de ser* a coisa julgada, pode-se chegar à não coincidência da *eficácia* da sentença com a *autoridade* de coisa julgada;²⁷ podendo uma e outra ter limites subjetivos diferentes, em que a sentença seja eficaz para terceiros, mas sem aquela característica que constitui a *autoridade de coisa julgada*.

Para Liebman, uma coisa é a *eficácia natural da sentença*; e outra, a *coisa julgada*, decorre de uma imposição legal, por motivos de oportunidade e conveniência política.

27 O art. 1.165 do CPC distingue, nitidamente, os “efeitos” da sentença, da sua “passagem em julgado”, que ocorrem em momentos distintos. Dispõe esse artigo que a sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito 6 (seis) meses depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

Aos efeitos da sentença, como ato de autoridade estatal, concretizadora da vontade da lei, estão sujeitos não só os litigantes, titulares da relação jurídica decidida, como, gradativamente, todas as demais pessoas, cujos direitos se relacionem, de qualquer modo, com o objeto da sentença, por conexão, dependência ou interferência prática.

A natureza dessa sujeição é para todos, litigantes e terceiros, mas a sua medida é determinada pela relação de cada um deles com o objeto da sentença. Entre os litigantes e terceiros há, porém, uma grande diferença: para os litigantes, a sentença *passa em julgado*, isto é, os seus efeitos tornam-se imutáveis; para os terceiros, isso não acontece.

Distinguindo-se os efeitos da sentença, da imutabilidade deles, vê-se que a *coisa julgada*, uma *qualidade* desses efeitos, é limitada às partes, o que não ocorre com os próprios efeitos, que alcançam *mesmo* os terceiros, aos quais se dá remédio para evitá-los, através, por exemplo, da intervenção de terceiros ou do recurso de terceiro prejudicado.

Formula, assim, Liebman dois princípios: a) a *eficácia natural da sentença* vale para todos; b) a *autoridade de coisa julgada* se forma e existe somente para as partes.

Porque a *eficácia natural da sentença* atinge terceiros, e não a coisa julgada, podem estes se insurgir contra ela, demonstrando sua injustiça ou ilegalidade.

Os terceiros que podem se opor à sentença são tão somente aqueles que sofram com ela um prejuízo *jurídico*, e não os que, em razão dela, sofram um prejuízo *prático* ou *econômico*.

Na mesma linha da teoria de Chiovenda, distingue Liebman três categorias de terceiros: a) terceiros indiferentes; b) terceiros interessados praticamente; c) terceiros juridicamente interessados.

Projeção da coisa julgada penal na esfera cível

Posto o problema das relações entre a jurisdição cível e a jurisdição penal, aparece como importante conquista da moderna ciência do processo a afirmação, propugnada por Mortara, da unidade e da identidade das jurisdições, como função e como manifestação da soberania do Estado; foi revelada a necessidade de evitar interferências e contradições na atividade dos juízes penais e cíveis; e, para os casos em que uns e outros fossem chamados a conhecer de um mesmo fato, sustentada a prevalência da jurisdição penal sobre a cível, como aquela que se exercita no interesse da coletividade, e que, por isso, envolve, também, o interesse do particular individualmente lesado pelo fato delituoso.

O vínculo do juiz cível aos accertamentos contidos na sentença penal era a lógica e natural consequência destas proposições.

As várias teorias fundam a prevalência da jurisdição penal sobre a cível nas justificativas as mais diversas: a) na unidade da jurisdição; b) na ficção de representação; c) no domínio do princípio inquisitório no processo penal; e d) para evitar julgados contraditórios.

a) Para uma corrente, a prevalência da jurisdição penal sobre a cível se deve à unidade da jurisdição, pois, tendo o juízo penal sentenciado uma causa, deve a sentença prevalecer também na esfera cível.

Essa posição não convence, a uma, porque a unidade de jurisdição não exclui a separação das competências, e, a outra, porque não se exige que se reconheça à sentença penal uma eficácia no cível, que não lhe corresponda no âmbito da própria jurisdição penal.

b) Para outra corrente a prevalência da jurisdição penal sobre a cível reside na *ficção da representação* da generalidade dos cidadãos na pessoa do Ministério Público, o que é discutível, porque essa ficção pode subsistir para o que diga respeito ao interesse geral da repressão ao crime, mas não para os direitos subjetivos dos particulares, que se achem no dever de litigar com relação a fatos que constituam também objeto de um processo penal.

c) Para outra corrente, a prevalência da jurisdição penal sobre a cível se deve ao fato de que no processo penal, *dominado pelo princípio inquisitório*, o acerto dos fatos é cumprido com todas aquelas garantias de indagações profundas que faltam no processo do tipo dispositivo, e que permitem considerar o juízo histórico formulado pelos juízes penais, como mais atendíveis e definitivos que aqueles formulados na sentença cível.

d) Para outra corrente, essa prevalência resulta da necessidade de evitar julgados contraditórios.

Para Liebman, esta última opinião deve ser respeitada, mas não além dos limites que nos demais campos e nos demais casos em que a lei o exige.

O instituto da coisa julgada é destinado a excluir o *conflito prático* dos julgados, isto é, decisões diversas a respeito da mesma ação, mas não um conflito simplesmente *lógico*, ou seja, aquele que pode ser a consequência de decisões independentes em torno dos mesmos fatos ou das mesmas questões, mas para fins e efeitos diversos.²⁸

Registro, por oportuno, que não é apenas a coisa julgada penal que repercute na esfera cível, porque também a cível repercute na penal, pelo que, se alguém, por exemplo, estiver sendo processado por bigamia, e o juízo cível, por sentença transitada em julgado, declarar a nulidade de um dos casamentos, o processo penal perde o seu objeto, pois terá deixado de haver crime.

Bibliografia

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1956.
_____. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960.

28 O simples *conflito lógico* de julgados é preferível preveni-lo e evitá-lo, mas não à custa de multiplicar, automaticamente e sem possibilidade de controle, as consequências injustas de um eventual erro, que também o juiz penal, assim como todo homem, pode cometer.

- _____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: La Litotipo, 1926. v. IV.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. II.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I e III.
- ESTELLITA, Guilherme. **Da coisa julgada, fundamentos jurídicos e extensão a terceiros**. Rio de Janeiro, 1936.
- LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penal**. Napoli: Jovene, 1977.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1981.
- _____. **Efficacia ed autorità della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1962.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. V.
- ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e suoi limiti sogettivi**. Roma: Athenaeum, 1907.
- _____. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1969. v. II.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

17

EXECUÇÃO

Execução e processo. Pressupostos processuais na execução. Objeto da execução. Condições da ação de execução. Embargos do devedor: natureza jurídica. Tipologia dos embargos. Execução e jurisdição. Exceção de pré-executividade. Cumprimento de sentença.

Execução e processo

O processo de execução, tanto quanto o de conhecimento e o cautelar, é uma forma de tutela jurisdicional prestada pelo Estado, que, em determinadas circunstâncias, desenvolve a atividade dos seus órgãos para garantir aos jurisdicionados os resultados que não foram obtidos pela atuação voluntária do obrigado.

A execução se realiza através de atos consistentes em medidas coercitivas, por via das quais se transforma a situação de fato existente, na situação ordenada pelo título executivo, formando, para tanto, uma relação jurídica processual, cujos sujeitos principais são as partes (exequente e executado) e o juiz.

O processo de execução tem vida própria, sendo distinto do processo de conhecimento, ao qual não pressupõe necessariamente, fundando-se em títulos executivos extrajudiciais, distintos dos títulos executivos judiciais.

A autonomia do processo de execução não pode ser negada, se se considerar que a execução depende de uma manifestação de vontade do exequente, através do exercício da *ação de execução*, pondo em movimento a atividade jurisdicional do Estado, impondo a citação do executado, formando uma relação processual entre as partes e o juiz.

Em prol dessa autonomia, alinha-se a circunstância de poder a execução ser fundada em condenação proferida no processo penal e no processo arbitral,¹ em que as sentenças podem ser executadas no juízo cível.² Se a execução fosse, em

1 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; IV – a sentença arbitral; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. (...)

2 Art. 475-N (...) Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

qualquer circunstância, uma simples fase do processo de conhecimento, não se compreenderia como pudesse a sentença condenatória penal ser liquidada e executada no juízo cível.³

A inovação, no entanto, não assegurou à execução a celeridade que se esperava, transformando a vida do exequente numa via-crúcis,⁴ tamanhas as formas de defesa toleradas pelo processo de execução, admitindo “embargos” sob as mais variadas modalidades; até de quem não seja parte no processo.

Essa a razão pela qual o Código deu uma guinada de cento e oitenta graus; extinguiu a unidade do processo de execução; transformou a execução de sentença numa simples *fase do processo de conhecimento*, quando fundada em título executivo judicial – dentre os quais a sentença condenatória –, e um *processo autônomo* quando fundada em título executivo extrajudicial (letra de câmbio, nota promissória, cheque etc.).

Atualmente, a execução de título judicial não se faz mais sob as vestes do processo de execução, mas como fase do próprio processo de conhecimento, através de um procedimento denominado “cumprimento da sentença”.

Pressupostos processuais na execução. Objeto da execução. Condições da ação de execução

O processo de execução, para ser válido e eficaz, está condicionado a determinados *pressupostos*, por isso mesmo denominados *pressupostos processuais*, sendo alguns comuns ao processo de conhecimento, como são os pressupostos de existência e de validade, e, outro, específico do processo de execução, como o título executivo.

Os *pressupostos processuais genéricos* do processo de execução são: I – Pressupostos de existência: 1) subjetivos: juiz e partes; 2) objetivo: lide. II – Pressupostos de validade: 1) quanto às partes: a) capacidade de ser parte; b) capacidade para estar em juízo; c) capacidade postulatória. 2) quanto ao juiz: a) investidura na jurisdição; b) imparcialidade: ausência de impedimento e de suspeição. 3) quanto à lide: originalidade: ausência de litispendência e de coisa julgada.⁵

O pressuposto *específico* do processo de execução é o título executivo, não se podendo instaurar a execução sem que se tenha por base um título executivo extrajudicial (*nulla executio sine titulo*).⁶

3 Uma das grandes inovações do Código de Processo Civil de 1973 foi a unidade imposta ao processo de execução, que, antes, se realizava de duas formas – a) pela execução aparelhada, quando fundada na sentença condenatória; e b) pela ação executiva, quando fundada em título extrajudicial –, adotando o sistema unificado dos Códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria.

4 “Via-crúcis” é o “caminho da cruz” que Jesus Cristo percorreu até chegar ao Calvário, onde foi crucificado.

5 Esses pressupostos foram desenvolvidos no Capítulo 7, sobre a “Problemática do processo”.

6 Não há execução sem título.

Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial, estando os títulos executivos judiciais⁷ e extrajudiciais⁸ elencados pelo Código de Processo Civil.

A competência para processar e julgar a ação de execução é dada, em primeiro lugar, pelas normas processuais, e, sucessivamente, pelas normas de organização judiciária, e pelas respectivas leis que conferem executividade ao título extrajudicial.

O processo de execução tem também um *objeto próprio*, que não se identifica com o do processo de conhecimento, consistindo num *pedido* para a realização da sanção contida no título executivo, que é sujeitar o devedor às medidas tendentes à satisfação do direito material. O *objeto imediato* do processo de execução é o pedido do exequente de que sejam realizadas as atividades necessárias à efetivação da regra sancionadora constante do título executivo, e o seu *objeto mediato* reside nos bens que compõem o patrimônio do executado, sabido que é que tais bens respondem pelo cumprimento de suas obrigações.

Sendo a execução de título extrajudicial uma *ação*, o seu exercício depende igualmente do preenchimento de certos requisitos denominados *condições da ação*, a saber: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir; e c) legitimação para agir.

Embargos do devedor: natureza jurídica. Tipologia dos embargos

A defesa do executado, no processo de execução, não se realiza através da contestação, como nos processos de conhecimento e no cautelar, mas de *embargos do devedor*, que não são propriamente uma defesa, mas verdadeira *ação* pela qual o executado formula uma pretensão consistente na desconstituição do título executivo.

7 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. (...)

8 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio; V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; VI – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VIII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Como *ação*, os embargos dão lugar a um processo em que o embargante é o executado e embargado, o exequente, nascendo aí uma relação processual em tudo idêntica graficamente àquela formada no processo de conhecimento, ligando as partes, exequente e executado, e o juiz, na sua qualidade de órgão jurisdicional.

A execução de título extrajudicial comporta defesa não apenas através dos embargos do devedor, havendo uma variada tipologia de embargos: a) embargos à penhora; b) embargos do devedor; c) embargos à adjudicação; d) embargos à arrematação; e) embargos de retenção; e f) embargos de terceiro. Todas essas defesas vêm disciplinadas pelo Código de Processo Civil.

Não apenas o devedor, mas também terceira pessoa, não vinculada ao título executivo, pode se opor à execução alheia, constituindo esses embargos uma modalidade de intervenção de terceiros no processo.⁹

No processo de execução, não existe juízo de cognição senão de forma incidental, nos autos dos embargos, sendo lícito ao embargante alegar, além das matérias autorizadas pelo CPC, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (art. 745, I a V).¹⁰ Essa sistemática se justifica, porquanto o processo de execução não é precedido de um processo de conhecimento, não tendo o executado e embargante a oportunidade de defender-se com a amplitude assegurada pela Constituição.

Execução e jurisdição

A execução por título extrajudicial, no plano civil, começa pelo exercício da *ação de execução*, “pela qual o credor pretende um provimento jurisdicional satisfativo”, dando origem a um processo (processo de execução), havendo o exercício de atividade jurisdicional verdadeira e própria, onde o *caráter substitutivo*, revelado por Chiovenda, se apresenta com maior intensidade do que no processo de cognição.

A discussão sobre a natureza da execução penal perdeu força na medida em que a sentença, que é o mais expressivo dos títulos executivos judiciais, não é mais objeto de execução através de processo próprio (processo de execução), sendo agora objeto de simples cumprimento (art. 475-I), mesmo quando se trate de obrigação por quantia certa, em que a execução é sincrética no processo de conhecimento.

9 Estabelece o art. 1.046 do CPC que: “Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.”

10 Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: I – nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II – penhora incorreta ou avaliação errônea; III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. (...)

Na esfera penal, entende Magalhães Noronha que não há jurisdição nem processo, mas mero procedimento administrativo,¹¹ tendente ao efetivo cumprimento da pena pelo condenado, com o que *não concordam* Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, que sustentam o caráter jurisdicional da execução penal. Para estes últimos, a imposição da pena tem natureza administrativa; mas os incidentes da execução têm caráter eminentemente jurisdicional. Nesses incidentes, sempre entendeu a doutrina haver o exercício de jurisdição penal.

A execução da sentença penal¹² que impuser pena privativa de liberdade é sempre *forçada*, uma vez que não pode o condenado sujeitar-se voluntariamente ao seu cumprimento, dando-se o seu recolhimento ao estabelecimento prisional (prisão, penitenciária, casa de detenção) por determinação do juiz da execução, mediante a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena (CPP, art. 674, *caput*).¹³ Faltaria aqui o *caráter substitutivo* que caracteriza a jurisdição, porquanto jamais poderia o juiz, através da jurisdição, substituir a conduta do condenado na execução da pena. Essa substituição pode se dar, no entanto, em se tratando de pena pecuniária, que pode ser objeto de cobrança judicial (CPP, art. 688).¹⁴

Na execução de sentença penal, tem-se *lide* de pretensão insatisfeita, o que não impede ver-se nela o exercício de “jurisdição”, porquanto fenômeno análogo ocorre nas hipóteses de ação constitutiva necessária, e nem por isso deixa de existir atividade tipicamente jurisdicional.¹⁵

Acrescente-se, por fim, que, normalmente, o Ministério Público não requer a execução da sentença penal, atuando o juiz de ofício,¹⁶ expedindo a competente carta de guia.¹⁷

11 Para Magalhães Noronha, trata-se, antes, da última fase do procedimento jurisdicional.

12 A sentença penal condenatória constitui título executivo para a promoção da execução por quantia certa, caso em que será objeto de liquidação no cível, para apuração do valor da reparação do dano, ou seja, do *quantum debeatur* (Leonardo Greco).

13 Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena. (...)

14 Art. 688. Findo o decêndio ou a prorrogação sem que o condenado efetue o pagamento, ou ocorrendo a hipótese prevista no § 2º do artigo anterior, observar-se-á o seguinte: I – possuindo o condenado bens sobre os quais possa recair a execução, será extraída certidão da sentença condenatória, a fim de que o Ministério Público proceda à cobrança judicial. (...)

15 Nos Juizados Especiais Criminais Estaduais, admite-se a aceitação pelo réu da proposta de aplicação imediata da pena que não seja privativa de liberdade (Lei n. 9.099/95, art. 72), bem assim a conciliação (Lei n. 9.099/95, art. 73), o mesmo ocorrendo nos Juizados Especiais Criminais Federais.

16 Esta circunstância, por si só, não bastaria para descaracterizar a função jurisdicional na esfera penal, porquanto na concessão de *habeas corpus* o juiz procede de ofício. O mesmo se diga da execução na esfera trabalhista, que pode ser promovida de ofício pelo juiz.

17 A *carta de guia* ou *carta de sentença* é expedida pela Vara Criminal, ao transitar em julgado a sentença condenatória, para encaminhar o processo à Vara de Execução Penal, para cumprimento de execução de pena e medidas não privativas de liberdade, ou quando houver execução provisória de pena restritiva de direito, multa ou medida de segurança.

Exceção de pré-executividade

A *exceção de pré-executividade* é uma construção da doutrina, tolerada pela jurisprudência,¹⁸ e cuja finalidade é discutir questões de ordem pública, como a falta de condições de ação, de pressupostos processuais etc., a respeito dos quais pode o juiz conhecer até mesmo de ofício. Por isso, tem-se afirmado que não se trata, nesses casos, de uma verdadeira *exceção*, senão de uma verdadeira *objeção* de pré-executividade.

Assim não me parece, porquanto tais limites não impedem que o excipiente, em outras circunstâncias, alegue, também, questões de direito material e interesse privado, como o pagamento, a novação, a compensação, a transação, prescrição etc. – denominadas exceções *substanciais* –, não fazendo sentido a garantia do juízo, pela penhora, a fim de que o juiz conheça dessas defesas, e, considerando-as provadas, venha a extinguir o processo de execução.

Essa a razão por que não considero equivocada a expressão *exceção de pré-executividade*, em vez de *objeção de pré-executividade*, pois a defesa consistirá numa ou noutra dessas modalidades de defesa, conforme a natureza das questões suscitadas e discutidas no processo: se de ordem pública, será *objeção*; se de interesse privado, será *exceção*.

A *exceção* ou *objeção* de pré-executividade ganhou corpo em sede pretoriana, por possibilitar a defesa do executado, independentemente de garantia de juízo, quando a vitória do executado e a sucumbência do exequente se afiguram prováveis ou verossímeis.

Cumprimento de sentença

Com a reforma do Código de Processo Civil, o cumprimento da sentença, que se fazia, na antiga sistemática da execução unificada, mediante ação e processo de execução, comportando embargos, passou a ser feita no bojo do próprio processo de conhecimento, mediante simples fase procedimental de cumprimento (CPC, art. 475-I);¹⁹ sendo a defesa feita por meio de impugnação (CPC, art. 475-L);²⁰

18 Em sede jurisprudencial, tem-se admitido a exceção de pré-executividade em casos de falta de liquidez, certeza e exigibilidade de escritura de confissão de dívida, que não faz mera referência aos títulos originários, mas os incorpora de tal forma que passam a integrá-la (AgRg no Ag. Inst. n. 344.328-AL).

19 Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. (...)

20 Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo

aplicando-se, subsidiariamente, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (CPC, art. 475-R).²¹

Em se tratando de execução de sentença *condenatória penal*, *arbitral* ou *estrangeira*, o pedido de cumprimento inclui a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução conforme o caso (CPC, art. 475-N, parágrafo único),²² aproximando essa modalidade de execução do antigo sistema.

Se a sentença for *liquida*, procede-se, de imediato, ao seu cumprimento; e, se for *ilíquida*, deverá ser previamente liquidada (CPC, art. 475-A, *caput*).²³

Bibliografia

- CARREIRA ALVIM, Luciana Gontijo. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- GRECO, Leonardo. *O processo de liquidação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. II.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. § 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

-
- 21 Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.
- 22 Art. 475-N (...) Parágrafo único. Nos casos dos incisos II [sentença penal condenatória], IV [sentença arbitral] e VI [sentença estrangeira], o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.
- 23 Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. (...)

BIBLIOGRAFIA GERAL

A

ALBUQUERQUE, Francisco Manuel Xavier de. Estudos de direito processual civil em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. México: UNAM, 1970.

_____. **Derecho procesal penal. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.**

_____. **Estudios de teoría generale e historia del proceso. México: UNAM, 1974. v. II.**

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

ALSINA, Ugo. Tratado teórico y practico de derecho procesal civil y comercial. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963. v. I.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Las acciones en el derecho privado romano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos et al. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 1988.

ARCILA, Carlos Ramirez. Teoria de la acción. Bogotá: Temis, 1969.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. I.

_____. **Direito processual civil, teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1971.**

_____. **Curso de direito processual civil. São Paulo: RT, 1972. v. II.**

B

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BENTHAM, Jeremias. Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

BETTI, Emilio. Diritto processuale civile italiano. 2. ed. Roma: Soc. Edit. del Foro Italiano, 1936.

BOLAFFI, Renzo. L'eccezioni del diritto sostanziale. Milano, 1936.

BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

C

- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1973.
- _____. *Rivista de Diritto Processuale Civile*. Júlio, 1927.
- _____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1972. v. 1.
- _____. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, v. I.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III.
- _____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAPELLETTI, Mauro; *et al.* *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARLOS, Eduardo B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1986.
- _____. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.
- _____. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: EJE, 1971. v. I.
- _____. *Studi di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1939. v. III.
- _____. *Teoria general del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.
- _____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: LEJUS, 1999.
- _____. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1950 e 1971.
- _____. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: 1971. v. II
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil reformado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Procedimento monitório*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.
- _____. *Tratado geral de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Novo agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- _____. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- _____. *Tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Direito arbitral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARREIRA ALVIM, Luciana Gontijo. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CASTILLO, Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Unam, 1970.
- _____. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: UNAM, 1974. v. II.
- _____. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1977.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; *et alii.* *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.
- COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1973.
- COSTA CARVALHO, Luiz Antônio. *Curso teórico e prático de direito judiciário civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1973.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- _____. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1959.

D

D'ALESSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. Torino: UTET, 1932.

DAVICINI, Giovanni. *L'Avvocato di tutti*. 5. ed. Torino: UTET, 1950.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

E

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada. Fundamento jurídico e extensão a terceiros*. Rio de Janeiro, 1936.

F

FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Barcelona: Labor, 1972.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1933.

FROCHAM, Manuel Ibañez. *La jurisdicción*. Buenos Aires: Depalma, 1972.

G

GARCIA-VELASCO, M. I. *Curso de derecho procesal penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1969.

GART, Bryant; *et al.* *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: RT, 1972.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

_____. *Derecho justicial material*. Buenos Aires: EJE, 1959.

_____. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961. v. I.

GRECO, Leonardo. *O processo de liquidação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUSMÃO, Manuel Aureliano. *Processo civil e comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934.

J

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Revista de Direito Penal*. n. 30.

L

LARA, Cipriano Gómez. *Teoria general del proceso*. México: Textos Universitarios, 1976.

LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1977.

- _____. **Tratatto di diritto processuale**. Napoli: Jovene, 1961: v. III.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia et autorità della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1962.
- _____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1981.
- _____. **Revista de Derecho Procesal**. Buenos Aires: 1938.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. IV.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- _____. **A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.
- _____. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I.

M

- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **La lógica de las pruebas en materia criminal**. Bogotá: Temis, 1973. v. I.
- MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. **Da competência no processo trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto penale italiano**. Padova: Cedam, 1967.
- _____. **Tratatto di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 1967. v. I.
- _____. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951.
- MARQUES, José Dias. **Introdução ao estudo do direito**. Coimbra: Faculdade de Direito de Lisboa, 1972.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENENDEZ-PIDAL, Juan. **Derecho procesal social**. 2. ed. Madrid: 1950. v. II.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORALES, Hernando M. **Curso de derecho procesal civil**. 6. ed. Bogotá: ABC, 1973.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MORTARA, Ludovico. **Manuale della procedura civile**. Torino: UTET, 1915.

N

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: 1997, Saraiva.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 2. ed. São Paulo: 2000, Saraiva.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva.

O

- OLIVEIRA FILHO, Cândido de. **Curso de prática do processo**. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1973.

P

PALLARES, Eduardo. **Derecho procesal civil**. México: Porrúa, 1965.

PIERSON, Donald. **Teoria e pesquisa em sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1981.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.

PODETTI, Ramiro. **Teoria y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963.

PUGLIESE, Giovanni. **Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: EJEa, 1974.

R

RAMALHO, Barão de. **Praxe brasileira**. Lisboa: J. Ribeiro dos Santos, 1904.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I.

REVISTA FORENSE, n. 74.

RICCI, Francesco. **Commento al Codice di Procedura Civile italiano**. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria, 1985. v. 3º.

ROCCO, Alfredo. **L'autorità della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917.

_____. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969.

ROSA, Eliézer. **Dicionário de processo civil**. São Paulo: José Buchatsky, 1973.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEa, 1955. v. I.

S

SANTORO, Arturo. **Manuale di diritto processuale penale**. Roma: UTET, 1954.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAREDO, Giuseppe. **Istituzioni di procedura civile**. Editora Giuseppe Pellas, 1887.

SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Bosch, 1950.

T

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1 e 2.

_____. **Processo penal**. Bauru: Jalovi, 1975.

TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual**. São Paulo: José Buchatsky, 1976.

V

VANNINI, Ottorino. **Manuale di diritto processuale penale italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.

W

WACH, Adolph. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEА, 1977. v. I.
_____. **La pretensión de declaración**. Buenos Aires: EJEА.

Z

Zanobini, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1936 e 1959.

Sapere aude

**Exemplar genérico,
conhecimento específico**