

---

# **TEORIA GERAL DO PROCESSO**

AUTOR: RODRIGO PEREIRA MARTINS RIBEIRO  
REVISÃO: LUIZ ROBERTO AYOUB

---

**ROTEIRO DE CURSO  
2010.1**

**Sumário**  
**Teoria Geral do Processo**

<b>1. ROTEIRO DO CURSO .....</b>	<b>3</b>
<b>2. ROTEIRO DAS AULAS .....</b>	<b>10</b>
<b>AULAS 3 E 4: A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>21</b>
<b>ANEXO I: ENTREVISTA DO MINISTRO CELSO DE MELLO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>34</b>
<b>AULAS 5 E 6: A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIAL (PROCESSO X TEMPO) .....</b>	<b>41</b>
<b>AULAS 7 E 8: COMPETÊNCIA .....</b>	<b>61</b>
<b>AULAS 9 E 10: PROBLEMÁTICA DA AÇÃO .....</b>	<b>82</b>
<b>AULAS 11 E 12: A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, RELAÇÃO PROCESSUAL E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>106</b>
<b>AULAS 13, 14 E 15: OS PERSONAGENS DO PROCESSO. O JUIZ. O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O ADVOGADO. O DEFENSOR PÚBLICO. O ADVOGADO DO ESTADO. .....</b>	<b>120</b>
<b>AULAS 16 E 17: LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS .....</b>	<b>143</b>
<b>AULAS 18 E 19: OS ATOS PROSSECUAIS E SEUS VÍCIOS: A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS .....</b>	<b>163</b>
<b>AULAS 20 E 21: DIREITO PROBATÓRIO .....</b>	<b>173</b>
<b>AULAS 22 E 23: SENTENÇA E RECURSOS .....</b>	<b>193</b>
<b>AULAS 24 E 25: COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA: RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA? .....</b>	<b>211</b>
<b>GABARITO DAS QUESTÕES DE CONCURSO .....</b>	<b>218</b>



## 1. ROTEIRO DO CURSO

### 1.1. APRESENTAÇÃO GERAL

O principal objetivo do curso é apresentar ao aluno os institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo mediante a utilização de casos concretos julgados em nossos tribunais. No decorrer do curso serão abordadas, gradativamente, as novas tendências do Direito Processual Brasileiro.

### 1.2. MATERIAL DIDÁTICO E METODOLOGIA

O material apresenta aos alunos o roteiro das aulas, casos geradores, indicação bibliográfica básica e complementar, jurisprudência e questões de concursos sobre os temas estudados em cada aula.

A utilização do presente material didático é obrigatória para que haja um aproveitamento satisfatório do curso. Assim, é imprescindível que seja feita a leitura do material antes de cada aula, bem como da bibliografia básica. Em relação aos casos geradores, é importante observar que, sempre que possível, foram escolhidos problemas que comportam duas ou mais soluções. Portanto, nos debates feitos em sala de aula, será possível perceber que, na maioria das vezes, o caso analisado poderia ter tido outra solução que não a dada por determinada corte.

### 1.3. FORMAS DE AVALIAÇÃO

Os alunos serão avaliados com base em duas provas realizadas em sala de aula que abordarão conceitos doutrinários e problemas práticos, sendo facultada a consulta a textos legislativos não comentados ou anotados.

O aluno que não obtiver uma média igual ou superior a 7,0 (sete) nessas duas avaliações deverá realizar uma 3<sup>a</sup> prova.



## 1.4. ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Além das aulas baseadas nos casos referidos nesse material, o curso contará com:

- Realizações de Seminários — onde a turma será dividida em grupos, cada um com seu tema, para elaboração de trabalho de pesquisa e posterior apresentação na forma de seminário.
- Palestras — dependendo dos interesses dos alunos e realizadas de acordo com a conveniência dos convidados e da Escola de Direito.

## 1.5. TEXTO DE APRESENTAÇÃO: “UMA BREVE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO”

### 1.5.1. Surge um Novo Direito Processual

O Direito Processual é o ramo do Direito que possui como objeto de estudo a função jurisdicional<sup>1</sup>, exercida pelo Estado. Como se sabe, o Estado Democrático de Direito, no exercício de seu poder soberano, uno e indivisível, realiza três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional. É justamente esta última função que será estudada pela Teoria Geral do Processo.

Desde já, é conveniente destacar que a expressão Direito Processual pode se referir a ciência ou norma. Na primeira dessas acepções, temos *o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, através do Estado, da função jurisdicional* e, no segundo sentido (norma, direito objetivo), o complexo de normas e princípios que regem o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.<sup>2</sup>

A Ciência Processual contemporânea é resultado de inúmeras transformações que se procederam, ao longo da história, pela atuação dos aplicadores do direito e pela incansável colaboração dos estudiosos do direito. De fato, até o século XIX, não se falava em uma Teoria Geral do Processo, haja vista que a ação era concebida como desdobramento do próprio direito material e o instituto jurídico do processo como sinônimo de procedimento. Naquela época, como se pode perceber, o Direito Processual consistia em uma simples parte, mero apêndice, do Direito Privado, sem que fosse atribuída autonomia científica àquela matéria.<sup>3</sup>

No decorrer do século XIX, este quadro começa a se alterar e, gradativamente, são desenvolvidos conceitos e estruturas próprias que resultam na autonomia do processo.<sup>4</sup> Dessa maneira, a Teoria Geral do Processo ganha conotação científica e é fortalecida por primorosos estudos sobre o processo, ação e jurisdição que, por fim, conduzem a autonomia deste ramo do Direito.

---

<sup>1</sup> No passado, houve quem defendesse a utilização da nomenclatura Direito Judiciário, ao invés de Direito processual, já que é a função jurisdicional, e não o processo, utilizado pelo Estado para o exercício da Jurisdição, o cerne principal desta ciência. É este, inclusive, o título da obra do grande processualista João Mendes de Almeida Júnior: *Direito Judiciário Brasileiro*. 3<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 14<sup>a</sup> edição, 1997, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 40.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo. Editora Malheiros, p. 727.

<sup>4</sup> Simbolicamente, aponta-se o ano de 1868, quando o jurista alemão Oskar von Bülow lançou sua obra “Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias” (em alemão *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvorauerzungen*) como marco de nascimento de uma Teoria Geral do Processo.

to. Na virada do século XIX para o XX, ocorreu uma profunda construção dogmática do Processo na Europa Ocidental, onde se destacaram os estudos de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Contudo, em meados do século XX, quando a ciência processual já estava estruturada e contava com seus próprios institutos, o Processo passa por um período de crise. De fato, a comunidade jurídica começa a perceber que o sistema processual não pode ser destituído de conotações éticas e de objetivos a serem cumpridos nos planos social e político.

Em 1950, durante o ato inaugural do Congresso Internacional de Direito Processual Civil de Florença, o consagrado professor italiano Piero Calamandrei realiza profundas críticas a essa visão demasiadamente abstrata e dogmática da Ciência Processual, visão esta que não atentava para as verdadeiras finalidades da atividade jurisdicional:

*“O pecado mais grave da ciência processual destes últimos cinqüenta anos tem sido, no meu entender, precisamente este: haver separado o processo de sua finalidade social; haver estudado o processo como um território fechado, como um mundo por si mesmo, haver pensado que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, de todos os contatos com os problemas de substância, da justiça, em soma.”<sup>5</sup>*

Não obstante, somente alguns anos depois, na década de setenta do século passado, é que se pode identificar o verdadeiro *turning point* de nossa Ciência. Naquela década, o notável jurista peninsular Professor Mauro Cappelletti, baseado em profundo trabalho de pesquisa do Instituto de Pesquisas de Florença, e de diversas Escolas ao redor do mundo, escreveu a magistral obra de quatro volumes denominada *Acess to Justice*<sup>6</sup>, em que apresentava relatórios e conclusões de diversos anos de pesquisa, além de numerosas sugestões para melhorar o problema do acesso à justiça. Esta obra jurídica é considerada o marco de nascimento da atual fase *instrumentalista* ou *teleológica* da Ciência Processual. No trabalho de Cappelletti, estão retratados os diversos obstáculos encontrados em vários países do mundo para que se tenha uma justiça efetiva. São também sugeridas possíveis soluções para o problema: Cappelletti se referiu a três momentos a serem superados, aos quais chamou de “ondas renovatórias” do acesso à justiça.<sup>7</sup> Estavam, assim, lançadas as premissas de uma nova concepção do processo.

Na atual fase de evolução do Direito Processual, busca-se um efetivo e amplo acesso à justiça. O Judiciário idealizado por Cappelletti deve ser acessível a todos e a todas as espécies de demandas, individuais e coletivas, contemplando o titular de um direito com tudo e exatamente aquilo que o ordenamento jurídico lhe assegura. A atividade jurisdicional deve, ainda, produzir resultados individual e socialmente justos.

<sup>5</sup> Com efeito, as idéias do festejado jurista reproduzidas no texto denominado “Processo e Justiça” (*Processo e Giustizia*), já demonstravam profunda preocupação com o objetivo maior do processo que é chegar a uma decisão justa. CALAMANDREI, Piero (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery). *Processo e Justiça*. In: *Direito Processual Civil Vol. III*, São Paulo: Bookseller, 1999.

<sup>6</sup> Existe outro livro: “Acesso à Justiça”, traduzido para o português pela hoje Ministra Ellen Gracie Northfleet, que pode ser considerada uma versão “mais condensada” escrita pelo posteriormente pelo professor Cappelletti em companhia do professor Bryant Garth, com base em dois volumes da obra anteriormente citada: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

<sup>7</sup> (A) Assistência judiciária para os pobres, (B) representação dos interesses difusos e (C) um novo enfoque de acesso à justiça amplo, efetivo, justo e adequado. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988.

Assim, o Direito Processual de nossos dias é caracterizado por uma menor preocupação com as formalidades processuais e maior com a justiça da decisão e os reflexos desta na sociedade. Deseja-se, assim, formar um processo apto a atingir os resultados políticos e sociais que legitimam sua existência.

### 1.5.2. Pós-Positivismo e Teoria Geral do Processo

É comum nos dias de hoje em nossa comunidade jurídica a afirmativa de que nosso Direito se encontra na fase “pós-positivista”. O significado da expressão “pós-positivismo” é de difícil — se não impossível — definição. Em verdade, ela busca representar o atual momento em que, sem fugir do princípio da legalidade, se deseja superar alguns excessos do positivismo radical que imperou em nossos tribunais no século XX.

Segundo o jusfilósofo espanhol ALBERT CALSAMIGLIA<sup>8</sup>, os adeptos do pós-positivismo não defendem um anti-positivismo (ou direito alternativo). O que ocorre é um deslocamento do enfoque das questões abordadas e, em alguns casos, o distanciamento de certas teses sustentadas pela maior parte da doutrina positivista.

De forma sintética, segundo o referido autor, são dois os pontos em que o pós-positivismo busca dar este novo enfoque:

- (a) **Os limites do direito.** No pós-positivismo, as normas jurídicas não possuem somente elementos descritivos para tratar de fatos passados, mas também elementos prescritivos, com o objetivo de oferecer elementos adequados para resolver problemas práticos. Existe uma preocupação relacionada aos elementos de completude do ordenamento para solucionar *hard cases*. Uma das tendências mais importantes da teoria jurídica contemporânea é sua insistência nos problemas relativos à indeterminação do direito, pois as tradicionais fontes normativas não podem resolver todas as questões. Ademais, o pós-positivista coloca o julgamento (a aplicação do direito), e não a legislação, como feito pelos positivistas, no centro da análise da ciência jurídica.
- (b) **A relação entre direito e moral.** Para o positivista, a moral só tem importância na medida em que ela é reconhecida pelo ordenamento jurídico (o direito não perde sua coercitividade por ser injusto). Na realidade, ao contrário do que comumente se afirma, a moral possui curial importância para o direito, ora na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, de princípios jurídicos, ora em outros momentos que o magistrado se encontra diante de lacunas do ordenamento. Assim, conclui CALSAMIGLIA, as ferramentas

---

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Doxa 21-I, 1998, p. 209-220.

oferecidas pelo legislador são insuficientes para construir uma forma de julgamento aplicável a todo e qualquer caso.

Dentro dessa perspectiva, é natural que seja ultrapassada a antiga concepção que a atividade jurisdicional seria uma atividade meramente declaratória de direitos. Contudo, até hoje, a maioria dos “cursos de direito processual” adotados no Brasil ainda partem daquela velha premissa, consagrada na lição de Montesquieu, de que o Juiz seria a mera boca que pronuncia as palavras da lei.

Recentemente, Luiz Guilherme Marinoni, Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná, publicou sua obra de *Teoria Geral do Processo*<sup>9</sup> em que busca superar a clássica visão apontada no parágrafo anterior. Baseado nas lições de ilustres autores alienígenas — tais como Hans Kelsen, Owen Fiss e Mauro Cappelletti —, Marinoni defende a possibilidade da construção de novos direitos através da prestação da tutela jurisdicional.

Como se sabe, o surgimento de normas jurídicas relacionadas à implementação de direitos sociais, no decorrer do século XX, acarretou a gradual transformação do *Welfare State* em um imenso Estado administrativo, sobre-carregado de funções a desempenhar, bem diferente de seu antecessor, o Estado Liberal. A implementação desses direitos sociais exige ações por parte do Estado. Nesse passo, importantíssimas implicações são impostas aos juízes. O Judiciário de nossos dias não realiza mais apenas a tutela de direitos civis e penais relativos ao cidadão, mas, também, o controle dos poderes políticos do Estado. À guisa de exemplo, vale apontar as recentes discussões sobre a sindicabilidade ou não do ato administrativo pelo Estado-juiz e sobre a possibilidade ou não do controle jurisdicional sobre as omissões administrativas.

Ademais, com o reconhecimento da existência de uma terceira geração de direitos humanos, os interesses de grupo, ficou ainda mais evidenciado esse caráter de discricionariedade existente na atividade jurisdicional, bem como a necessidade de repensar toda a Teoria Geral do Processo.

#### *1.5.3. Tutela Jurisdicional de Interesse disponíveis e indisponíveis. Interesse de Grupo.*

Inexiste critério objetivo no direito positivo brasileiro para determinar se estamos diante de interesses disponíveis ou indisponíveis. Nossa doutrina também não chegou a um consenso sobre quais direitos são ou não indisponíveis e quais os parâmetros para tal classificação. Há casos, como por exemplo no direito de família e nos direitos da personalidade, em que é difícil apontar se determinado interesse é ou não disponível.

De qualquer modo, há hipóteses em que não encontramos dúvidas de que estamos diante de tutela de determinado interesse que não se está na esfera

---

<sup>9</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

de disponibilidade das partes que litigam em juízo. É o caso, por exemplo, da tutela do meio-ambiente realizada por intermédio de uma ação civil pública. Nessa hipótese, os legitimados pelo art. 5º da Lei nº 7.347/84 atuam em nome de toda a sociedade e, por essa razão, não podem “abrir mão” de um interesse que não lhes pertence.

A ação civil pública é hoje o principal instrumento de tutela de direitos coletivos em nosso País e possui previsão constitucional no artigo 129, inciso III e § 1º, da Constituição Federal, sendo regulamentada pelas Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Sua criação e desenvolvimento é atribuída à constatação da insuficiência dos mecanismos processuais existentes para proteger direitos que transcendem o indivíduo, seja em razão da dificuldade de identificar sua titularidade, de dividir seu objeto ou, ainda, de tutelá-los de maneira individual.

De fato, é na tutela do interesse de grupo que fica mais evidente a necessidade de repensar a Teoria Geral do Processo para que seus institutos se adaptem à chamada Jurisdição Coletiva. A necessidade de adequar o processo às exigências de uma sociedade massificada, ditada pelos avanços tecnológicos e culturais e, bem assim, por suas implicações em diversos setores, tais como o meio ambiente, as relações trabalhistas e de consumo, as políticas públicas e os direitos das minorias, trouxe à tona o debate acerca da reformulação dos institutos e princípios tradicionais do direito processual, de conotação meramente individualística.

Como se verá ao longo do curso, institutos tradicionais da Teoria Geral do Processo, tais como legitimidade e coisa julgada, tiveram que ser adaptados para que esse ramo do Direito pudesse tratar, também, de interesses de grupo. De igual modo, os princípios constitucionais do processo adquirem uma nova dimensão na tutela de direitos indisponíveis.

#### *1.5.4. Breve Conclusão*

Conforme ressaltado, são dois os principais motivos que levam à necessidade de reformulação da Teoria Geral do Processo:

- (a) superação da clássica concepção da Jurisdição como atividade meramente declaratória de direitos;
- (b) necessidade de adaptar seus tradicionais institutos à tutela coletiva de direitos.



Acrescente-se a isso o atual estágio de insatisfação do jurisdicionado com a prestação da tutela jurisdicional. Assim, é necessário buscar novos meios para que se atinja um efetivo e amplo acesso à justiça.

Com efeito, nosso sistema jurídico deve ser acessível a todos e a todas espécies de demandas, individuais e coletivas, contemplando o titular de uma posição jurídica de vantagem, em tempo razoável, com exatamente aquilo que o ordenamento lhe assegura. Nesse passo, a atividade jurisdicional deve, ainda, produzir resultados individual e socialmente justos.

É dentro dessa perspectiva que deve ser compreendido o curso que agora se inicia.



## 2. ROTEIRO DAS AULAS

### 2.1. AULAS 1 E 2: SURGE UM NOVO DIREITO PROCESSUAL

(A Atual Dimensão dos Princípios Constitucionais do Direito Processual)

#### *INTRODUÇÃO*

Os dois primeiros encontros do curso serão destinados a apresentar ao aluno uma nova concepção do Direito Processual. Conforme exposto no texto de introdução ao curso, a Teoria Geral do Processo encontra hoje novos desafios a ser enfrentados.

O seu objetivo é demonstrar a maior relevância dada aos princípios constitucionais do processo dentro do atual enfoque da Teoria Geral do Processo. Assim, como ocorre em outros ramos do Direito, as normas presentes na Constituição da República atinge, hoje, uma eficácia nunca antes vista em nosso país.

Antes disso, no início da primeira aula, o professor apresentará os objetivos da disciplina, os métodos de trabalho a serem utilizados, a bibliografia fundamental da disciplina e as formas de avaliação a que os alunos serão submetidos.

É importante observar que os casos escolhidos para análise (nessa e em outras aulas), na maioria das vezes, comportam diferentes soluções. Desse modo, ainda que no material haja uma decisão judicial em determinado sentido, esse fato, por si só, não significa que seja a única ou a melhor solução para determinado problema. Sempre que possível, serão trazidas decisões judiciais antagônicas para ilustrar determinado assunto.

#### *LEITURA BÁSICA*

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 4: “Princípios Gerais do Direito Processual”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. IV: “Princípios Constitucionais do Direito Processual”.

## LEITURA COMPLEMENTAR

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte I. Capítulo 2: “A influência dos Valores do Estado Liberal de Direito e do Positivismo Jurídico sobre os Conceitos Clássicos de Jurisdição”.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Doxa 21-I, 1998. Texto disponível no sítio jurídico: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf).

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Saraiva: 2004.

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos*. Capítulos 3 e 4. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1997.

## EMENTÁRIO DO TEMA

- Novos Desafios do Poder Judiciário.
- Ativismo Judicial.
- Interesses Disponíveis e Indisponíveis.
- Princípio Dispositivo.
- Princípios Constitucionais do Direito Processual.

## NOTA AO ALUNO

O direito processual pátrio foi tradicionalmente norteado pelo princípio dispositivo, segundo o qual o juiz, mantendo-se eqüidistante, aguarda a iniciativa das partes no que se refere à afirmação dos fatos constitutivos de seu direito e a respectiva produção de provas. Vale dizer, o juiz decide segundo o alegado e provado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*).

Contudo, há situações em que o magistrado deve deixar sua posição de inércia para, quando necessário, tomar iniciativa na relação processual não apenas no que concerne ao regular andamento do feito (como tradicionalmente sempre ocorreu), mas, principalmente, para garantir uma decisão justa.

É válido observar que a expressão “ativismo judicial” possui uma dupla acepção. Ela tanto pode ser utilizada em um sentido material<sup>10</sup> (relativa à

---

<sup>10</sup> Esse primeiro sentido será melhor analisado na terceira aula.

construção de direitos pelo Poder Judiciário), bem como em um sentido processual (e nesse ponto se contrapõe à idéia de princípio dispositivo).

Em relação ao caráter processual do referido “ativismo”, não se pode deixar de registrar que o grau de intensidade dessa intervenção do magistrado no processo será maior ou menor dependendo da natureza do interesse deduzido em juízo pelas partes. Assim, estando em jogo interesses indisponíveis, a princípio, caberá ao magistrado exercer poderes ativos no processo com maior freqüência do que em litígio, em que são disputados interesses disponíveis. Seria, então, correto afirmar que os princípios constitucionais que regem a atividade jurisdicional irão incidir sempre da mesma forma em todo e qualquer processo?

Como se sabe, a CRFB/88, ao restabelecer o Estado Democrático de Direito, assegurou uma série de garantias a todos os litigantes judiciais. Contudo, os princípios constitucionais que regem a atividade jurisdicional irão aparecer de forma diversa, dependendo da relação jurídica de direito material que esteja sendo objeto de determinado litígio.

## ESTUDO DE CASO

**Caso 1:** A “Associação dos Moradores e Amigos da Praia de Itaguaçu” ajuizou ação civil pública, em face da Petrobrás, objetivando a reparação de graves danos ao meio ambiente causados por essa empresa.

Ao receber a petição inicial, o magistrado determinou, *ex officio* e antes mesmo do prazo previsto para apresentação de defesa pela ré, que fosse realizada prova pericial para determinar a extensão dos prejuízos causados ao meio ambiente. A empresa-ré recorreu da decisão do magistrado alegando violação da cláusula *due process of law*, em especial dos princípios da ampla defesa: contraditório, isonomia e imparcialidade, haja vista que tal medida, que sequer foi requerida pela autora, deveria ser cumprida antes mesmo da apresentação de sua contestação.

Indaga-se: Agiu corretamente o Magistrado? Providência semelhante poderia ter sido tomada por ele em demanda que tratasse de interesse individual disponível?

**Caso 2:** Conhecida emissora de televisão adquiriu, de terceiro, uma gravação telefônica que fora supostamente obtida por meios ilícitos. Um dos interlocutores da gravação era o então Governador do Estado que, vislumbrando ameaça ao seu direito à intimidade, decide interpor medida cautelar inominada em face daquela emissora para impedir a veiculação e divulgação do teor de suas conversas telefônicas mantidas com terceiros.

Deferida a liminar pleiteada pelo Governador do Estado, a ré (emissora de TV) insurge-se contra aquela decisão e recorre ao Tribunal de Justiça.

Em suas razões, a recorrente alega que a liberdade de imprensa é assegurada pelo artigo 220 da Constituição e que o artigo 5º, IX e XIV da CRFB/88, assegura a livre expressão e acesso à informação. Aduz ainda que o Judiciário, ao impedir a divulgação de informações de relevância social está, na verdade, atuando de forma arbitrária, censurando previamente, sobretudo por ser o recorrido figura pública de projeção nacional, sujeitando-se à publicidade de seus atos. Por fim, alega que o fato das gravações terem sido obtidas de forma clandestina não é relevante, já que não foram produzidas pela recorrente e nem a seu mando.

Considerando a evidente colisão de princípios constitucionais, como decidir a presente hipótese?

**Caso 3:** Nos capítulos 3 e 4 do livro “*O Salão dos Passos Perdidos*”, o jurista Evandro Lins e Silva<sup>11</sup> narra as dificuldades encontradas pelos defensores dativos de presos políticos designados para atuar junto ao Tribunal de Segurança Nacional. Como se sabe, Em 11 de setembro de 1936, foi criado no Brasil o Tribunal de Segurança Nacional para julgar pessoas envolvidas no movimento comunista de novembro de 1935. Com a instituição do “Estado Novo”, em 1937, o Tribunal passou a ser utilizado também para julgar todo e qualquer opositor daquela nova ordem. Entre os diversos julgamentos realizados por esse Tribunal, Lins e Silva destaca o de Luís Carlos Prestes e Harry Berger, defendidos pelo notável advogado Sobral Pinto que chegou mesmo a invocar a lei de proteção aos animais na defesa de seus clientes<sup>12</sup>.

Como se sabe, no julgamento de crimes políticos pelo referido tribunal de exceção, inexistiu qualquer respeito às liberdades fundamentais.

Indaga-se: De que modo o respeito aos princípios constitucionais estudados na aula são importantes para que se tenha um processo justo?

## JURISPRUDÊNCIA

**Caso 1: PROCESSO CIVIL. — AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. REALIZAÇÃO DE PROVA POR INICIATIVA DO JUIZ. — ART. 130 DO CPC. PRECEDENTES DO STJ E STF.**

1 — No exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide.

2 — Recurso especial não conhecido.

(STJ. REsp 507167 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0033498-0 T2 — SEGUNDA TURMA 08/11/2005 Julgado em 08.11.2005)

<sup>11</sup> Evandro Cavalcanti Lins e Silva (1912-2002) é considerado um dos maiores advogados criminalistas — quiçá o maior - do século passado em nosso país. Graduou-se na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro em 1932. Ainda quando estudante já trabalhava no ofício de jornalista, que manteve após formado advogado. Estreou no júri antes mesmo de se formar, com apenas 19 anos (o que era possível naquela época). Em sua carreira jurídica, ocupou o cargo de procurador-geral da República (1961-63) e ministro do Supremo Tribunal Federal, de (1963-69). Foi forçado a se aposentar durante os “anos de chumbo” e retornou a advocacia criminal onde atual de forma efetiva até seu recente e trágico falecimento. Publicou diversas obras, como *A Defesa tem a Palavra, Arca de Guardados e O Salão dos Passos Perdidos*. Lins e Silva foi eleito em 16 de abril de 1998 membro da Academia Brasileira de Letras.

<sup>12</sup> “Os direitos humanos foram muito violados nesse período: as prisões eram arbitrárias, não havia nenhuma garantia, nenhuma segurança para o cidadão, estava suprimido o habeas corpus para matéria política. Sobral teve um desempenho que o notabilizou como um defensor das liberdades públicas, um defensor dos direitos individuais e humanos. Em determinado instante, o Berger estava jogado num socavão embaixo de uma escada na Polícia Especial, no morro de Santo Antônio, em condições absolutamente insuportáveis, dramáticas, desumanas. Não havia sequer altura para ele ficar de pé. Virou um bicho. E Sobral Pinto teve a idéia - e isso marcou época - de requerer, em favor do seu cliente, a aplicação da lei de proteção aos animais, que exigia que se tratasse sem violência, sem tortura mental, psicológica, os próprios bichos. Os animais eram mais bem tratados do que estava sendo o seu cliente” LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos*. Capítulos 3 e 4. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1997, p. 122.

**Caso 2: MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS. IMPEDIMENTO JUDICIAL. CONCESSÃO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPROVIMENTO.** Agravo de Instrumento. Liminar concedida. Impedimento de divulgação de gravações de conversas telefônicas realizadas por interceptação ilícita. Liberdade de imprensa e direito à informação o que não são absolutos, se submetendo ao necessário respeito ao direito de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, previsto no artigo 5., inciso X, da Constituição Federal e da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, prevista no inciso XII do mesmo artigo. Divulgação de conversa telefônica de terceiros que, em tese, configura delito penal capitulado no artigo 151, par. 1º, II, do Código Penal. Origem ilícita das gravações que contamina sua divulgação pela imprensa. Aplicação da teoria da “arvore venenosa e seus frutos”. Ilicitude das gravações como prova judicial e que, se não vale para o Estado como ente soberano e destinatário da instrução processual, não pode servir para amparar os interesses jornalísticos e de informação, quanto relevantes. Controle da legalidade da conduta dos órgãos da imprensa que não se confunde com censura, que é ato do Poder Público de Polícia através de censores, e não do Judiciário. Constituição Federal, ademais, que, mesmo que distorcido o conceito de censura nela previsto, só veda, no seu artigo 220, a censura “política, ideológica e artística”, não a jurídica ou legal. Proteção em Juízo à “ameaça de direito”, que é garantida, sem exceção, pelo artigo 5., XXV, da Carta Magna. Ilegalidade da divulgação reconhecida. Medida liminar mantida. Recurso desprovido. (2001.002.09991. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Rel. DES. BINATO DE CASTRO — Julgamento: 22/11/2001 — DÉCIMA OITAVA CÂMARA CIVEL do TJ/RJ)

*Decisões do Supremo Tribunal Federal*

(a) Devido Processo Legal

“Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial

justo, com direito de defesa.” (ADI 1.511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/03)

(b) Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

- (b.1) São insuscetíveis de apreciação, quaisquer petições recursais que veiculem consulta dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, eis que postulações dessa natureza refogem ao domínio de atuação institucional dos Tribunais e revelam-se incompatíveis com a própria essência da atividade jurisdicional.” (RE 434.640-ED, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09/06/06)
- (b.2) “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omisso o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade.” (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97)
- (b.3) Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais.” (AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/11/95)
- (b.4) Esta Corte já firmou o entendimento de que a prestação jurisdicional, ainda que realmente seja errônea, não deixa de ser prestação jurisdicional, inexistindo, assim, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.” (AI 157.933-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 18/08/95)
- (b.5) A taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa, viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição.” (SÚM. 667)

(c) Juiz Natural

- (c.1) O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União. (...). O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo

criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.” (HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/10/04). No mesmo sentido: HC 79.865, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/04/01.

- (c.2) Recebimento, por magistrado de primeira instância, de denúncia oferecida contra trinta e dois indiciados, dentre os quais figura um Deputado Federal, no pleno exercício de seu mandato. Usurpação da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal — nulidade — reclamação que se julga procedente. O respeito ao princípio do juiz natural — que se impõe à observância dos órgãos do Poder Judiciário — traduz indisponível garantia constitucional outorgada a qualquer acusado, em sede penal.” (Rcl 1.861, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/06/02).
- (c.3) “A definição constitucional das hipóteses de prerrogativa de foro *ratione munieris* representa elemento vinculante da atividade de persecução criminal exercida pelo Poder Público. (...) O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado — que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*.” (AI 177.313-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/05/96)

(d) Promotor Natural

- (d.1) “O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O pos-

tulado do Promotor Natura limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemonic e incontrastável. Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso).” (HC 67.759, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/07/93)

#### (e) Contraditório e Ampla Defesa

- (e.1) Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não é destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa, onde há não obstante, os direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não incriminar-se e o de manter-se em silêncio.” (HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/09/04)
- (e.2) “Advogado. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei n. 6.368/76. Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.” (HC 88.190, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/10/06)
- (e.3) “Conforme decidido pela Segunda Turma desta Corte, no julgamento do AI 335.076-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 07/02/2003, o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o desrespeito aos postulados da ampla defesa

e do devido processo legal. No presente processo, os recorrentes ficaram impedidos de produzir prova em audiência e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual, essencial para a apuração da verdade. O dano sofrido é inquestionável, pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente.” (RE 260.776, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/09/05)

(e.4) “A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1<sup>a</sup> T., Pertence, DJ 07/05/04). (...) Não há afronta à garantia da ampla defesa no indeferimento de prova desnecessária ou irrelevante.” (RE 345.580, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/09/04)

#### (f) Inadmissibilidade das Provas Obtidas por meios ilícitos

(f.1) “A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.” (AI 503.617-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/03/05). No mesmo sentido: RE 402.035-AgR, DJ 06/02/04; HC 74.678, DJ 15/08/97.

(f.2) As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.” (HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/00). No mesmo sentido: HC 81.993, DJ 02/08/02.

(f.3) Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.” (HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27/08/04)

(f.4) Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o

acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.” (RE 251.445, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/08/00)

#### (g) Razoável Duração do Processo

- (g.1) Prisão preventiva. Excesso de prazo. Afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo e constrangimento ilegal não caracterizados. Complexidade da causa. Demora razoável. (...) Denúncia oferecida contra quatorze acusados, na qual conta estar em processo ininterrupto de investigação pelo menos nove fatos delituosos. Peça acusatória com rol de doze vítimas e onze testemunhas a comprová-los, residentes nas mais diversas localidades da região onde os crimes foram cometidos. Decisão do Superior Tribunal de Justiça que guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de não haver constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal.” (HC 89.168, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJ 20/10/06)
- (g.2) A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal.” (HC 86.915, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/06/06)

#### (h) Fundamentação das Decisões Jurisdicionais

- (h.1) O § 5º do art. 82 da Lei 9.099/95 (“§ 5º: Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”) prevê expressamente a possibilidade de o órgão revisor adotar como razão de decidir os fundamentos do ato impugnado, o que não implica violação ao art. 93, IX, da CF.” (HC 86.533, Rel. Min. Eros Grau, Informativo 408). No mesmo sentido: HC 532, informativo 436.



(h.2) A Constituição Federal não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.” (HC 83.073, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20/02/04) O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada, não que a fundamentação seja correta na solução das questões de fato ou de direito da lide. Declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.” (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/09/03). O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de ‘decisão’, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP), aliás, único caso em que cabe recurso (art. 581, I, do CPP).” (HC 72.286, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 16/02/96). No mesmo sentido RHC 87005 / RJ — RIO DE JANEIRO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 16/05/2006.

## QUESTÕES DE CONCURSO

**1. (TJ/RJ. XX Concurso. Preliminar)** Atendendo a que o art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, dizer se no inquérito policial deve-se observar o contraditório, a partir de 1988.

**2. (TJ/RJ. XXXIV Concurso. Preliminar)** Ante o texto do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição, seria constitucional a lei que cometesse ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes contra as relações de consumo, por exemplo?

**3. (MP/RJ. VIII Concurso)** O Procurador-Geral de Justiça designou um Promotor de Justiça para acompanhar certo inquérito policial e funcionar, até final, em qualquer ação penal que com base nele viesse a ser proposta. Oferecida a denúncia, um dos réus impetrou habeas corpus colimando o trancamento da ação penal, sob o fundamento de que a designação feita seria ilegal, por afastar o Promotor do Juízo junto ao qual tem curso a ação penal, violando assim o princípio do Promotor natural. Dê o seu parecer sobre esta questão.



## AULAS 3 E 4: A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

### INTRODUÇÃO

Os institutos jurídicos da jurisdição, ação e do processo compõe a chamada “Trilogia Estrutural do Direito Processual”, expressão consagrada pelo jurista argentino Ramiro Podetti. Uma correta compreensão desses institutos é *conditio sine qua non* para que tenha um bom aproveitamento em todas as disciplinas relacionadas à Teoria Geral do Processo (como, por exemplo, Processo Civil, Penal e Trabalhista). De fato, todos os institutos estudados pela Ciência Processual estão de alguma maneira relacionados a pelo menos um dos três institutos mencionados.

A jurisdição ocupa o centro da teoria processual e por intermédio dela se manifesta uma das formas do poder estatal soberano. O direito de ação é assegurado a todos. Ao exercer esse direito, o cidadão provoca o exercício da atividade jurisdicional. Com feito, o exercício *ex officio* da jurisdição representaria um motivo de instabilidade social e comprometeria a imparcialidade do órgão julgador. O processo, por sua vez, é o instrumento utilizado pelo Estado para prestar jurisdição e se manifesta por uma série de atos concatenados para o fim de obtenção da tutela jurisdicional. Todos estes institutos foram idealizados com vista ao consumidor da prestação jurisdicional, porque é na sua aceitação que se encontra a legitimidade do exercício do poder. Assim, é preciso verificar se estes institutos estão produzindo uma prestação conforme as expectativas dos seus destinatários. Como já visto, a participação dos jurisdicionados, assegurada pelo contraditório, é essencial para que estes possam influenciar na decisão a que futuramente estarão vinculados.

Nas primeiras aulas do curso, tratamos dos aspectos processuais do fenômeno conhecido por “ativismo judicial”, ou seja, dos limites encontrados na legislação processual para participação do juiz na busca de uma justa solução para o caso que lhe foi submetido. Agora, trataremos dos limites substanciais encontrados pelo juiz ao decidir os casos que lhe são submetidos. Será correto afirmar que a jurisdição é uma atividade meramente declaratória de direitos?

### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 11: “Jurisdição: Conceito e Princípios Fundamentais”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. VI: “Jurisdição”, p. 65-81.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte I. Capítulo 7: “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”, p. 89-109.

### *LEITURA COMPLEMENTAR*

ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. Capítulo III: “Jurisdição”.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Cap. 1: “Notas sobre a Teoria da Jurisdição”.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

### *EMENTÁRIO DO TEMA*

- A trilogia estrutural da ciência processual: jurisdição, ação e processo.
- Formas de Composição de Conflitos: Da autotutela à jurisdição.
- Jurisdição: conceito e características.
- A importância da atividade jurisdicional na concretização de valores públicos: o papel da jurisprudência na construção do ordenamento jurídico.
- Os escopos da Jurisdição.
- Jurisdição Contenciosa e Voluntária.

### *NOTA AO ALUNO*

A idéia de direito, nos dias atuais, está amplamente ligada ao exercício, pelo Estado, da função jurisdicional. Seja entre os leigos ou mesmo entre os estudiosos do Direito, é difícil dissociar estes dois conceitos. Todavia, num estágio menos desenvolvido da sociedade humana, não era isso que ocorria e a regra geral era a da autotutela. De fato, em tempos remotos não ocorria intromissão do Estado na resolução de conflitos privados entre seus súditos.

Para melhor entender os modos pelos quais os conflitos sociais surgem, e são resolvidos, é de bom alvitre recorrer à lição de Carnelutti<sup>13</sup>. Segundo esse

---

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1942, p. 78-82. Tradução A. Rodrigues Queiró.

consagrado autor, existem no mundo pessoas e bens (entes capazes de satisfazer a uma necessidade do homem) e, obviamente, há constante interesse do ser humano em se apropriar deste para satisfazer suas necessidades. Segundo o renomado jurista, “interesse” seria uma posição favorável à satisfação de uma necessidade que se verifica em relação a um bem. No entanto, como os bens são limitados (diferentemente do que ocorre em relação às ilimitadas necessidades humanas), irão surgir no convívio social conflitos de interesses. Caso este conflito não se dilua no meio social, determinado membro da sociedade irá desejar que o interesse do outro seja subordinado ao seu (esse fenômeno Carnelutti chamou de *pretensão*). Havendo resistência à “pretensão” do titular de um dos interesses por parte de outrem, surgirá a denominada “lide” (conflito de interesses). Para Carnelutti, jurisdição é a atividade estatal em que se busca a justa composição da lide.

Este conflito de interesses pode ser resolvido através da atividade dos próprios litigantes, ou através da intervenção de um terceiro. A forma mais primitiva de compor conflitos de interesses é a autotutela. Nos primórdios da humanidade imperava sempre a lei do mais forte e, por intermédio da brutalidade, um indivíduo conseguia fazer o seu interesse prevalecer. Sendo este um modo desagregador da sociedade, com o passar do tempo, a razão foi assumindo o lugar da força bruta, surgindo a chamada autocomposição, onde o conflito é resolvido pela atividade das partes em litígio, por meio do consenso, da renúncia ao direito litigioso, e até da transação, onde ocorrem concessões recíprocas.

Todavia, algumas vezes, esta autocomposição pode não ocorrer. Além disso, as desigualdades sociais, presentes desde as primeiras formas de organização social, podem levar à prevalência dos interesses dos mais poderosos. Com a evolução social, chega-se a idéia de entregar a resolução deste conflito a um terceiro (buscava-se uma decisão imparcial), surgindo o que se chamou de arbitragem facultativa, que era exercida, num primeiro momento, pelos sacerdotes ou pelos anciãos<sup>14</sup> de determinada localidade. De facultativa, através da intervenção por parte de um terceiro, se torna obrigatória, assumindo o Estado o papel de terceiro (uma vez que se comprehende que aquele que decide o conflito deve ser mais forte que as partes), e caso sua decisão fosse acatada, seria imposta coercitivamente. Considera-se, então, o processo (instrumento da jurisdição) como o método mais eficiente para composição de litígios, sendo este o meio através do qual o Estado Moderno presta a função jurisdicional.

Ao elaborar sua Teoria Geral do Processo no início do século XX, Chiovenda definiu a jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos

<sup>14</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 21-22.

públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva".<sup>15</sup>

Como se nota, a distinção entre as funções legislativa e jurisdicional foi feita por Chiovenda de forma bem simples, mediante a utilização do critério criação-aplicação do direito. É essa a visão que até hoje tem prevalecido entre os processualistas contemporâneos (ao menos em nosso país). Nessa perspectiva, a jurisdição seria uma *atividade declaratória*<sup>16</sup> de direitos preexistentes. Segundo os adeptos desse entendimento, o direito, criado pelo legislador, seria declarado pelo magistrado ao julgar a pretensão que lhe foi submetida.

Entre os principais juristas opositores dessa tradicional concepção, é pertinente destacar a doutrina de Mauro Cappelletti, emérito jurista da Universidade de Florença. Na obra denominada “*Giudici Legislatori?*”<sup>17</sup>, Cappelletti apresenta uma nova visão da jurisdição, não mais caracterizada como atividade meramente declaratória de direitos. CAPPELLETTI desenvolve seu pensamento partindo da constatação de que *interpretação e criação do direito não seriam conceitos opostos*, pois ao menos um mínimo de criatividade mostra-se inerente a toda atividade interpretativa:

*“Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e — no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo — reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por ser fiel ao seu “texto, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre — porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas nas músicas, outras coisas não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.”*<sup>18</sup>

Nos dias de hoje, parece claro que o problema se concentra não mais na existência da discricionariedade do magistrado na solução de determinado caso, mas sim nos modos, limites e legitimidade da criatividade judicial. Assim, qual seria o melhor critério para diferenciar os atos jurisdicionais dos de legislativos e jurisdicionais?

Igual dificuldade é encontrada pela doutrina para identificar, em determinadas hipóteses, a diferença de um ato administrativo de outro jurisdi-

<sup>15</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. II*. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1943, p. 11. Tradução J. Guimarães Menegale. Título original: *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*.

<sup>16</sup> Nesse sentido THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 41<sup>a</sup> edição. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 74. GRINBERG, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 14<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 38.

<sup>17</sup> Foi utilizada como fonte de consulta a versão traduzida para o português: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro De Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, op. cit., p. 21-22..

cional. É o que ocorre com os atos do magistrado na chamada Jurisdição Voluntária. Aqui, existe a “eterna” controvérsia entre os autores adeptos das teorias clássica (ato administrativo) e revisionista (ato jurisdicional). Indaga-se: O que diferencia substancialmente um ato de natureza administrativa de outro jurisdicional praticado pelo juiz? No procedimento de cumprimento de Testamento (arts. 1.125-1.141, CPC) existe atividade substancialmente jurisdicional?

São essas questões que devem ser respondidas pela moderna Teoria Geral do Processo.

## *ESTUDO DE CASO*

### Caso 1: Limites Materiais da Jurisdição

- (a) Embargos Infringentes 70003967676 TJ/RS; Apelação Civil 70009550070 TJ/RS (ver julgados em anexo). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve a oportunidade de reconhecer, em diversos julgados, a existência de união estável homoafetiva e de direitos sucessórios daí decorrentes, malgrado inexista legislação específica sobre o assunto.
- (b) Apelação Criminal 70004802740 Relator: Amilton Bueno de Carvalho. No mesmo Tribunal, são encontradas decisões que consideram como inconstitucional o crime de uso de entorpecentes, por ausência de lesão a qualquer bem jurídico relevante (Princípio da Lesividade). Embora a matéria tenha sido alterada pela Lei nº 11.343/06, o legislador optou, no art. 28, em continuar considerando como fato típico o uso de substâncias entorpecentes. Amilton Bueno de Carvalho é considerado hoje como um dos principais expositores da Escola denominada de “Direito Alternativo”. Em seus votos fica clara sua visão liberal em relação a determinados delitos, como “uso de entorpecentes” e “jogo do bicho” (ver julgados em anexo).

Problema: É correto afirmar que a jurisdição é uma atividade meramente declaratória de direitos preexistentes? Seria constitucional a “construção” de direitos pelo Judiciário? Até onde seria legítimo ao Judiciário considerar como juridicamente irrelevantes condutas tipificadas pelo legislador?

### Caso 2: Jurisdição Voluntária

José e Maria, separados de fato há mais de 5 anos, com filho menor imímbaro, ingressam em juízo requerendo, “amigavelmente”, a dissolução do vínculo matrimonial que os une e que seja concedida a guarda compartilhada da criança. O ato a ser praticado pelo magistrado possui conteúdo administrativo ou jurisdicional? É possível ajuizar ação rescisória para atacar julgado proferido em sede de jurisdição voluntária?

Problema: A Lei nº 11.441/2007 trouxe a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, em determinadas situações, tratando também da faculdade de adoção de mecanismo semelhante em casos de separação consensual e de divórcio consensual quando não houver filhos menores do casal. Quais as vantagens/desvantagens da adoção desse modelo?

### **JURISPRUDÊNCIA**

(a) *Relacionada ao caso nº 1:*

(1.a) UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA; DIREITO SUCESSÓRIO; ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário e afastada a declaração de vacância da herança. A omisão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria.

(TJ-RS. Embargos Infringentes 70003967676. Relatora Maria Berenice Dias)

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO DOPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.**

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, o afeto é a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a

marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

#### AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo. (TJ-RS. Apelação Cível 70009550070 Relatora Maria Berenice Dias)

#### APELAÇÃO CÍVEL LEI. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual atua como uma qualidade inerente e indissociável de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte.

(TJ-RS. Apelação Cível. 70013909874 Relatora Maria Berenice Dias)

#### (1.b.) PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)

— A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas

no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

— Diante destes dados, tenho como limites, ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam, primordialmente, os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

— No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis e atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

— Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que atenta contra a própria saúde ou contra a própria vida, bem jurídico maior: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

— Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho.

(TJ/RS Apelação Criminal 70004802740 RELATOR: Amilton Bueno de Carvalho)

#### EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRAVENÇÃO DE JOGO DO BICHO.HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

— O Juízo Penal é competente e comum para processar contravenção quando o agente é citado por edital, mesmo que, posteriormente, o localize. A contravenção do jogo do bicho está descriminalizada pela vontade popular e pela banalização do jogo pelo próprio Estado. — À unanimidade, aco- lheram o conflito e, por maioria de ofício, concederam habeas corpus para trancar a ação penal. (Conflito de Competência Nº 70008385353, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/04/2004).

#### DIREITO PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Lesão potencial: *res furtiva* de R\$54,00 não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel, como o Judiciário. Cuida- se de valor que dispensa a insurgência punitiva, última *ratio* da interferência controladora estatal. Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva.

(TJ/RS Apelação Criminal 70015919319 RELATOR: Amilton Bueno de Carvalho)



EMENTA: ESTELIONATO. BAGATELA PRESENTE: CHEQUE NO VALOR DE OITENTA E QUATRO REAIS E CINQUÊNTA CENTAVOS NÃO AUTORIZA INGRESSO NO CAMPO DO DIREITO PENAL ANTE A INSIGNIFICÂNCIA DA LESIVIDADE. À unanimidade, deram provimento ao apelo. (Apelação Crime Nº 70016251811, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 06/09/2006)

## Caso 2: Acórdão.

4.

I. J. R. J. Div. de Registro de Acórdãos  
 Processo: 1999.006.00131  
 Folhas: 008069/008072  
 Registrado em 15/05/2002 Por: RKT

ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
 PODER JUDICIÁRIO

PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
 ESTADO DO RIO DE JANEIRO

QUARTA CÂMARA CÍVEL  
 AÇÃO RESCISÓRIA N° 131/2000  
 RELATORA: MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE  
 FIGUEIREDO

1999.006.00131 4 C. CIVEL.  
 AUTOR: LUCILA DE ALBUQUERQUE XAVIER CHAVES  
 DURANTE  
 Réu: PAULO ROBERTO CHAVES DUARTE  
 Rel.: MRS. MARIA AUGUSTA VAZ

**AÇÃO RESCISÓRIA**  
 Não cabe rescindir sentença homologatória de acordo de separação consensual, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária. Incidência dos artigos 1111, 1120 e 485 do CPC.  
 Extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

Acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por *unanimidade* de votos, em extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Vistos, relatados e decididos estes autos de ação rescisória nº 131/2001 em que é autora LUCILA DE ALBUQUERQUE XAVIER CHAVES DUARTE e réu PAULO ROBERTO CHAVES DUARTE.



7535-661 0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO



Trata-se de ação rescisória proposta por Lucila de Albuquerque Xavier Chaves Duarte em face de Paulo Roberto Chaves Duarte objetivando a rescisão de sentença homologatória de acordo de separação consensual, cuja cópia se encontra nas fls 15 destes autos, fulcrada no inciso V, do artigo 485 do CPC e afirmado que houve frontal violação à Lei Federal, visto ter ocorrido a decretação da separação consensual de cônjuges que tinham menos de dois anos de casamento, prazo este necessário para sua homologação nos termos do § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal.

A inicial fez-se acompanhar dos documentos de fls 15 a 50, estando cópia da decisão que se quer rescindir nas fls 15. Veio aos autos contestação nas fls. 60 a 64, com documentos de fls 65 a 91. Réplica nas fls 94 a 97, com documentos de fls 98 a 113.

Seguiram-se pronunciamentos do douto membro do "parquet" de 2º grau (fls 118 e 125), pretendendo o esclarecimento do endereço da autora. Por fim, veio o douto Procurador de Justiça (fls 135) a opinar pela extinção do feito sem julgamento do mérito, visto a impossibilidade jurídica do pedido, voltando a reiterar seu posicionamento nesse sentido nas fls 155.

Atendendo-se a requerimento da dnota Defensoria Pública (fls 138), expediram-se ofícios para que se tentasse localizar a autora, o que foi em vão, manifestando-se a Defensoria Pública nas fls 149 a 153 e afirmando não ter interesse na produção de prova.

#### É O RELATÓRIO

A hipótese presente é de sentença homologatória de acordo de separação processual, de modo que se trata de decisão proferida em procedimento de jurisdição voluntária (art. 1.120 e seguintes), estando por isso sujeita ao que dispõe o artigo 1.111 do CPC, de modo que não se verifica aqui coisa julgada material e também não há hipótese de cabimento de ação rescisória, nos termos do que dispõe o artigo 485 do CPC.

Esse aliás é o entendimento do insigne jurisconsulto José Carlos Barbosa Moreira, "Comentários ao CPC", volume V, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, Páginas 109/110, que a respeito esclarece:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO



Trata-se de ação rescisória proposta por Lucila de Albuquerque Xavier Chaves Duarte em face de Paulo Roberto Chaves Duarte objetivando a rescisão de sentença homologatória de acordo de separação consensual, cuja cópia se encontra nas fls 15 destes autos, fulcrada no inciso V, do artigo 485 do CPC e afirmado que houve frontal violação à Lei Federal, visto ter ocorrido a decretação da separação consensual de cônjuges que tinham menos de dois anos de casamento, prazo este necessário para sua homologação nos termos do § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal.

A inicial fez-se acompanhar dos documentos de fls 15 a 50, estando cópia da decisão que se quer rescindir nas fls 15. Veio aos autos contestação nas fls. 60 a 64, com documentos de fls 65 a 91. Réplica nas fls 94 a 97, com documentos de fls 98 a 113.

Seguiram-se pronunciamentos do duto membro do "parquet" de 2º grau (fls 118 e 125), pretendendo o esclarecimento do endereço da autora. Por fim, veio o duto Procurador da Justiça (fls 135) a opinar pela extinção do feito sem julgamento do mérito, visto a impossibilidade jurídica do pedido, voltando a reiterar seu posicionamento nesse sentido nas fls 155.

Atendendo-se a requerimento da dota Defensoria Pública (fls 138), expediram-se ofícios para que se tentasse localizar a autora, o que foi em vão, manifestando-se a Defensoria Pública nas fls 149 a 153 e afirmando não ter interesse na produção de prova.

#### É O RELATÓRIO

A hipótese presente é de sentença homologatória de acordo de separação processual, de modo que se trata de decisão proferida em procedimento de jurisdição voluntária (art. 1.120 e seguintes), estando por isso sujeita ao que dispõe o artigo 1.111 do CPC, de modo que não se verifica aqui coisa julgada material e também não há hipótese de cabimento de ação rescisória, nos termos do que dispõe o artigo 485 do CPC.

Esse aliás é o entendimento do insigne jurisconsulto José Carlos Barbosa Moreira, "Comentários ao CPC", volume V, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, Páginas 109/110, que a respeito esclarece:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO



"Diversamente do que ocorria sob o Código de 1939, parece-nos hoje inadmissível construir a ação rescisória como ação dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente formal. Bem ao contrário o critério decisivo para aferir-se a rescindibilidade é, no sistema atual, o que se baseia na aptidão da sentença para adquirir a *auctoritas rei iudicatae* na significação antes indicada, nem é por outra razão que se tem entendido incabível ação rescisória contra decisão de jurisdição voluntária. Nada importa que a sentença contenha verdadeiro julgamento, isto é, aplicação do direito a fato(s) segundo a convicção do juiz, ou se restrinja a chancelar, por assim dizer, a solução dada ao litígio por ato dispositivo das partes, ou de uma delas."

Nestes termos, por estar ausente condição de procedibilidade da ação rescisória, extingue-se o processo nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2002.

DES. WILSON MARQUES  
DESEMBARGADOR PRESIDENTE SÍVOTO

MARIA AUGUSTA VAZ M. DE FIGUEIREDO  
RELATORA

SINTEZ  
Rio de Janeiro, 26/03/2002

PROFESSOR LUIZ ROBERTO BARBOSA  
Tribunal de Justiça

CIENTE  
Rio de Janeiro, 26/03/2002  
Lucas Antony  
Defensor Público  
Defensor Público  
Ass. 179.442-4

## ANEXO I: ENTREVISTA DO MINISTRO CELSO DE MELLO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### SUPREMO CONSTITUINTE<sup>19</sup>

#### Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei

As leis brasileiras, de forma geral, são de baixa qualidade. Prova disso é a freqüência com que o Judiciário constata a inconstitucionalidade das normas aprovadas pelo legislador brasileiro. Quem afirma é o ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho. Essa precariedade é uma das razões pelas quais os juízes devem ter um papel mais ativo na interpretação das leis e mesmo da Constituição, defende ele.

Esse “ativismo judicial”, que nos Estados Unidos serviu para que a Suprema Corte implementasse os direitos civis como são exercidos hoje, ganhou espaço inédito no Brasil com a nova composição do STF. Celso de Mello defende que o Supremo pode e deve suprir as omissões do legislador, como fez recentemente. Ele assegurou acesso gratuito a creches escolares a crianças de até seis anos, no município de Santo André. Com a antiga formação do STF, direitos como esse, previstos na Constituição, mas ainda não regulamentados por lei, eram sistematicamente negados.

Celso de Mello defende o papel constituinte do Supremo, na sua função de reelaborar e reinterpretar continuamente a Constituição. É essa função, explica ele, que permite ao tribunal atualizar e ajustar a Constituição “às novas circunstâncias históricas e exigências sociais”, atuando como “co-partícipe do processo de modernização do Estado brasileiro”.

Foi o ativismo judicial pregado por Celso de Mello que o levou a estabelecer limites para as Comissões Parlamentares de Inquérito, que vinham praticando toda sorte de abusos e arbitrariedades. Ardentemente defensor da liberdade de expressão e dos direitos fundamentais, o ministro condena os atos de “cesarismo governamental” e se posiciona radicalmente contra o “uso compulsivo de Medidas Provisórias” por parte do presidente da República.

O novo time do STF prenuncia mudanças, principalmente no campo da doutrina. E nesse aspecto, o ministro Celso de Mello, que assume o decanato na Corte com a iminente aposentadoria de Sepúlveda Pertence, deve encontrar terreno fértil para as teses que cultiva desde que chegou ao tribunal. A principal delas, expressa abaixo, é a de um STF menos defensivo, ativo ao ponto de, cautelosamente, suprir as lacunas da legislação para que prevaleça o espírito da Carta de 88.

Na entrevista que se segue, a segunda de uma série com os ministros do STF, feita pelo site Consultor Jurídico para o jornal *O Estado de S.Paulo*,

<sup>19</sup> Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Texto disponível na internet em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712>. Acesso em 01.12.2006.

Celso de Mello analisa a nova face do tribunal e o seu papel no Brasil contemporâneo.

**Conjur** — Comparado a agosto de 1989, quando o senhor tornou-se ministro, o que mudou nos últimos dezessete anos no Supremo Tribunal Federal?

**Celso de Mello** — O STF, sob a atual Constituição, tomou consciência do alto relevo de seu papel institucional. Desenvolveu uma jurisprudência que lhe permite atuar como força moderadora no complexo jogo entre os poderes da República. Desempenha o papel de instância de equilíbrio e harmonia destinada a compor os conflitos institucionais que surgem não apenas entre o Executivo e o Legislativo, mas, também, entre esses poderes e os próprios juízes e tribunais. O Supremo acha-se investido, mais do que nunca, de expressiva função constitucional que se projeta no plano das relações entre o Direito, a Política e a Economia.

O tribunal promove o controle de constitucionalidade de todos os atos dos poderes da República. Atua como instância de superposição. A Suprema Corte passa a exercer, então, verdadeira função constituinte com o papel de permanente elaboração do texto constitucional. Essa prerrogativa se exerce, legitimamente, mediante processos hermenêuticos. Exerce uma função política e, pela interpretação das cláusulas constitucionais, reelabora seu significado, para permitir que a Constituição se ajuste às novas circunstâncias históricas e exigências sociais, dando-lhe, com isso, um sentido de permanente e de necessária atualidade. Essa função é plenamente compatível com o exercício da jurisdição constitucional. O desempenho desse importante encargo permite que o STF seja co-partícipe do processo de modernização do Estado brasileiro.

**Conjur** — Então, a evolução da doutrina e da interpretação da Constituição tem contribuído mais para aperfeiçoar as normas no Brasil do que a produção de novas leis?

**Celso de Mello** — A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros.

Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República.

É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implemen-

tação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.

**Conjur** — Voltando a 1989, quando o senhor desembarca no Supremo, a Constituição de 88 era uma recém-nascida. A quase totalidade dos ministros estavam condicionados, escolados, comprometidos com a Carta anterior. Quanto tempo levou para que a Constituição de 88 realmente fosse incorporada pelo Tribunal?

**Celso de Mello** — O Tribunal orientava-se, então, como assinala o ministro Sepúlveda Pertence, por uma visão retrospectiva, que o mantinha vinculado e condicionado por padrões estabelecidos no passado, em face de anteriores ordens constitucionais. Com o tempo, o Supremo Tribunal Federal foi evoluindo nesse processo de interpretação constitucional. Hoje, o STF tem uma outra visão do processo constitucional. Possui uma nova percepção que põe em evidência o papel vital desta Corte nesse processo de indagação do texto constitucional.

Há, no entanto, um longo caminho a percorrer, um longo itinerário a cumprir, para que a Constituição do Brasil possa, efetivamente, desenvolver-se em toda a sua integralidade e viabilizar, desse modo, a consecução dos objetivos que dela são esperados. Tenho impressão de que esta é uma nova época. Este é um momento em que o Supremo Tribunal Federal claramente se situa entre o seu passado e o seu futuro. E esse momento é rico em significação, pois permitirá que esta Corte interprete a Constituição de forma compatível com as exigências sociais e políticas que o presente momento histórico impõe.

**Conjur** — Esse ativismo não está ainda um tanto quanto acanhado, considerando que o Mandado de Injunção, um instrumento importante, por exemplo, ainda não manda nada?

**Celso de Mello** — Concordo com a sua afirmação. O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia — profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos — manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público.

Impõe-se, desse modo, que o Supremo dê passos decisivos não só a propósito da plena restauração do mandado de injunção, mas, igualmente, evolua em outros temas constitucionais de grande relevo e impacto na vida do Estado e dos cidadãos.

**Conjur** — Com a expansão da legitimidade para permitir o questionamento da constitucionalidade de leis por parte de outros agentes que não a Procuradoria-geral da República, o Supremo tentou restringir a aceitação dos pedidos. Por que?

**Celso de Mello** — A Constituição de 1988 representou um passo importante na pluralização dos órgãos e agentes ativamente legitimados ao ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Com a ampliação da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta e com a ruptura do monopólio que pertencia, no passado, ao Procurador-Geral da República, pluralizou-se o debate constitucional, do que resultou um maior coeficiente de legitimidade política e social reconhecido aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, agora, outros setores expressivos da sociedade civil passaram a ostentar o poder extraordinário de ativar a jurisdição constitucional de controle em abstrato de que se acha investido o STF. Esse dado é importante, pois, como se sabe, o Supremo atua como verdadeiro legislador negativo no processo de controle abstrato de constitucionalidade, eis que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual, esta Corte exerce uma clara competência de rejeição, que provoca a exclusão do ato inconstitucional do sistema de direito positivo. É essencial, desse modo, que se pluralize o debate constitucional e que se aumente a participação da sociedade civil.

**ConJur** — O país, a Constituição, a doutrina e o quadro político mudaram. Mas o senhor diria que hoje já há um equilíbrio na relação entre os poderes? O Supremo já é o poder moderador?

**Celso de Mello** — O Supremo Tribunal Federal exerce uma típica função moderadora, como o evidenciam diversos precedentes firmados por esta Corte, especialmente naqueles casos em que se estabelecem situações de conflito entre o Executivo e o Legislativo da União, ou em que se registram os denominados conflitos federativos, que antagonizam os Estados-membros entre si ou que opõem tais pessoas políticas à União Federal, ou, ainda, naquelas situações de litigiosidade entre os Poderes da República. Essa, na realidade, é a confirmação do papel histórico do Supremo, tal como concebido pelos fundadores da República. Vale relembrar, no ponto, a célebre Exposição de Motivos de Campos Salles, então Ministro da Justiça do Governo Provisório da República, em texto, no qual, ao propor a edição do Decreto 848, de 1890, assinalava que o Poder Judiciário, no novo regime republicano, passaria a ostentar um perfil institucional mais expressivo, notadamente porque investido do poder de controle da constitucionalidade, das leis e dos atos dos demais Poderes do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, hoje, busca revelar-se fiel ao mandato que os Fundadores da República lhe outorgaram. É preciso agir com cautela, no entanto, para que o Supremo Tribunal Federal, ao desempenhar as suas funções, não incorra no vício gravíssimo da usurpação de poder.

**ConJur** — As mudanças devem-se a pessoas. Quem são os doutrinadores que contribuíram, eu sei que é impossível lembrar de todos, mas pelo menos alguns nomes que contribuíram para a evolução que o Supremo experimentou até chegar a esse ponto de agora?

**Celso de Mello** — São muitos os doutrinadores nacionais cujas lições, além de valiosas, têm corrido com expressivo suporte teórico destinado a aperfeiçoar esse processo de construção e elaboração de uma nova jurisprudência constitucional.

**ConJur** — Então, inverto. Tivemos aqui durante cerca de 28 anos, um ministro que, de certa forma, no arco ideológico, antagonizava com o seu perfil, que é o ministro Moreira Alves. Contudo, ele é reconhecido como uma espécie de liderança, voto condutor em diversas matérias. Qual foi a contribuição de Moreira Alves para...

**Celso de Mello** — Moreira Alves foi um dos mais notáveis ministros que o Supremo Tribunal Federal já teve ao longo de sua história. Foi meu professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP, na velha Academia do Largo de São Francisco.

**ConJur** — Ele lhe dava boas notas?

**Celso de Mello** — Ele foi um grande professor, um professor muito querido pela nossa turma. Didático e profundo, ele nos atendia com a máxima solicitude, demonstrando a sua inteira dedicação ao magistério jurídico. Não hesito em dizer que ele foi, realmente, um grande professor e um notável ministro do Supremo Tribunal Federal. Eventuais dissensões de fundo doutrinário ou de caráter ideológico apenas refletem uma constante que se tem revelado, historicamente, no itinerário que o Supremo tem cumprido ao longo da República.

**ConJur** — Qual é a contribuição do atual decano Sepúlveda Pertence à doutrina do Supremo de hoje?

**Celso de Mello** — Tem sido extremamente importante no delineamento e na formação da jurisprudência do Supremo. Essa importância resulta não só do grande preparo intelectual de Pertence, de sua notável experiência profissional, mas, também, do fato de ele estimular a Corte a debater novas teses e abrir-se, sem quaisquer preconceitos, a uma nova visão em torno de problemas impregnados de alta relevância jurídica, social e política.

**ConJur** — Em matéria penal... ele foi voto condutor em que matérias?

**Celso de Mello** — A participação do ministro Pertence tem sido muito fértil em diversas áreas da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que hoje ocorre, entre nós, por exemplo, com o

ministro Gilmar Mendes, que é o grande doutrinador da Corte, notadamente no domínio e exposição das técnicas de controle de constitucionalidade.

**ConJur** — O senhor identificaria algum aspecto mais objetivo dessa contribuição?

**Celso de Mello** — O ministro Gilmar Mendes, no desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade, tem suscitado teses cujo exame vem propiciando a abertura de novas vias nessa delicada tarefa de fiscalização jurisdicional dos atos do Poder Público.

**ConJur** — Outro nome bastante citado na mídia e dentro dessa fase de maior visibilidade do Supremo é do ministro Marco Aurélio. Qual a contribuição que ele deu?

**Celso de Mello** — O ministro Marco Aurélio também tem sido outra figura importante na construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O fato de ele, em alguns momentos, proferir votos vencidos sobre questões polêmicas, não desautoriza esta minha afirmação. Aquele que vota vencido não pode ser visto como um espírito isolado nem como uma alma rebelde. Como enfatizava Raymundo Faoro, o voto vencido constitui “o voto da coragem, de quem não teme ficar só”. Aquele que vota vencido deve merecer o respeito de seus pares e de seus contemporâneos, pois a História tem registrado que, nos votos vencidos, reside, muitas vezes, a semente das grandes transformações.

**ConJur** — O senhor acredita que bandeiras defendidas por ele, como, por exemplo, a oposição à prisão civil por dívida do depositário infiel, ou a obrigatoriedade da prisão enquanto se apela, como aconteceu com a progressão de regime nos crimes hediondos, podem vir a se tornar também entendimento coletivo?

**Celso de Mello** — Entendo que sim. É bastante alta tal probabilidade.

**ConJur** — Qual é a contribuição para a doutrina do Supremo de 2006 do ministro Celso de Mello?

**Celso de Mello** — Apenas a firme disposição de trabalhar muito e de exercer, com responsabilidade, as graves funções de meu cargo.

**ConJur** — Os seus colegas citam bastante o trabalho na área dos direitos fundamentais, das garantias individuais e o entendimento de que a Constituição vale em todo o país, que não há ilhas isentas, imunes à Constituição..

**Celso de Mello** — O Supremo Tribunal Federal não pode permitir que se instaurem círculos de imunidade em torno do poder estatal, sob pena de se fragmentarem os direitos dos cidadãos, de se degradarem as instituições e de se aniquilarem as liberdades públicas. No regime democrático há, nem pode haver, qualquer instância de poder que se sobreponha à autoridade da Constituição e das leis da República.

**ConJur** — Sobre o desenvolvimento do atual perfil do Supremo, constata-se que é um Tribunal com muito mais visibilidade que antes. Nesse tocante



chegamos à TV Justiça, que é um advento recente, mas que contribui. Como o senhor examina o papel da TV Justiça?

**Celso de Mello** — A TV Justiça incorporou, ao cotidiano dos cidadãos, a realidade do Poder Judiciário, expondo-o ao escrutínio público, como convém a um regime político fundado em bases democráticas. A visibilidade do poder do Estado representa um dos pressupostos de legitimação material de seu próprio exercício.

**ConJur** — Mesmo com o redimensionamento do papel do Supremo, numa perspectiva histórica ainda há resistência quanto à sua independência. Isso aparece em um momento em que há quem exija ou peça o patriotismo ao Supremo, no sentido de que haveria uma certa responsabilidade da governabilidade deste se antepondo aos ditames da Constituição. O senhor acredita que o ministro do Supremo deve colocar em igual patamar a letra da Constituição e a preocupação com a governabilidade?

**Celso de Mello** — A preocupação com a governabilidade deve representar um valor a ser considerado nas decisões dos ministros do Supremo. Mas os juízes desta Corte têm um compromisso mais elevado no desempenho de suas funções e esse compromisso traduz-se no dever de preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos. O Supremo Tribunal, como intérprete final da Constituição, deve ser o garante de sua integridade. Atos de governo fundados em razões de pragmatismo político ou de mera conveniência administrativa não podem justificar, em hipótese alguma, a ruptura da ordem constitucional. Cabe, a esta Corte, impedir que se concretizem, no âmbito do Estado, práticas de cesarismo governamental ou que se cometam atos de infidelidade à vontade suprema da Constituição.

## QUESTÕES DE CONCURSO

**1. (MP/RJ. XXIV Concurso. Específica)** Distinguindo a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, enquadre os processos de inventário e os de arrolamento previstos no Capítulo IX, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

**2. (TJ/RJ. XXII Concurso)** Há, na jurisdição voluntária, somente a administração de interesses privados, controvérsia ou litígio, contendores ou litigantes, sucumbência ou vencedor e vencido com condenação em honorários e formação de coisa julgada?

E qual a razão legal da presença obrigatória do Ministério Público? Justificar.



## AULAS 5 E 6: A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (PROCESSO X TEMPO)

### INTRODUÇÃO

“Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate”<sup>20</sup>.

A existência de normas jurídicas (direito objetivo) não é suficiente para garantir, por si só, o bem estar na sociedade. Muitas vezes, se torna imperiosa a atuação do Estado, seja através da tutela administrativa ou da tutela jurisdicional para a garantia dos direitos assegurados aos membros da sociedade. De fato, a atividade jurisdicional do Estado é hoje o mais importante instrumento de tutela do direito, ou melhor, do bem estar social. Devido a sua notória importância, a atividade jurisdicional deve se desenvolver da forma mais eficaz com o fim de concretizar o bem comum.

Muito antes da evolução do processo para sua atual missão política e social, voltada para a instrumentalidade e a efetividade, CHIOVENDA já preconizava que o ideal do processo deveria ser “dar a quem tem direito” o quanto possível e, de forma prática, tudo e exatamente aquilo que tivesse direito<sup>21</sup>. Com razão, é de se perceber que o processo, instrumento de realização dos direitos, somente obtém êxito integral em seu mister quando for capaz de gerar, na realidade social, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas.

Daí dizer que o processo ideal é aquele que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da exata prestação devida. Assim, se determinada pessoa é credora de uma obrigação de não-fazer, o ordenamento deve dispor de mecanismos hábeis a impedir que o devedor descumpra essa obrigação. Eventual conversão em perdas e danos não satisfaz, por completo, os ideais perseguidos pelo processualista moderno. À guisa de exemplo, basta pensar em eventuais danos causados ao meio-ambiente (direitos difusos), em que uma tutela preventiva (inibitória) é bem mais eficaz do que atutela pelo equivalente monetário.

Conforme já referido, o Direito Processual, através de suas normas e princípios, atinge hoje a denominada fase instrumentalista, não podendo mais ser visto apenas como ramo meramente técnico para realização do direito material, mas sim como meio efetivo e célere para produzir justiça entre os membros da sociedade. Destarte, considera-se principalmente o modo com o que

<sup>20</sup> COUTURE, Eduardo. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, s/ed., 1945, p. 37. Apud CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

<sup>21</sup> *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che gli ha diritto di conseguire*” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare” In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110).



os seus resultados chegam ao jurisdicionado. É dentro desta perspectiva que surge a questão do acesso à justiça<sup>22</sup> (acesso à uma ordem jurídica justa), em que se buscam novos instrumentos para que maior número de pessoas sejam admitidas a demandar e a defender-se adequadamente, superando obstáculos jurídicos, sociais e econômicos que, por ventura, encontre em seu caminho.

Por outro lado, é importante observar que um fator negativo, em especial, tem sido considerado como obstáculo quase que insuperável para que tenhamos um processo efetivo: o fator tempo. A lentidão da justiça traz consequências danosas para toda a sociedade em todos os seus setores<sup>23</sup>. Não foi à toa que nosso legislador constituinte derivado, recentemente, alçou o princípio da razoável duração do processo (Emenda Constitucional nº 45/05) à categoria de norma constitucional, alterando, assim, o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 e fazendo a inclusão no seu inciso LXXVIII à exigência de que todo processo judicial tenha um prazo de duração razoável.

## LEITURA BÁSICA

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Parte I. Cap. VI: “Jurisdição”, p. 82-96.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte II Capítulo 5: “Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela do Direito Material e ao Caso Concreto”, p. 240-265.

## LEITURA COMPLEMENTAR

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Parte II. Cap. I, p. 41-83. “Tutela Jurisdicional. Conceito. Espécies”.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 797-837.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 838-875.

<sup>22</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Civis e Ação Civil Pública*, 1ª edição. Rio de Janeiro, Forense. 1999. Em recente trabalho, com o qual conquistou a cátedra da disciplina Teoria geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor nos leciona que: “Após um breve balanço histórico, especialmente dos movimentos que levaram à organização do Estado democrático de hoje, pode-se verificar nitidamente que as diversas premissas assentadas para garantir um efetivo acesso à justiça serviram de base para a elaboração de um novo arcabouço jurídico em diversos países democráticos, independente do sistema jurídico a que eles se vinculam, romano germânico ou da common law.”

<sup>23</sup> CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Realiza importantes observações sobre as consequências da lentidão do processo para a sociedade.



## EMENTÁRIO DO TEMA

- Distinção entre jurisdição e tutela jurisdicional.
- Classificação da Tutela Jurisdicional.
- Tutela Jurisdicional Antecipada.
- Tutela Específica nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

## NOTA AO ALUNO

*“Enquanto a efetividade dos direitos exige uma atuação extremamente ágil e rápida por parte do Poder Judiciário, a busca da segurança jurídica demanda cautela, cuidado e, acima de tudo, tempo.”<sup>24</sup>*

Inúmeras reformas foram feitas em nossa legislação processual com a finalidade de obter um processo mais efetivo. Dentre as diversas alterações feitas, na presente aula, destacamos a introdução, no direito brasileiro, dos institutos da “tutela antecipada” (art. 273, CPC) e da “tutela específica” das obrigações de fazer e não fazer (art. 461, CPC), realizadas pela Lei. 8.952/94 (Reformas Processual de 1994) e, posteriormente, alteradas pela Lei. 10.444/02 (Reforma da reforma, que ampliou a incidência da tutela específica também para as obrigações de dar coisa certa 461-A, CPC).

Como acima referido, o tempo é um dos maiores entraves existentes para que se tenha um processo justo. Normalmente, os ônus causados pela morosidade da justiça recaem sobre o autor do processo, que necessita aguardar longos anos — às vezes até décadas — para receber aquilo que lhe está garantido pelo ordenamento jurídico. “Justiça tardia é justiça pela metade” é frase constantemente ouvida nos corredores forenses.

Malgrado a reclamação com a lentidão do processo seja quase que unânime, não se pode deixar de observar que, em quase todo processo, existe pelo menos uma parte — muitas vezes o réu — interessada em procrastinar a prestação jurisdicional. Assim, a legislação processual possui mecanismos para, em determinadas situações, inverter os ônus causados pela morosidade da justiça, quando o direito do autor estiver evidenciado no processo.

A tutela antecipada é uma espécie de tutela sumária, ou seja, aquela que é feita sem um grau de cognição de certeza absoluta do direito e sim com base no juízo de probabilidade, conforme previsto no art. 273 do CPC. Difere-se esta espécie de cognição da exauriente<sup>25</sup>, realizada na sentença, onde se busca um grau de certeza acerca do direito.

Não se pode confundir o instituto da tutela antecipada com a tutela cautelar, que há muito já estava expressamente prevista na legislação processual

<sup>24</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>25</sup> Classificação atribuída a WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Centro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

(vide Livro III do CPC/73). Contudo, é importante observar que as medidas antecipatórias já existiam de forma “camouflada”, “disfarçada” em nosso ordenamento, mesmo antes da nova redação do art. 273. Como exemplo, temos as liminares concedidas na ação de despejo, ação possessória, mandado de segurança, ação de alimentos e outras medidas anteriormente chamadas de “cautelares satisfativas”. Assim, por não haver expressa previsão de uma antecipação de tutela, doutrina e a jurisprudência, para assegurar a efetividade do provimento jurisdicional e o acesso à justiça, passaram então a admitir a concessão de “cautelares satisfativas”, normalmente concedidas através das ações cautelares inominadas. Com a adoção da tutela antecipada na reforma de 1994, o provimento antecipatório passou a ser admitido em todos os demais procedimentos previstos na legislação processual.

Embora relacionadas as situações em que o tempo aparece como grave obstáculo à efetividade do processo, tutela antecipada e tutela cautelar possuem finalidades diversas. De fato, o escopo da medida cautelar é a efetividade do processo principal que, sem a mesma, poderá ser inútil (exemplo: arresto dos bens de devedor que está dilapidando seu patrimônio). A tutela antecipatória, por sua vez, visa proteger o próprio direito, que corre o risco de perenir, já que há a antecipação dos efeitos da sentença proferida no final. A tutela antecipada é satisfativa; a cautelar, não. As tutelas satisfativas são aquelas que permitem a atuação prática do direito material, assegurando o bem comum da vida humana protegido pelo processo. Por sua vez, a tutela não-satisfativa é aquela que não protege o direito material, mas sim limita-se a assegurar a utilidade de um outro processo.

É válido observar que nem sempre a tutela antecipada terá como requisito o perigo na demora da prestação jurisdicional. Esta é apenas a primeira das hipóteses de concessão da tutela antecipada (273, I CPC), podendo, ainda, a tutela antecipada ser utilizada em hipótese de abuso de direito de defesa do réu (273, II) ou quando um ou mais dos pedidos realizados, ou parte de algum desses pedidos, for incontrovertido (273, § 6º do CPC). Em qualquer das três hipóteses, entretanto, deve ser demonstrado pelo requerente a probabilidade de existência de seu direito.

A nova redação do art. 461 do CPC, por sua vez, trouxe inovações expressivas, todas inspiradas no princípio da maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue. Até 1994, a alternativa que se oferecia ao credor para a impossibilidade de obter tutela específica era a de converter tal prestação em sucedâneo pecuniário de perdas e danos. Hoje, uma nova alternativa é apresentada, podendo se exigir do obrigado o estrito cumprimento da omissão ou da ação pela qual se obrigou, em face da lei ou do contrato, somente substituindo-se a prestação específica por outra que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A tutela específica pode ser também referida como tutela inibitória, embora, comumente, este termo esteja associado a obrigações de não fazer. Tecnicamente, contudo, ele comporta uma utilização mais ampla, como explicam Marinoni e Arenhart:

*“A tutela inibitória, contudo, não visa apenas a impedir um fazer, ou seja, um ilícito comissivo, mas destina-se a combater qualquer espécie de ilícito, seja ele comissivo ou omissivo. O ilícito, conforme a espécie de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, o que abre oportunidade, por consequência, a uma tutela inibitória negativa—que imponha um não fazer ou a uma tutela inibitória positiva —que imponha um fazer.”<sup>26</sup>*

O cumprimento das obrigações dessa natureza sempre foi muito dificultado pela falta de medidas coercitivas. Com as inovações trazidas a nosso direito, o juiz pode se valer de meios para conseguir o cumprimento específico dessas obrigações, de acordo com o disposto no art. 461 e seus parágrafos (a imposição de multa diária ou a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento).

Por fim, é importante observar que a concessão da tutela específica pode ocorrer em qualquer momento do processo (antecipação de tutela, na forma do artigo 273 do CPC) por intermédio de cognição sumária, ou mesmo na sentença, quando realizada a cognição definitiva.

O objetivo da presente e da seguinte é demonstrar o modo pelo qual esses dois institutos podem contribuir com uma prestação jurisdicional mais efetiva. Serão ainda abordadas diversas questões controversas relacionadas aos temas analisados.

Sem embargo, outras recentes reformas também contribuem para que se tenha uma processo mais efetivo. Dentre elas podemos destacar as mudanças no cumprimento de sentença (Lei nº 11.232/05) e na execução de título extrajudicial, com a previsão da chamada penhora *on line* de poupança (Lei nº 11.382/2006), bem como a informatização do processo judicial (processo eletrônico, Lei nº 11.419/06).

## ESTUDO DE CASO

**Caso 1:** O Ministério Público ajuizou demanda, com fundamento no estatuto do idoso (Lei. 10.741/03), objetivando compelir IRANI XXXX a submeter-se a uma transfusão de sangue, procedimento médico essencial para restabelecer a saúde do paciente idoso internado em hospital público. A família do demandado impedia, por motivos religiosos, que a transfusão fosse realizada.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 579; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 478 e 479.

Concedida a tutela antecipada determinando a transfusão, foi interposto agravo de instrumento por familiar representante do idoso, alegando que a decisão recorrida violou uma série de direitos fundamentais, tais como liberdade e privacidade e que o provimento seria irreversível (art. 273, par. 2º do CPC).

Como decidir o caso?

**Caso 2:** Em 1993, Cristiane XXXXXX ajuizou demanda com pedido de reparação de danos movida em face do Estado do Rio de Janeiro. Em trágico incidente, envolvendo tiroteio entre policiais e meliantes, a autora, com apenas 12 anos de idade na época, foi gravemente atingida, do que resultou lesão grave (tetraparalisia motora). Além dos danos materiais e morais, o réu foi condenado a obrigação de fornecer cadeira de rodas adaptada às necessidades da autora.

O acórdão transitou em julgado apenas em 24/02/2000, tendo iniciado a execução t em nov/00. Passados mais de 6 anos desde o início da execução, após diversas intimações e manifestações do Estado-Réu, ora esclarecendo que a responsabilidade pelo fornecimento seria da Secretaria de Estado de Saúde (fls. 342), ora pedindo especificações sobre a cadeira. o que foi atendido desde 11/03 (fls.328), pedindo prazo de 60 dias para o cumprimento (maio/04), a— agora com trinta anos de idade e grávida — ainda não havia recebido sequer a referida cadeira de rodas

Foi, então, determinada nova intimação do réu para o cumprimento da decisão (fls. 392), elevando-se a multa diária, que já havia sido fixada anteriormente para o valor de R\$ 600,00, sendo mais uma vez descumprida a decisão.

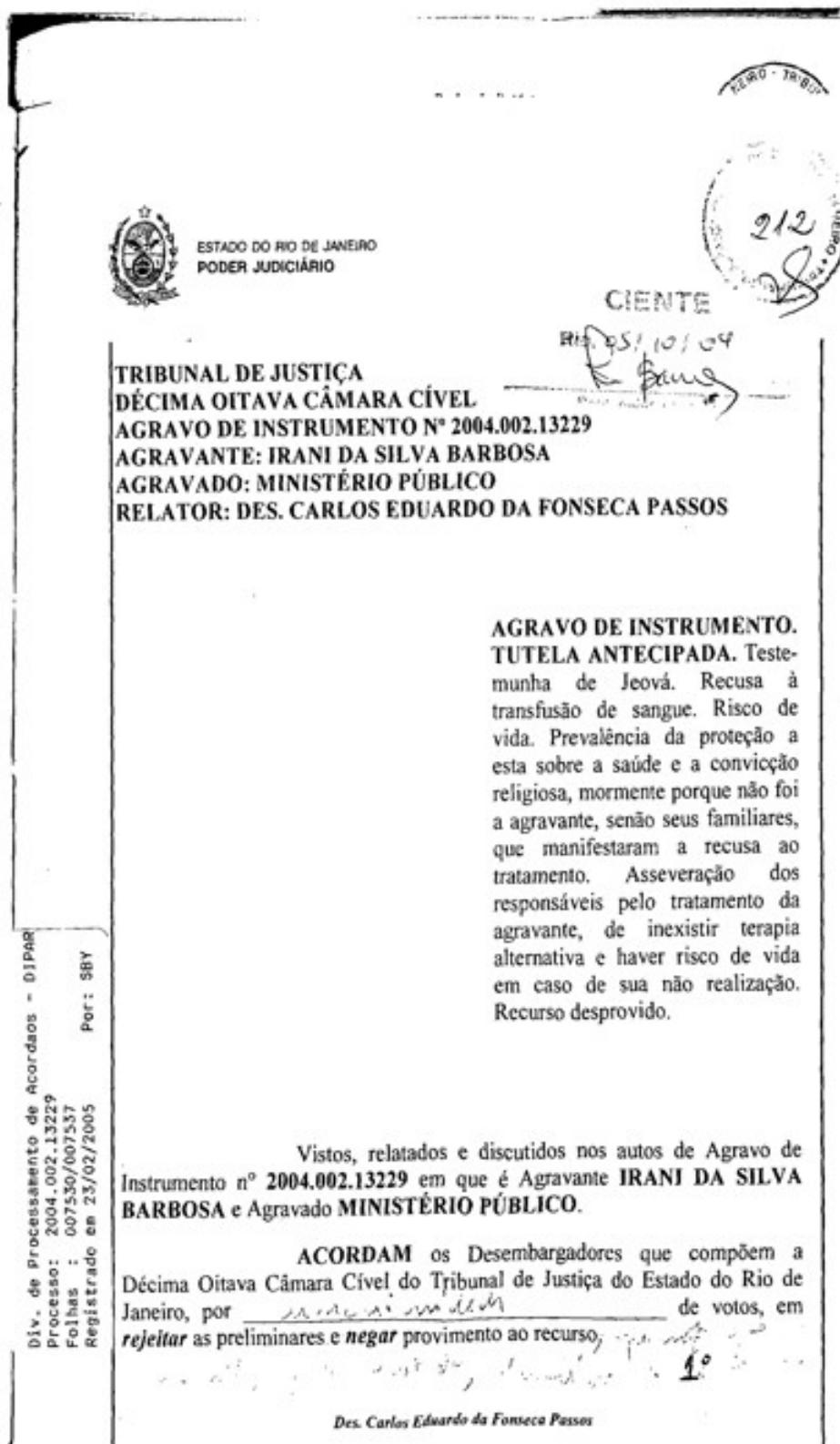
Assim, a autora apresenta petição na qual relata toda a desídia do réu e requer a penhora do numerário suficiente para compra de sua cadeira de rodas.

Considerando que a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública está sujeita a rito especial (art. 730, CPC), com sujeição à ordem de precatórios (art. 100, CRFB/88), seria possível que tal bloqueio em conta fosse realizado? Existe fundamento legal para que o requerimento seja acolhido?



## JURISPRUDÊNCIA

Referente ao caso nº 1:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

ESTADO - TRIBUNAL



2  
Trata-se de recurso interposto contra decisão interlocutória, que determinou a expedição de alvará judicial de autorização para realização de transfusão sanguínea e demais procedimentos médicos necessários ao restabelecimento da saúde da agravante, eis que, *in casu*, há de ser respeitada a razão de saúde pública referente à preservação da vida humana, em detrimento de eventual razão de ordem religiosa. Sustenta a agravante, que a decisão recorrida viola diversos direitos fundamentais, garantidos em sedes constitucional e infraconstitucional. Acrescenta existirem tratamentos alternativos à terapia da transfusão, cujos riscos são inferiores àqueles decorrentes dela, sem qualquer prova do iminente risco de vida afirmado pelo agravado. Pede a reforma da decisão agravada, a fim de que cessem as transfusões.

Ao recurso foi negado o efeito suspensivo postulado, consoante decisão de fls. 87/88.

O Ministério Público apresentou contra-razões às fls. 199/202, com preliminares de não conhecimento.

Parecer da Procuradoria de Justiça, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, apreciam-se as preliminares de não conhecimento do recurso por suposta irregularidade de representação e estar prejudicado.

Com efeito, o art. 17, par. único, inciso II, do Estatuto do Idoso, permite que os familiares manifestem vontade em nome daquele, quando não tiver curador.

De outro turno, o recurso não está prejudicado, eis que objetiva impedir novas transfusões.

Assim, repelem-se as preliminares de inadmissibilidade.

Quanto ao mérito, o recurso deve ser desprovido.

TJ - 18º C.C.  
AG 13229/2004  
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

2008-001-0001



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO



4  
E os autos atestam que a alternativa, no momento, sob o ônus de risco de vida, é a transfusão. Não há elementos, que assegurem a adoção de outros meios.

Por fim, não obstante o respeito à convicção religiosa de cada um, entre os dois bens jurídicos tutelados, prevalece a vida sobre a liberdade, até porque não foi a agravante que manifestou a recusa ao tratamento, mas seus familiares.

Ante o exposto, rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1987

DES. JORGE LUIZ HABIB

Presidente

*sua*  
*voto*

DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS  
Relator

Participaram também do julgamento os(as)

Desembargadores(as):

Des. Marco Antonio Ibrahim (Vogal) *verificado*

Des. Célia Meliga Pessoa (Vogal) *verificado*



Poder Judiciário  
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Décima Oitava Câmara Cível



AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 2004.002.13229  
AGRAVANTE: IRANI DA SILVA BARBOSA  
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

VOGAL - DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Constitucional. Civil. Transfusão de sangue não autorizada. Direito à privacidade e intimidade. Manifestação expressa de recusa à terapia transfusional. Seja, ou não, por motivo religioso a vontade do paciente deve ser respeitada porque não há conflito real entre o direito à autodeterminação a tratamento médico e o direito à vida. Todos os especialistas brasileiros e estrangeiros concordam com a afirmativa de que a transfusão sanguínea não é procedimento isento de risco de contaminação mortal do paciente, seja por vírus, seja por infecção bacteriana. Viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra sua vontade, especialmente se existe tratamento alternativo e não há prova cabal de risco à vida do mesmo. Exegese do art. 15 do novo Código Civil que determina que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica*.

VOTO VENCIDO

Ousei divergir da dota maioria, dès que o caso dos autos refoge àquelas hipóteses contradícas no dia-a-dia forense em que parentes se recusam a permitir que médicos promovam transfusão sanguínea em paciente com risco de morte.

Aqui, a própria paciente manifestou – lúcida e conscientemente – recusa ao tratamento proposto e o fez, não apenas por convicções religiosas, mas também, dados os riscos envolvidos no procedimento.



Poder Judiciário  
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Décima Oitava Câmara Cível



Segundo consta da prefacial, a agravante firmou um documento intitulado *Diretrizes para a Equipe Médica* em que se recusava, peremptoriamente, a receber transfusão sanguínea, autorizando, todavia, outros tratamentos com menores riscos de contaminação.

Dante disso e considerando que os familiares da agravante também desautorizaram a terapia transfusional foi acionado o Ministério Pùblico que – ao invés de defender os direitos da agravante que, sendo idosa está amparada pelo disposto no art. 17 do Estatuto do Idoso, - obteve do juiz a quo medida antecipatória de tutela autorizando a transfusão sem o menor contraditório!

A decisão agravada, coonestada pelo entendimento da maioria, golpeou fundo, data maxima verba, a dignidade humana da paciente que tem direito, legal e constitucionalmente garantido, a se recusar a receber tratamento desse jezez.

Não bastasse a recusa fundada em convicções religiosas, a agravante e seus familiares se insurgiram contra o referido tratamento que, sabidamente, traz riscos de alta contaminação.

Com efeito, poucos desconhecem que através de transfusões sanguíneas – mesmo aquelas cercadas de regulares testes preventivos – podem transmitir vírus do tipo HIV e Hepatite, bem assim doenças infecciosas por contaminação bacteriana.

Pode, ainda, a transfusão ser responsável pela instalação, no paciente, de HTLV-1 e HTLV-2; Citomegalovírus; TT-Vírus; Mal de Chagas, Malária; Toxoplasmose; Sífilis; Doença de Creutzfeldt-Jacob – a chamada Doença da Vaca-Louca, além de sobrecarga circulatória, reações hemolíticas, reações alérgicas, etc.

Poder Judiciário  
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Décima Oitava Câmara Cível



Quem quer que leia os jornais diários com ordinária atenção há de perceber que mesmo em Hospitais de grande porte, no Brasil e no exterior, há, freqüentemente, casos de contaminação por transfusão. Pois isso já seria suficiente para se respeitar a expressa vontade da paciente cujo direito de escolha deriva de norma constitucional. Direito à Privacidade. À intimidade. Direito à auto-determinação de tratamento médico. E se alguma dúvida inda existisse quanto a este evidentíssimo direito, veja-se que o novo Código Civil em seu art. 15 determina:

*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento medido o à intervenção cirúrgica.*

E isto é nada mais, nada menos que a expressão legal de um dos **Direitos da Personalidade** II mutilado e violado, às escâncaras, sem maiores fundamentos, pela decisão agravada.

A tese esposada na petição recursal (aliás, a mais perfeita, comovente e bem instruída que tenho visto em mais de vinte e cinco anos de experiência forense) conta com o apoio de abalizada doutrina como aquela capitaneada por CELSO RIBEIRO BASTOS que asseverava o respeito à liberdade do paciente em casos tais, reputando indevida a atuação do Estado contra um direito de magnitude, digo eu, supra-constitucional. No mesmo sentido, irresponsável parecer do doutíssimo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.

Mas nem só por isso merecia reforma a decisão agravada. Há mais: Li e reli os autos e neles não se vê qualquer prova convincente de que se está diante de hipótese de **imediato risco de morte da paciente**. E mesmo a resposta que, muito prudentemente, exigiu o eminentíssimo Relator, sobre a possibilidade de terapias alternativas, foi respondida de forma evasiva pela médica responsável que afirmou (fls. 168) que não há outra alternativa mais eficaz que a transfusão. Ora então há alternativa...



*Poder Judicírio  
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Décima Oitava Câmara Cível*

Cabe observar, por fim, que o próprio Conselho Federal de Medicina tem exposto entendimento segundo o qual, nestes casos, se deve respeitar a vontade do paciente e seus familiares e o tem feito, decerto, porque é fato público e notório que as transfusões de sangue trazem grave risco de contaminação, ainda que precedidas dos testes ordinários de prevenção.

O Direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, à dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de outra (e desconhecida) pessoa.

Diante do exposto votava no sentido de dar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 2004

  
DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM  
Vogal *Assinatura*



Referente ao caso nº 2:

Proc.1993.001.040100-3

Autora: Cristiane XXXXXXXXX

Réu: Estado do RJ

**DECISÃO**

(...)

O não-cumprimento da decisão judicial, da qual a autoridade competente foi diversas vezes intimada, não só causa perplexidade frente à multa pessoal já estabelecida, como caracteriza ato atentatório à dignidade da Justiça, a teor do art. 14, parágrafo único do CPC.

A omissão em apreço caracteriza, em tese, crime de prevaricação, autorizando que a referida autoridade seja detida e conduzida à autoridade policial para lavratura de termo circunstanciado e demais providência penais.

Tal medida, entretanto, tem se revelado inócuas, eis que, por inúmeras vezes, foram expedidos mandados de condução em feitos desta natureza, sem que surtissem os frutos objetivados com a medida, qual seja, o cumprimento forçado da obrigação de fazer pela autoridade intimada, representante da ré, caracterizando afronta não só à dignidade da Justiça, mas também à dignidade da pessoa humana que, no caso em tela, fica desprovida da cadeira de rodas de que necessita para dar regular prosseguimento à sua vida com autonomia, **mormente considerando que a autora é atualmente mãe de um bebê, conforme relatado à fl. 371.**

Resta, assim, adotar entendimento recente do STJ, no sentido de que, estando em jogo valores constitucionalmente assegurados ao cidadão, como é o caso da dignidade da pessoa humana, impõe-se o deferimento do bloqueio, em conta corrente, de verba pública suficiente para aquisição da cadeira de rodas. Primazia, *in casu*, do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à saúde e à vida, sobre princípios de direito financeiro e administrativo, tal como o previsto pelo art. 100 da CF/88.

**Processo**

REsp 746781 / RS ; RECURSO ESPECIAL  
2005/0072519-8

**Relator(a)**

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

**Relator(a) p/ Acórdão**

Ministro LUIZ FUX (1122)

**Órgão Julgador**

T1 — PRIMEIRA TURMA

**Data do Julgamento**

18/04/2006

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 22.05.2006 p. 164

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.*

*1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a portador hipossuficiente de Isquemia cerebral crônica, medidas executivas asseguratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.*

*2. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz de ofício ou a requerimento determinar as medidas asseguratórias, como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos, objetos da tutela deferida e providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.*

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: “Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recurso indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo

indispensáveis à vida do paciente.”

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional, para ser efetiva, deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado que, condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na disponibilização em favor do recorrido da quantia de R\$ 542,64 (quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori, tentregue por ato de império do Poder Judiciário.



#### 9. Recurso especial desprovido.

Atento ao entendimento acima citado, defiro o pedido de bloqueio em conta do valor de R\$ 8.090,32 (oito mil e noventa reais e trinta e dois centavos), ora realizado on-line., conforme minuta em anexo, necessário para a aquisição da cadeira de rodas indicada nos termos do laudo de fls. 328., eis que o valor pretendido (R\$16.000,00) não possui prova suficiente a embasar a pretensão.

Deverá a parte autora comprovar, através da juntada da respectiva nota fiscal, a aquisição da mesma no prazo de 15 dias após a expedição do mandado de levantamento.

Providencie a Serventia a transferência da referida quantia para o Banco do Brasil, agência Palácio da Justiça, oficiando-se.

Expeça-se ofício à Central de Inquéritos do Ministério Público, instruído com cópia desta decisão e as peças citadas, referentes ao crime, em tese, de prevaricação, para que sejam tomadas as devidas providências em face da autoridade indicada.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2006.

**Gustavo Bandeira**  
*Juiz de Direito*

Jurisprudência em sentido contrário:

REsp 784188 / RS ; RECURSO ESPECIAL

2005/0160317-2

**Relator(a)**

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

**Órgão Julgador**

T1 — PRIMEIRA TURMA

**Data do Julgamento**

25/10/2005

**Data da Publicação/Fonte**

DJ 14.11.2005 p. 230

**Ementa**

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR

(CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO

ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no REsp 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005.

2. Todavia, não se pode confundir multa diária (astreintes) com bloqueio ou seqüestro de verbas públicas. A multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. Já o seqüestro (ou bloqueio) de dinheiro é meio executivo de sub-rogação, adequado à obrigação de pagar quantia, por meio do qual o Judiciário obtém diretamente a satisfação da obrigação, independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. 3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciários), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 4. Recurso especial provido.



Rcl 2363 / PA — PARÁ

RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 23/10/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

RECLTE.(S) MUNICÍPIO DE CAPITÃO POÇO

ADV.(A/S): ALFREDO AUGUSTO CASANOVA, NELSON RIBEIRO  
E OUTRO (A/S)

RECLDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO

DA 8º REGIÃO

INTDO.(A/S): IRANEIDE GALDINO MOREIRA E OUTRO (A/S)

Ementa

**E M E N T A: RECLAMAÇÃO.** 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de constitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente



## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (TJ/RJ. Prova Preliminar. XLI Concurso) Joaquim, na qualidade de vizinho de Auto-Posto Central, foi vencedor em ação de obrigação de fazer, cujo pedido era de realização de obras necessárias à segurança da atividade do réu. Intimado para o cumprimento, o vencido quedou-se inerte, mesmo com a imposição de multa. O Juiz, de ofício, determinou a interdição do estabelecimento, sem que tal medida houvesse sido discutida em qualquer fase do processo. Comente a decisão, indicando os dispositivos legais pertinentes.

2. (OAB/RJ— 8º CONCURSO) O *fumus boni iures* e o *periculum in mora* são elementos essenciais à obtenção de:

- a. Sentenças definitivas mandamentais
- b. Tutela cautelar considerando a urgência
- c. Sentenças declaratórias
- d. Decisão interlocutória

3. (MP/RJ. 27º Concurso. Específica) Defina e distinga tutela cautelar, tutela antecipatória e julgamento antecipado da lide.

4. (TJ.RJ XXVI Concurso) Qual o sentido e o alcance dos pressupostos de verossimilhança e irreversibilidade em matéria de antecipação de tutela? Responda, fundamentadamente, referindo os dispositivos legais pertinentes.



## AULAS 7 E 8: COMPETÊNCIA

### INTRODUÇÃO

A jurisdição, enquanto função estatal, é essencialmente una. Contudo, seu exercício exige que, na prática, ocorra uma divisão de trabalho entre os diversos órgãos que compõe nosso Poder Judiciário. Todos os órgãos do Poder Judiciário exercem jurisdição, mas, obviamente, nem todos serão competentes para examinar determinado litígio. Seria, aliás, um contra-senso que se criasse numerosos órgãos distribuídos por todo esse vasto e complexo sistema que é o aparelho judiciário e, em seguida, a lei facultasse a qualquer deles exercer, indistintamente, a jurisdição.

Essa divisão de competência entre diferentes órgãos do Judiciário é realizada por intermédio de um critério racional que busca estabelecer regras para facilitar o exercício da Jurisdição.

Em termos técnicos, quando nos referimos a competência, estamos tratando do *“conjunto de limites dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional.”*<sup>27</sup> Como se nota, a noção de competência resulta de uma distribuição de funções, ou melhor, de uma limitação de funções. Na medida em que a lei divide e distribui, ela necessariamente limita. Cada órgão do Judiciário recebe a sua parcela de função e, desse modo, só está habilitado a exercer as funções contidas nesses limites. Isso ocorre não porque lhe falta jurisdição, mas sim porque lhe falta competência. Poderíamos, então, dizer que a jurisdição é genérica e a competência é específica. Na medida em que o legislador delimita as atribuições de determinado órgão do Judiciário, ele está definindo a competência daquele órgão para determinadas funções e proibindo-o de exercer outras.

Será visto, mais à frente, que o processo tem como um de seus pressupostos de existência a presença de um órgão investido de jurisdição. De fato, isso é o bastante para que o processo exista, mas não para que se desenvolva validamente. Entre outros pressupostos processuais de validade, é necessário que o órgão investido de jurisdição, mediante o qual se propõe determinada demanda, tenha competência para examiná-la.

O objetivo da presente aula é apresentar ao aluno os critérios utilizados para que seja fixada a competência para o julgamento de determinada causa, bem como dos modos pelos quais a distribuição de competência é realizada na prática. Serão abordados, ainda, outros assuntos afeitos ao tema, como as hipóteses de prorrogação, prevenção e conflito de competência.

<sup>27</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 98.



### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulos 25 e 26: “Competência: Conceito, Espécies, Critérios Determinativos” e “Competência Absoluta e Relativa”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. VI: “Jurisdição”, § 10 Competência, p. 92— 114.

### LEITURA COMPLEMENTAR

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. Capítulo V: “Competência”.

MARCATO, Antonio Carlos. “Breves considerações sobre jurisdição e competência”. Artigo disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2923> em 12.12.2006.



## EMENTÁRIO DO TEMA

- Conceito e Critérios de Fixação
- Distribuição de Competência
- Incompetência Absoluta e Relativa
- Prorrogação de Competência. Causas de Prorrogação. Prevenção
- Declaração de Competência
- Conflito de Competência

## NOTA AO ALUNO

Imagine que você esteja formado, logrou êxito em seu exame da OAB e se encontra agora em seu escritório de advocacia. Ao receber seu primeiro cliente, ele lhe apresenta determinada situação jurídica que dará ensejo à sua primeira demanda. Contrato de honorários advocatícios devidamente assinado, só resta agora distribuir a petição inicial. Contudo, surge uma dúvida: a qual órgão de nosso imenso Poder Judiciário a petição deve ser direcionada?

Em termos práticos, na maioria das vezes, não há maiores dificuldades para determinar o juízo competente para determinado caso. Todavia, em determinadas situações, essa será tarefa das mais árduas, em especial devido ao complexo sistema de organização judiciária existente em nosso país. Não basta ao advogado conhecer a Constituição da República e a legislação processual. Inúmeras vezes é preciso ter em mãos o regimento interno e o código de organização judiciária do tribunal onde a demanda será proposta e, em outras, saber como a jurisprudência se posiciona sobre determinado assunto. Não é à toa que freqüentemente diferentes órgãos de nosso Judiciário discordam sobre a matéria referente à competência jurisdicional e surge, assim, o denominado “conflito de competência”.

Diversos critérios de fixação de competência são utilizados pelo legislador ao estabelecer regras genéricas de divisão de competência: em razão da matéria, do valor da causa, da qualidade de uma das partes, critério funcional, territorial. Mas será que há um processo lógico para que, praticamente, seja determinada a competência para julgar determinada causa, ou melhor, para realizar determinado ato processual<sup>28</sup>?

Assim, o primeiro questionamento que se faz é no plano internacional. É preciso saber se cabe à Justiça Brasileira conhecer a causa. No processo civil brasileiro, a competência internacional é determinada pelos artigos 88 e 89 do CPC. Nas hipóteses do art. 88, temos a chamada competência internacional concorrente. Através dela existe a possibilidade de, se for o caso, a Justiça de outro país poder, também, se considerar competente. Já nos casos do art. 89, a competência da Justiça brasileira é exclusiva e, então, nosso ordena-

<sup>28</sup> Não se pode perder de vista que num mesmo processo, diferentes órgãos do Poder Judiciário irão realizar atos diversos. Um órgão irá proferir sentença, outro analisar o recurso, um terceiro cumprir a carta precatória, etc.



mento jurídico só reconhece a competência do juiz brasileiro para conhecer a causa. Nessas situações do art. 89, se a causa for julgada em outro país, não será possível que ocorra a homologação da sentença estrangeira no momento em que a pessoa pretender dar efeitos dessa sentença no território brasileiro pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma vez reconhecida a competência da Justiça brasileira, será necessário definir a competência constitucional interna. Consultando a Constituição, que indica as atribuições das Justiças Especiais, será então verificado se estamos diante de hipótese de julgamento de alguma das Justiças Especiais (Eleitoral, Militar e Trabalhista) ou da Justiça Comum (Federal ou Estadual). As atribuições da Justiça Estadual não estão enumeradas analiticamente na Constituição, mas a elas se chega por exclusão.

Na terceira etapa, serão apresentados os diversos critérios utilizados para a fixação de competência: territorial, objetivo (pessoa, matéria ou valor da causa) e funcional irão incidir concomitantemente. Normalmente, o primeiro critério a ser observado é o territorial e, assim, deve ser verificado em qual comarca (Justiça Estadual) ou seção judiciária (Justiça Federal) deve o feito ser julgado. Como se sabe, o território brasileiro é dividido em circunscrições judiciárias. Aqui é comum encontrar a expressão “foro competente”, que indistintamente pode ser utilizado para se referir a comarca ou seção judiciária.

Se no foro competente para julgamento do feito só existir um órgão jurisdicional, o que é algo muito raro em nosso Estado, mas ainda pode ser encontrado no interior (ex: Comarca de Italva ou Comarca de Natividade), o problema está encerrado. Todavia, normalmente, temos diversos órgãos jurisdicionais na mesma comarca ou seção e, então, consultando o código de organização judiciária e o regimento interno dos tribunais, poderá finalmente ser encontrado qual o juízo competente (essa divisão pode ser feita em relação a matéria, qualidade das partes, valor da causa<sup>29</sup>). Havendo mais de um juízo competente para a mesma matéria, a fixação da competência será feita por distribuição.

No estudo das questões relativas à competência, é preciso observar peculiaridades que podem existir nos diversos Tribunais. À guisa de exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, existe uma divisão territorial especial. Para facilitar o acesso à justiça, a Comarca da Capital (e agora também a Comarca de Niterói) é sub-dividida em diversos fóruns regionais. Assim, nesta Comarca, temos os fóruns regionais do Méier, Ilha do Governador, Barra da Tijuca, entre outros. Fenômeno semelhante ocorre em relação aos Juizados Especiais, muito embora a divisão destes não corresponda exatamente àquela feita em relação aos fóruns regionais.

A competência para julgamento de determinado feito é determinada no momento de ajuizamento da demanda, pelas regras existentes nesse momen-

---

<sup>29</sup> Note-se que a competência dos Juizados Especiais é estabelecida pela CRFB/88 e pelas L. 9.099/95 e 10.259/01. Todavia, nada impede que outras divisões em relação ao valor da causa sejam feitas em determinado tribunal, desde que respeitadas as regras presentes na Constituição e na legislação processual.

to, nos termos do art. 87 do CPC, que estabelece a regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Ainda que haja alguma mudança posterior — como, por exemplo, o réu mudar seu domicílio — a competência já estará fixada.

Esse fenômeno (*perpetuatio*) não deve ser confundido com o da “prorrogação de competência”. Esta, irá aparecer nas hipóteses em que determinado juízo não é originariamente competente para determinada causa, mas passa a ser. Realmente, isso irá ocorrer nos casos de incompetência relativa (nunca se a incompetência for absoluta), quando surgir algumas das hipóteses de modificação de competência (conexão, continência, inércia ou vontade das partes).

Na presente aula e na seguinte, trataremos ainda do conflito de competência, previsto no art. 115 do CPC, fenômeno processual que ocorre quando dois ou mais juízos se declaram competentes (conflito positivo) ou incompetentes (negativo) para julgar determinado feito ou ainda quando existe controvérsia entre dois ou mais juízos a respeito da reunião ou separação de processos (positivo ou negativo). Por fim, será feito, ainda que brevemente, uma distinção entre as hipóteses de conflito de competência e de atribuição.

## ESTUDO DE CASO

**Caso 1:** ROBERTO XXXXXX e OUTROS interpuseram Agravo de Instrumento objetivando a reforma de decisão proferida no Juízo de Direito da 1<sup>a</sup> Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca da Comarca da Capital, que rejeitou a exceção de incompetência interposta nos autos da Ação de Cobrança ajuizada pela CONSTRUTORA JÓIA LTDA (agravada) contra os ora agravantes.

Com efeito, a CONSTRUTORA JÓIA LTDA ajuizou ação de cobrança no foro regional da Barra da Tijuca (domicílio de um dos réus), sem que fosse observada cláusula contratual de eleição de foro que fixava o Foro Central da Comarca da Capital como competente para solucionar qualquer litígio referente ao contrato existente entre as partes. Os agravantes alegaram ainda que o juízo da 4<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca da Capital (Foro Central) estaria prevento, tendo em vista a existência de ação conexa proposta pelos agravantes, objetivando o cumprimento de obrigação de fazer.

Em 1<sup>a</sup> instância, a magistrada entendeu que o foro de eleição fora respeitado, porque o Foro Regional da Barra da Tijuca é parte integrante da Comarca da Capital, bem como reconheceu sua prevenção para apreciar a demanda, pois emitiu despacho positivo anteriormente ao exarado na Ação de Obrigaçāo de Fazer, em curso no Juízo de Direito da 4<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca da Capital, envolvendo as mesmas partes.

Nas razões recursais, os agravantes sustentam o desrespeito ao foro de eleição e alegam ter havido erro na informação prestada pelo juízo prevento, pugnando pelo reconhecimento da conexão e prevenção do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca da Capital. Além dos documentos exigidos pelo art. 525 do CPC, foram juntadas ao recurso a petição inicial da ação de obrigação de fazer (4ª Vara Cível) e a contestação da ação de cobrança (1ª Vara Cível do Foro da Barra da Tijuca).

Como você decidiria o presente caso?.

**Caso 2:** João Luiz suscitou conflito de competência em face dos Juízos Federais da 3ª Vara da Seção Judiciária de Cascavel/PR (TRF — 4ª Região) e da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo/SP (TRF — 3ª Região).

O suscitante ajuizou no Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo/SP, ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada em face da União Federal.

No decorrer do processamento da ação anulatória, houve ajuizamento de Execução Fiscal pela Fazenda Nacional perante a 3ª Vara da Seção Judiciária de Cascavel/PR, em 28/08/2001, objetivando o pagamento do débito discutido na ação anulatória proposta anteriormente em São Paulo, local da lavratura do auto de infração. O Suscitante, diante da conexão existente entre as referidas ações, bem como da prevenção do Juízo de São Paulo, requereu ao Juízo de Cascavel a remessa dos autos da Execução Fiscal para São Paulo. O pedido foi indeferido sob o fundamento de inexistência de prevenção do juízo e conexão de ações.

Em virtude da demora desta decisão, o autor ofereceu bens à penhora nos autos de Execução Fiscal. Os bens oferecidos foram devidamente aceitos, tendo a Fazenda Nacional requerido, como garantia, a realização de Praça Pública paraleilão dos mesmos. O requerimento da Fazenda Nacional foi deferido, com a designação dos dias para os leilões.

O autor, a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário discutido nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal em trâmite na 7ª Vara Federal de São Paulo e exigido em sede de Execução Fiscal em trâmite perante a 3ª Vara Federal de Cascavel, ajuizou Medida Cautelar com pedido de liminar, indeferida pelo Juízo de São Paulo. Irresignado com esta decisão, o autor interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo, deferido para suspender os leilões até posterior decisão que torne novamente exigível o débito tributário.

Assim, requereu o Suscitante o reconhecimento da conexão e da prevenção existente entre a ação anulatória de débito fiscal que tramita na 7ª Vara Federal de São Paulo/SP, e a Execução Fiscal que tramita na 3ª Vara Federal de Cascavel/PR, declarando competente o Juízo Federal da 7ª Vara de São

Paulo/SP, com o sobrestamento da Execução Fiscal até o julgamento final do presente Conflito de Competência.

Qual o Juízo apto para julgar o conflito de competência? Existe conexão entre as duas demandas? Deve o conflito ser conhecido? Como deve ser decidido?

## **JURISPRUDÊNCIA**

*Referente ao caso nº1*

AGRADO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONEXÃO. AUSÊNCIA DA PETIÇÃO INICIAL IMPEDE APRECIACAO DE EVENTUAL IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR OU PEDIDO. FORO DE ELEIÇÃO. VARAS REGIONAIS. COMPETÊNCIA FUNCIONAL-TERRITORIAL. ARTIGO 94, §7º CODJERJ. A conexão é causa de modificação da competência, devendo ser analisada a eventual identidade entre as causas de pedir e/ou pedidos pela apreciação das petições iniciais das demandas ditas conexas. A ausência dessas peças facultativas prejudica a análise da pretensão. O foro de eleição não pode indicar determinada vara regional, mas tão somente a comarca para solução dos conflitos, sob pena de ferir o princípio do juiz natural. A competência das varas regionais é de natureza absoluta, segundo critério funcional-territorial, não podendo ser derrogada ou modificada pela escolha das partes. Artigo 94, § 7º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Agravado de Instrumento *2005.002.11655* Relator DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA — Julgamento: 09/05/2006 — SEXTA CÂMARA CÍVEL).

Voto:

*Em verdade, o cerne da questão é verificar a aplicação do foro de eleição previsto no contrato de promessa de cessão de direitos firmado entre agravantes e agravada, bem como apreciar eventual conexão entre Ação de Obrigaçao de Fazer e Ação de Cobrança envolvendo as partes.*

*A conexão é causa de modificação da competência, devendo ser analisada a eventual identidade entre as causas de pedir e/ou pedidos, a teor do disposto no artigo 103, do Código de Processo Civil. Tal análise, na atual fase processual, deve ser realizada mediante apreciação das petições iniciais das demandas ditas conexas. A ausência dessas peças, apesar de facultativas, prejudica a análise da pretensão, eis que não haveria elementos que permitissem verificar se há risco de*



*decisões contraditórias e, evidentemente, a imperiosa necessidade de reunião dos processos.*

*Vê-se que os agravantes juntaram a petição inicial da ação de obrigação de fazer proposta por si e em curso no Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca da Capital e a contestação oferecida na ação de cobrança proposta pela agravada e em curso no Juízo de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca. Não veio, entretanto, a petição Inicial desta última ação, impedindo a apreciação da alegada identidade das causas de pedir e/ou dos pedidos a ensejar o eventual risco de decisões conflitantes que propiciaria a reunião dos feitos.*

*Torna-se, então, irrelevante para o julgamento deste recurso o equívoco na data informada do primeiro despacho positivo. É que a análise da prevenção depende da existência de conexão; impossibilitada esta fica prejudicada aquela.*

*O foro de eleição não pode recair em determinada vara regional, mas tão somente em comarca eleita para solução de eventual conflito entre as partes contratantes, sob pena de ferir o princípio do juiz natural.*

*Observa-se que, no presente caso, o foro eleito contratualmente pelas partes para a solução de eventual lide (fls. 78 — cláusula nona) foi a Comarca da Capital e, com efeito, a Foro Regional da Barra da Tijuca é integrante da Comarca da Capital, conforme discrimina o § 3º do artigo 94, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ).*

*Em verdade, as varas regionais são juízos de direito de uma mesma comarca, criados segundo critério de descentralização e com finalidade de facilitar o acesso ao Poder Judiciário (artigo 16, alínea “c”, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ)).*

*Ocorre que a competência das varas regionais é de natureza absoluta, segundo critério funcional-territorial, não podendo ser derrogada ou modificada pela escolha das partes, a teor do disposto no artigo 94, § 7º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ).*

*Em outras palavras, é lícito às partes elegerem a Comarca da Capital para solução de conflitos, mas lhes é vedado modificar aquele ou este foro regional ou central, sob pena de estarem a escolher aquele ou este juízo e, como dito, afrontarem o princípio do juiz natural.*

*Definida a comarca para tramitação da demanda, o juízo competente será definido pelas regras de natureza funcional e de caráter absoluto, segundo as normas de organização judiciária.*

*Portanto, não procede a alegação dos agravantes de que o foro de eleição indicaria o Foro Central da Comarca da Capital Aliás, os próprios agravantes deduziram este raciocínio na peça inicial (fls 54).*

*Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.*

Referente ao caso nº2

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 38.973 — SP (2003/0059884-0)

### EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. ART. 103 DO CPC. REUNIÃO DOS PROCESSOS. REGRA PROCESSUAL QUE EVITA A PROLAÇÃO DE DECISÕES INCONCILIÁVEIS. JUÍZOS TERRITORIALMENTE DIVERSOS. PREVENÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.**

1. Execução fiscal e prévia ação declaratória de nulidade do lançamento.

Conexão: Muito embora a ação anulatória não iniba a exigibilidade do crédito tributário (art. 585, § 1º do CPC), a conexão impõe a reunião das ações.

2. Constatada a conexão entre a ação de execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, é imperiosa a reunião dos processos para julgamento simultâneo, evitando-, assim, decisões conflitantes.

— 'O instituto da conexão provém da necessidade de segurança jurídica, bem como da aplicação do princípio da economia processual. A sua observância impede a produção de decisões conflitantes entre ações que contenham algum(ns) elemento(s) similar(es), mercê da economia processual propicia, evitando que vários juízes julguem concomitantemente causas semelhantes. Havendo, ainda que remotamente, a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes, ou alguma semelhança entre duas demandas, é conveniente que as ações sejam reunidas para fins de prolação de apenas uma sentença, princípio que se deflui do REsp nº 100.435/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 01.12.1997.

3. A citação válida determina a prevenção quando as ações tramitarem perante jurisdições territoriais diferentes (CPC, art. 219, *caput*).

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado.

**TRECHOS DO VOTO DO RELATOR. MINISTRO LUIZ FUX:** Cuida-se de conflito de competência suscitado por João Luiz Felix em face dos Juízos Federais da 3ª Vara da Seção Judiciária de Cascavel/PR e da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo/SP, com o escopo de que seja declarada a conexão e a prevenção existentes entre a ação anulatória de débito, que tramita na Seção Judiciária de São Paulo, e a execução fiscal, ajuizada na Seção Judiciária de Cascavel/PR.

Na conformidade da norma processual vigente, configura-se conexão entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade do objeto ou da causa de pedir, impondo a reunião das ações para julgamento em *unum et idem judex*, evitando, assim, a prolação de decisões inconciliáveis.

Nesse sentido, tivemos oportunidade de destacar:

“...é possível que duas ações mantenham em comum exatamente a mesma causa petendi, sustentando pedidos diversos. Assim ocorre, v.g., quando Caio pede, em face de Tício, numa ação, a rescisão do contrato e, noutra, a imposição de perdas e danos por força da infração de uma das cláusulas do contrato lavrado entre ambos.

Esse vínculo entre as ações por força da identidade de um de seus elementos, denomina-se, tecnicamente, de “conexão” e, conforme o elemento de ligação, diz-se “conexão subjetiva”, “conexão objetiva” ou “conexão causal.”

A consequência jurídico-processual mais expressiva da conexão, malgrado não lhe seja a única, é a imposição de julgamento simultâneo das causas conexas no mesmo processo (*simultaneus processus*). A razão desta regra deriva do fato de que o julgamento, em separado das causas conexas, gera o risco de decisões contraditórias, que acarretam grave desprestígio para o Poder Judiciário. Assim, v.g., seria incoerente, sob o prisma lógico, que um juiz acolhesse a infração contratual para efeito de impor perdas e danos e não a acolhesse para o fim de rescindir o contrato, ou ainda, que anulasse a assembleia na ação movida pelo acionista X e não fizesse o mesmo quanto ao acionista Y, sendo idêntica a causa de pedir.

O instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, evitar o risco das decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando são julgadas separadamente, podendo gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático.” (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 188/189).

No caso dos autos, verifica-se que a ação anulatória de débito foi auxiliada antes

de ser proposta a execução fiscal. Dessa forma, tem-se que se a ação anulatória preceder a execução, uma passa a exercer perante a outra inegável influência, prejudicial ao recomendar o *simultaneus processus*, já que são conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão que força a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis.

Aliás, a conexão por prejudicialidade é uma das formas de liame que impõe a reunião das ações para julgamento em *unum et idem judex*. Ressalte-se a respeito os comentários do processualista CELSO AGRÍCOLA BARBI:



"Como já vimos nos comentários aos artigos anteriores, especialmente ao art. 102, havendo conexão ou continência entre duas ou mais ações, de competência de juízos diferentes, elas devem ficar todas com um só juízo, que se tornará o único competente. Isto decorre de conveniência de serem decididas em 'simultaneus processus'.

Esse mesmo motivo leva a reunir as várias ações, em que haja conexão ou continência, quando tenham sido propostas em separado, mas perante o mesmo juízo. Com isto, ele as decidirá harmonicamente, evitando decisões contraditórias. " (in Comentários CPC, 1º vol. 2ª edição, p.465)

Em recentíssimos julgados, decidiu a 1ª Seção:

#### **“PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO.**

Dispõe a lei processual, como regra geral que é título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, VI do CPC).

Acrescenta, por oportuno, que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. (§ 1º, do 585, VI do CPC).

A finalidade da regra é não impedir a execução calcada em título da dívida líquida e certa pelo simples fato da propositura da ação de cognição, cujo escopo temerário pode ser o de obstar o processo satisfativo, desmoralizando a força executória do título executivo.

À luz do preceito e na sua exegese teleológica, colhe-se que, a recíproca não é verdadeira; vale dizer: proposta a execução torna-se despicienda e portanto falece interesse de agir na propositura de ação declaratória porquanto os embargos cumprem os desígnios de eventual ação autônoma.

Conciliando-se os preceitos, tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o *simultaneus processus*, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis.

O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo.

Refoge a razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada.

Reunião das ações no juízo suscitante da execução fiscal, competente para o julgamento de ambos os feitos.

Precedentes do E. STJ, muito embora nalguns casos somente se admita a conexão quando opostos embargos na execução e depositada a importância discutida.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul” (CC 31.963/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 05/08/2002)

(...)

Com efeito, quando se tratar de ações conexas ajuizadas em comarcas diferentes, torna-se prevento o Juízo que primeiramente realizou a citação válida, aplicando-se o disposto no art. 219, caput, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o seguinte precedente dessa Corte:

“Na hipótese dos autos, verifica-se que a Fazenda Nacional, antes de propor a ação de Execução Fiscal no Juízo Federal de Cascavel, contestou a ação anulatória de débito fiscal ajuizada pelo suscitante no Juízo Federal de São Paulo, tornando-se assim prevento esse Juízo. “Processual Civil. Ação Anulatória de Débito Fiscal. Execução Fiscal. Conexão. Continência. Reunião dos Processos. CPC, artigos 102, 103, 105, 106 e 585, § 1.º Lei 6.830/80 art. 38. Súmula 112/STJ.

1. Concomitantes as ações anulatórias e de execução fiscal, seja à força da conexão ou da continência, devem ser reunidas para apreciação simultânea, evitando-se composições judiciais contraditórias. A direção única do processo é via favorecedora, principalmente no caso, verificando-se que a Justiça Estadual tem competência para processar e julgar uma das ações e a Justiça Federal para as duas ações em curso.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Conflito conhecido, declarando a competência do Juízo Federal suscitado.” (CC n.º 28985/MG, rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ.: 28/05/2001 — p. 00145)

**“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONEXÃO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.**

I — O instituto da conexão provém da necessidade de segurança jurídica, bem como da aplicação do princípio da economia processual. A sua adoção tem a vantagem de impedir decisões conflitantes entre ações que contenham algum (ns) elemento (s) similar (es). Isso sem contar na economia processual que

gera, pois evita que vários juízes julguem concomitantemente causas semelhantes. Existindo ainda que remotamente — a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes, ou havendo alguma semelhança entre duas demandas, é conveniente que as ações sejam reunidas para fins de prolação de apenas uma sentença.

II — Constatada a conexão entre ação executiva fiscal e ação anulatória de débito fiscal ajuizadas em comarcas diferentes, determina-se a reunião dos feitos.

III — Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 100.435-SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, DJ de 01.12.1997).”

(...)

Isto posto, conheço do Conflito e declaro competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo/SP.

É como voto

#### *JURISPRUDÊNCIA. 2ª PARTE. SELEÇÃO DE JULGADOS.*

(a) Competência para Julgamento de mandado de segurança impetrado contra juiz de juizado especial.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO QUE ATUA EM JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a competência para processar e julgar ação mandamental impetrada contra ato de juizado especial é da respectiva Turma Recursal. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 302143 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2001/0010161-5. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. STJ. 5ª Turma. Julgado em 18/04/2006.

(b) Competência para Julgamento de mandado de segurança impetrado contra juiz de Turma Recursal de juizado especial.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR COLÉGIO RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL.

— Não possui o Tribunal estadual competência originária, nem recursal, para rever as decisões do Colégio Recursal do Juizado Especial.

Recurso improvido.

AgRg no RMS 17995 / MG ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0032903-0. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 02/02/2006.

(c) Ação Popular contra o CNMP. Illegitimidade. Incompetência do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal, resolvendo questão de ordem em petição, não conheceu de ação popular ajuizada por advogado contra o Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP, na qual se pretendia a nulidade de decisão, por este proferida pela maioria de seus membros, que prorrogara o prazo concedido, pela Resolução 5/2006, aos membros do Ministério Público ocupantes de outro cargo público, para que estes retornassem aos órgãos de origem. Entendeu-se que a alínea r do inciso I do art. 102 da CF (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal... I — processar e julgar, originariamente:... r) as ações contra o Conselho Nacional do Ministério Público;”), introduzida pela EC 45/2004, refere-se a ações contra os respectivos colegiados e não aquelas em que se questiona a responsabilidade pessoal de um ou mais conselheiros, caso da ação popular. Salientou-se, tendo em conta o que disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 4.417/65 (Lei da Ação Popular), que o CNMP, por não ser pessoa jurídica, mas órgão colegiado da União, nem estaria legitimado a integrar o pólo passivo da relação processual da ação popular. Asseverou-se, no ponto, que, ainda que se considerasse a menção ao CNMP como válida à propositura da demanda contra a União, seria imprescindível o litisconsórcio passivo de todas as pessoas físicas que, no exercício de suas funções no colegiado, tivessem concorrido para a prática do ato, ou seja, os membros que compuseram a maioria dos votos da decisão impugnada. Por fim, ressaltando a jurisprudência da Corte no sentido de, tratando-se de ação popular, admitir sua competência originária somente no caso de incidência da alínea n do inciso I do art. 102, da CF ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro, concluiu-se que, mesmo que emendada a petição inicial no tocante aos sujeitos passivos da lide e do pedido, não seria o caso de competência originária. Pet 3674 QO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 4.10.2006. (Pet-3674). Informativo 443 do STF.

(d) Ação objetiva Demarcação de Terras Indígenas e envolvimento de interesses de diferentes Pessoas Jurídicas de Direito Público. Competência do STF. Art. 102, I, f da CRFB/88.

O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em reclamações ajuizadas contra Juízos Federais da 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Varas da Seção Judiciária do Estado de Roraima, que reconheceram sua competência para processar e julgar diversas ações — ação popular, ação civil pública e ações possessórias — que têm por finalidade a declaração de nulidade do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que homologou a Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, que demarcou a área indígena denominada Raposa Serra do Sol. Na linha de precedentes da Corte, entendeu-se caracterizada a hipótese de conflito federativo prevista no art. 102, I, f, da CF (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal. I — processar e julgar, originariamente: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;”), já que o objeto da citada ação popular, assim como dos feitos processuais dela originados, estaria colocando pessoas de estatura federativa, quais sejam, a União e o Estado de Roraima, em posições temerariamente antagônicas. Ressaltou-se que a impugnação da validade jurídica da referida Portaria acarretaria uma situação de desconsideração da competência constitucional da União para efetuar os procedimentos de demarcação de áreas indígenas (CF, art. 231), bem como lesão ao princípio da homogeneidade federativa. Asseverou-se, ainda, que o fato de a ação popular ter sido proposta por particulares não descharacterizaria o conflito federativo, tendo em conta orientação fixada pelo Supremo no sentido de que o litígio federativo entre a União e um Estado-membro fica configurado no caso de ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse do último, pleiteiam a anulação de decreto presidencial e, portanto, de ato imputável à União. Por fim, declarou-se a prejudicialidade dos agravos regimentais interpostos no bojo da reclamatória. Vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava o pedido improcedente, ao fundamento de não se estar diante de hipótese de aplicação do art. 102, I, f, da CF. Precedentes citados: ACO 359 QO/SP (DJU 11.3.94); Rcl 424/RJ (DJU de 6.9.96); Rcl 2833/RR (DJU de 5.8.2005). Rcl 3331/RR e Rcl 3813/RR, rel. Min. Carlos Britto, 28.6.2006. (Rcl-3331) (Rcl-3813). Informativo 433 do STF.

(e) Indenização por Danos Decorrentes de Acidente do Trabalho. Competência?

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POS-

TERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária — haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa —, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04, emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.

(Supremo Tribunal Federal. CC 7204/MG. RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO. Acórdão publicado no DJU de 9.12.2005. O voto do Ministro pode ser obtido nas transcrições presentes no informativo 412 do STF).

(f) Prevenção para julgamento de recurso.

**Ementa:** CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE A 17<sup>a</sup> E 6<sup>a</sup> CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — PREVENÇÃO — PROCEDÊNCIA DO CONFLITO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA CÍVEL QUE PRIMEIRO APRECIOU O RECURSO INTERPOSTO NO MESMO PROCESSO A TEOR DO QUE ESTABELECE O ART. 33, § 1º, III DO CODJERJ. Ora, se o primeiro recurso processo nº 2002.002 03856 —, interposto nos autos de medida cautelar preparatória foi distribuído à 17<sup>a</sup> Câmara Cível em março de 2002, como se vê às fls. 159, a toda evidência, a distribuição do segundo recurso, qual seja, o agravo interposto em 16/12/2004 (fls. 105) na exceção de incompetência oposta no processo principal — processo nº 2004.002.24222 — deveria ter sido feita também a 17<sup>a</sup> Câmara Cível, porque preventa, e não a 6<sup>a</sup> Câmara Cível a teor do que estabelece o art. 33, § 1º, III do CODJERJ. De se ressaltar que o erro na distribuição do segundo recurso, não modifica a regra processual da prevenção, motivo pelo qual, a decisão da 6<sup>a</sup> Câmara Cível no Agravo interposto em 16/12/2004, é nula. Isto posto, de se acolher o presente conflito positivo de competência, para declarar a competência da 17<sup>a</sup> Câmara Cível desse Tribunal de Justiça para o julgamento do Agravo de Instrumento interposto nos autos da Ação de Cobrança de Honorários. (Conflito de Competência 2005.008.00454. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Rel. DES. J. C. MURTA RIBEIRO — Julgamento: 06/03/2006 — ORGÃO ESPECIAL do TJ/RJ)

(g) Foro Regional. Momento da fixação da competência.

**Ementa:** COMPETÊNCIA. VARA REGIONAL. CODJERJ. Se na ocasião da distribuição da ação, o réu já residia em área sob jurisdição da Regional da Barra da Tijuca, em se tratando de direito pessoal, será naquele foro que deverá tramitar o feito. Ademais, na Comarca da Capital há divisão territorial interna pela qual, funcionalmente, as atividades jurisdicionais são determinadas por Juízos. É regra de ordem pública, visando melhor organizar e administrar os serviços destinados à prestação jurisdicional. Por isso, o parágrafo 7º do art. 94 do CODJERJ dispõe que a competência das Varas Regionais é fixada pelo critério territorial-funcional e como tal, de natureza absoluta. Recurso manifestamente improcedente, e que nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento. Agravo de Instrumento 2006.002.27549 DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO — DECIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL TJ-RJ.

(h) Código de Defesa do Consumidor. Competência Absoluta.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CDC. FORO DE ELEIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

1. Firme a jurisprudência do STJ ao afirmar que as entidades de previdência privada estão sujeitas às normas de proteção do consumidor.

2. A competência do juízo em que reside o consumidor é absoluta, devendo ser declarada de ofício pelo juízo.

(STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag 644513/RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004/0171375-4. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Julgado em 24/08/2006. Publicado no DJ DJ 11.09.2006, p. 253).

(i) Prevenção.

Ementa: COMPETÊNCIA. CONEXAO DE ACOES. DESPACHO LIMINAR. DATA DO AJUIZAMENTO DA ACAO. IDENTIDADE. CITACAO. PREVALENCIA. C.P.C. ART. 106. ART. 219 Competência. Ações conexas propostas perante juízos que dispõem da mesma competência territorial. Juízos concorrentemente competentes que despacharam aspetos iniciais no mesmo dia. Determinação da prevenção e fixação da competência em função da prioridade da citação, utilizada como critério de “desempate”. Código de Processo Civil. Artigos 106 e 219. Aplicação. Se estão postos em confronto órgãos que dispõem da mesma competência territorial, considera-se prevento o juízo que despachou em primeiro lugar. Se vários juízos, que dispõem da mesma competência territorial, despacharam no mesmo dia, determina-se a prevenção e fixa-se a competência em função da prioridade da citação. Agravo provido. Decisão interlocutória reformada. Agravo de Instrumento 1998.002.08664 DES. WILSON MARQUES — Julgamento: 09/09/1999 — QUARTA CAMARA CIVEL.

(j) Conexão. Reunião de Processos.

Ementa: PROCESSO CIVIL. CONEXÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REUNIÃO. CPC, ARTS. 103 E 106. PREJUDICIALIDADE(CPC, ART. 265). PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I — Nos termos do art. 103, CPC, que deixou de contemplar outras formas de conexão, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto (pedido) ou a causa de pedir, não se exigindo perfeita iden-

tidade desses elementos, senão a existência de um liame que as faça passíveis de decisão unificada.

II — Recomenda-se que, ocorrendo conexão, quando compatíveis as fases de processamento em que se encontrem, sejam as ações processadas e julgadas no mesmo juízo, a fim de evitar decisões contraditórias.

III — Havendo conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação revisional de cláusula contratual, ambas envolvendo o mesmo contrato de alienação fiduciária, justifica-se a reunião dos dois processos.

IV — Se as ações conexas tramitam em comarcas diferentes, aplica-se o art. 219 do Código de Processo Civil, que constitui a regra. Entretanto, se correm na mesma comarca, como na espécie, competente é o juiz que despachar em primeiro lugar(art. 106).

STJ. 4<sup>a</sup> Turma. REsp 309668/SP. RECURSO ESPECIAL. 2001/0029208-9. Julgado em 21/06/2001 publicado no DJ 10.09.2001 p. 396

## *QUESTÕES DE CONCURSO*

**1. (MP/RJ. XIII Concurso)** Existe conexão entre a ação de alimentos da Lei nº 5.478/68 e a ação revisional de modificação ou de exoneração? E entre a ação de separação judicial e o pedido de conversão em divórcio?

**2. (OAB/RJ. 26º Exame)** Guilherme, indignado com a constante sujeira de sua loja de perfumaria, optou por terceirizar o serviço de limpeza, celebrando, em nome próprio, contrato de prestação de serviço com a empresa KIKI FAXINAS LTDA. Porém, de nada adiantou. Guilherme passou a ouvir freqüentes reclamações não só de seus funcionários, mas, sobretudo, dos próprios clientes da loja, fato que o levou a concluir pela impossibilidade de manutenção do vínculo contratual. Ao lhe procurar, Guilherme recebeu a orientação de notificar a empresa KIKI FAXINAS LTDA., a fim de rescindir o contrato de prestação de serviços, em fiel cumprimento às regras contratuais que, expressamente, autorizavam a denúncia unilateral por qualquer das partes, desde que cientificadas com a antecedência mínima de 30 dias.

Consumada a resolução do contrato, Guilherme, no trigésimo dia subsequente ao da notificação, compareceu à sede da KIKI FAXINAS LTDA. para quitar os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que, no seu entender, eram devidos pelos serviços até então prestados. Quando lá chegou, deparou-se com a recusa da empresa, que se negou a receber os valores ao simples argumento de que fazia jus, além da quantia ofertada, a uma indenização por lucros cessantes.

Na qualidade de advogado, adote a providência judicial que melhor atenda aos interesses de Guilherme, atentando-se para as seguintes informações:



- a) Guilherme tem domicílio no Município de São Gonçalo;
- b) KIKI FAXINAS LTDA. tem sede no Município de Magé;
- c) o local do pagamento das prestações mensais, a teor do contrato, é a loja de Guilherme, localizada na cidade do Rio de Janeiro, no bairro de Copacabana;
- d) Cristiane, dona da empresa prestadora de serviço, tem domicílio no Município de Petrópolis;
- e) KIKI FAXINAS LTDA. pretende receber, a título de indenização, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

ADVOGADO: EDMAR LOPES

INSC. Nº: 1.100

**3. (OAB/RJ. 5º CONCURSO)** Nos termos da Lei nº 9.099/95, quanto aos Juizados Especiais Cíveis, podemos afirmar:

- a. Somente as pessoas físicas podem figurar no pólo ativo da relação processual, sendo absoluta a competência desse juizado para dirimir causas de valor até 40 (quarenta) salários mínimos;
- b. A competência não é absoluta, sendo opcional para o autor o processamento e julgamento de referidas causas, podendo figurar pessoas jurídicas no pólo ativo.
- c. A competência é absoluta, cabendo às pessoas jurídicas fazer pedido contraposto.
- d. A competência não é absoluta, cabendo opção de ingresso somente ao autor, pessoa física.

**4. (OAB/RJ. 21º CONCURSO)** A prevenção, em relação a duas ou mais causas conexas que tem curso na mesma comarca, se estabelece pela:

- a. Distribuição da ação em primeiro lugar.
- b. Pela sentença.
- c. Pela audiência de conciliação.
- d. Pelo despacho positivo.

**5. (OAB/RJ. 19º CONCURSO)** Acerca da litispendência, NÃO é correto dizer que:

- a. É motivo de extinção do processo sem julgamento do mérito.
- b. É repetição de lide idêntica.
- c. É faculdade do Juiz reconhecê-la.
- d. Exige, para sua configuração, identidade das partes, pedido e causa de pedir das demandas.



**6. (OAB/RJ. 4º CONCURSO)** A incompetência relativa deve ser alegada:

- a. Em preliminar de contestação.
- b. A qualquer tempo.
- c. 10 (dez) dias após a citação.
- d. Por meio de exceção.

**7. (TJ/RJ. XXXI Concurso)** O que é foro de eleição? Dê exemplo.



## AULAS 9 E 10: PROBLEMÁTICA DA AÇÃO

### INTRODUÇÃO

*“Consideravam a ação como o próprio direito material em movimento, algo assim como sua manifestação dinâmica. Entre direito material e ação não podia haver diferença. A tal ponto chegaram, na sua obstinação, que se ensinava que quando a lei fala em “direitos e ações” incorre em pleonasmo<sup>30</sup>”.*

Nessas duas aulas, continuamos com o estudo da trilogia estrutural do direito processual. Examinaremos, agora, o segundo dos institutos que compõe essa trilogia, qual seja a “ação”. O direito de ação é hoje compreendido como direito subjetivo (ou poder jurídico<sup>31</sup>) conferido a toda e qualquer pessoa para invocar o exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, direito de ação significa direito à jurisdição.

É também comum a utilização do termo ação em uma segunda acepção, como sinônimo de demanda. Nesse sentido é que se fala em elementos identificadores da ação ou elementos identificadores da demanda: partes, causa de pedir ou pedido.

Uma correta compreensão do direito de ação possui importantes consequências práticas. No dia-a-dia forense é comum encontrar discussões jurídicas sobre as chamadas “condições da ação”, que podem levar uma das partes à vitória, ainda que essa não tenha razão quando ao mérito do processo. De fato, antes de examinar o mérito da causa, o magistrado deverá analisar as chamadas questões preliminares (condições da ação e pressupostos processuais) e, dependendo da conclusão a que chegar em relação a essas questões, ficará “impedido” de examinar o mérito. O art. 267, inc. VI do CPC inclui a ausência de alguma das condições da ação entre as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito. A ausência de qualquer das condições da ação pode ser verificada de ofício pelo magistrado, conforme previsto no art. 267, § 3º do Código de Processo Civil.

De igual modo, é de todo relevante a identificação dos elementos de uma demanda. Se duas ações possuem as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido é porque estamos diante de ações idênticas (301, § 2º do CPC), podendo, então, ocorrer litispendência (se a primeira demanda ainda não tiver transitado em julgado) ou dexistência de coisa julgada.

<sup>30</sup> COUTURE, Eduardo. Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro, Konfino, 1951.

<sup>31</sup> A classificação da ação como direito subjetivo ou poder jurídico é tema que ainda encontra profunda controvérsia na doutrina.



### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 27: “Ação: natureza Jurídica”.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte II. Capítulo 1: “As Teorias da Ação e a Posição do CPC.” itens. 1.8,1.9 e 1.10, p. 168-182.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. VII: “Ação”, § 3º Condições da Ação, p. 124-132.

### LEITURA COMPLEMENTAR

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. Capítulo VI: “Problemática da Ação”.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte II. Capítulo 1: “As Teorias da Ação e a Posição do CPC...” Cap. 1. 157-167 e Cap. 3. “O Direito de Ação no Quadro dos Direitos Fundamentais”, p. 191-214.

GOUVEA, Marcos Maselli. “*A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*”. Texto Disponível na Internet em [http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo\\_37.htm](http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_37.htm).

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Cap. 4: “Teoria da Ação Penal Pública”.

### EMENTÁRIO DO TEMA

- O direito de ação como direito fundamental.
- Teorias: apreciação crítica. Conceito e Natureza Jurídica.
- Condições da Ação: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.
- Teoria da Asserção.
- Elementos Identificadores da Ação.



## NOTA AO ALUNO

Como visto nas primeiras aulas do curso, a Ciência Processual é relativamente nova, se comparada com outros ramos da Ciência Jurídica, como por exemplo o Direito Civil. Assim, os diversos institutos que hoje são analisados pelos processualistas eram concebidos de outra forma.

Até meados do século XIX, prevalecia entre os estudiosos do Direito a teoria *civilista* ou *imanentista* da ação. Esta, era tida como manifestação do próprio direito material após sua violação ou como o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido (*ius persequendi in judicio quod sibi debetur*). Esta concepção da ação, segundo a qual seria ela uma qualidade de todo o direito, levava a inevitáveis conclusões: a) não há ação sem direito; b) não há direito sem ação; c) a ação segue a natureza do direito material<sup>32</sup>. Entre os adeptos desta teoria podemos citar o notável Clóvis Beviláqua, um dos idealizadores do finado Código Civil de 1916, onde, no art. 75, era possível encontrar a seguinte regra: “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Neste período, onde a ação não tinha conteúdo autônomo, o direito processual era visto como mero apêndice do direito privado, característica fundamental desta fase sincrética. Vale observar que nessa época também não se visualizava uma distinção entre relação jurídica de direito material (ex: credor e dever) e relação processual (autor-juiz-réu).

No ano de 1868, o alemão Oskar von Bülow lançou sua obra “Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias (em alemão *Die Lehre von den Prosesseinreden und die Processvoraussetzungen*), onde desenvolveu e sistematizou a idéia de que o processo seria uma relação jurídica autônoma. Na mesma época, floresceram teorias acerca da natureza do direito de ação, tendo a noção imanentista sido superada na segunda metade do século XIX, na famosa polêmica Windscheid e Muther.<sup>33</sup> Assim, surge a noção de ação como um direito autônomo que, encampada com as idéias de Bülow acerca do processo, percebeu-se que o destinatário dela é o Estado e não o sujeito passivo da relação material e, ademais, seus objetos seriam distintos.

É importante observar que estes dois novos conceitos (processo como relação jurídica e ação autônoma do direito material) foram essenciais para o enriquecimento da Ciência Processual ocorrido ao longo do século XX.

Ao longo do desenvolvimento desta fase científica da ciência processual, diversas teorias buscaram explicar qual seria a natureza do direito de ação. Entre essas, podemos destacar: teoria concretista<sup>34</sup>, teoria do direito potestativo de agir<sup>35</sup>, teoria abstrata do direito de agir<sup>36</sup> e teoria eclética da ação<sup>37</sup>.

Hoje, prevalece em nossa doutrina a denominada “teoria eclética da ação”: o direito de ação é tido como existente ainda que o demandante não seja titular do direito material que afirma existir. No mais, esta teoria, atribuída a Liebman, aponta a existência de categoria estranha ao mérito da causa, que

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 13<sup>a</sup> edição, São Paulo, Ed. Malheiros, p. 250.

<sup>33</sup> Sobre o tema consulte-se a bibliografia indicada.

<sup>34</sup> A teoria concreta afirma que a ação só existia naqueles casos em que o resultado final do processo fosse favorável ao autor. Esta teoria foi atribuída a Adolf Wach, possuindo como adeptos James Goldschmidt e Botelho de Mesquita. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 100.

<sup>35</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1943. Tradução J. Guimarães Menegale. Título original: *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*.

<sup>36</sup> Teoria que critica as teorias concretas, pois estas não conseguiram explicar com que fundamento se provocava a atividade do Estado-juiz nos casos em que a sentença fosse pela improcedência do pedido do autor e nem a ação declaratória negativa julgada procedente se nesta se afirma inexistência de relação jurídica. Segundo a teoria abstrata, o direito de ação seria aquele capaz de provocar a atuação do Estado-juiz. Ação é o direito de se obter um provimento jurisdicional e todos possuem o direito de provocar a atividade jurisdicional.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 251.

são as denominadas condições da ação, verdadeiros requisitos de exigência do direito de agir. Nesse passo, o direito de ação só existe se o autor preencher tais requisitos. Esta teoria foi consagrada em nosso Código de Processo Civil, art. 267, VI.

Sem embargo, a referida teoria sofreu alguns aprimoramentos ao longo do tempo. José Carlos Barbosa Moreira<sup>38</sup> afirma que estas condições são, na verdade, requisitos do legítimo exercício da ação, e não requisitos de existência do direito de ação. Este, é abstrato em sua essência, mas pode ser exercido de forma legítima ou abusiva (quando não presentes estes requisitos). Os requisitos, conforme entendimento que prevalece em nossa doutrina, seriam (a) *legitimação para agir* (pertinência subjetiva para propositura da demanda), (b) *interesse em agir* (representado pelo binômio necessidade-adequação) e (c) *possibilidade jurídica do pedido* (melhor seria dizer da demanda, haja vista que não pode haver proibição no ordenamento de que seja feito determinado pedido ou que seja utilizada certa causa de pedir).

No Processo Penal, fala-se ainda em uma quarta condição: a justa causa. Em nosso sistema processual penal não se admite ação penal pública ou privada sem vir acompanhada de um suporte probatório mínimo (justa causa, art. 648, inc. I, CPP). De fato, como observa o Prof. Afrânio Silva Jardim, “*a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do réu*<sup>39</sup>”. Esse lastro probatório mínimo é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação que devem acompanhar a denúncia ou queixa (arts. 12,39, parágrafo 5º, e 46, parág. 1º do CPP).

No entanto, é na chamada Jurisdição Coletiva que o assunto deve receber especial atenção. Em efeito, foi necessário redimensionar o tradicional conceito de legitimidade para que este fosse compatível com a tutela dos interesses de grupo. Como se nota pela jurisprudência presente nesse material, o assunto ainda encontra inúmeras controvérsias em nossos tribunais.

Hoje, o direito de ação deve ser compreendido como verdadeiro direito fundamental. Direito fundamental processual, haja vista que, inúmeras vezes, depende a concretização de outros direitos fundamentais como liberdade (ex: habeas corpus), educação (ex: mandado de segurança) ou meio-ambiente (ex: ação civil pública).

## ESTUDO DE CASO:

**Caso 1:** Carlos “propõe ação” em face de sua prima Ana, com intento de cobrar dívida decorrente de um contrato de mútuo. Conforme exposto por Carlos em sua petição inicial, Ana o procurou e pediu emprestado a quantia de R\$ 40.000,00 para pagamento de delicada cirurgia que iria se submeter.

<sup>38</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial*. In *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*. São Paulo: Saraiva, 2.ª ed., 1988, p. 199.

<sup>39</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99.



Em sua contestação, Ana negou a existência do contrato. Após longa instrução probatória, com a oitiva de diversas testemunhas, o juiz concluiu que o mútuo, na verdade, fora feito com Maria, irmã da Ana. Ficou claro, segundo as provas presentes nos autos, que Carlos optara por demandar Ana em razão da melhor condição financeira desta e também pelo fato dela ter sido a beneficiada pelo tratamento, ainda que Ana não soubesse da existência do mútuo realizado por sua irmã (Maria) para lhe ajudar.

Deve o juiz julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva?

### Caso nº 2:

*“Rosana e José Roberto deixaram Bauru, interior de São Paulo, para ganhar a vida no Rio de Janeiro, no início dos anos 90. Perseguiam um sonho de consumo: morar perto da praia, ou “beijando o mar”, como ela gosta de dizer. O casal se encantou com o apartamento número 1507 do Edifício Palace II, erguido em área nobre da Barra da Tijuca. Os dois juntaram economias e, em 1996, investiram R\$ 115 mil na compra do imóvel “com vista eterna”, como propagava a construtora Sersan. Dois anos depois, o sonho estava literalmente no chão. A família de Rosana e José Roberto Nunes é uma das sobreviventes do desabamento do Palace II, ocorrido em 22 de fevereiro de 1998, quando oito pessoas morreram e dezenas ficaram desabrigadas. Rosana, José e os três filhos deixaram para trás a tão sonhada moradia, levando apenas a roupa do corpo. Hoje, moram num apartamento alugado em Jacarepaguá. Seus ex-vizinhos também vivem dias amargos: apertam-se em quartos de hotéis, comem enlatados, choram pelos cantos. O pesadelo está completando um ano e a depressão não quer passar. Enquanto isso, Sérgio Naya, proprietário da Sersan, a construtora que teria erguido o prédio com erros de cálculo e material barato, circula livremente no eixo Brasília-Flórida (EUA), movimentando negócios milionários.” (Revista Época do dia 22.02.1999).*

Como se sabe, diversas ações foram propostas, tanto na esfera cível quanto criminal, objetivando apurar a responsabilidade dos envolvidos no caso e também reparar os danos sofridos pelos moradores do edifício Palace II. Entre essas diversas demandas, foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com a finalidade de tutelar direito individual homogêneo dos moradores do Edifício (arts. 81, III, 82, I e 91 da Lei. 8.078/90 e art. 21 da Lei. 7.347/85).

O Tribunal de Justiça de nosso Estado afastou, em grau recursal, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em favor dos moradores. Naquela oportunidade, entendeu-se que o direito em tela era individual, homogêneo, porém disponível, motivo pelo qual a de-



manda não podia ser promovida pelo Ministério Público: “(...) *Legitimatio do Ministério Publico para o ajuizamento de ação civil publica. Não reconhecimento, no caso dos autos, em que não estão em discussão direitos difusos ou coletivos, transindividuais, mas sim direitos individuais que, embora homogêneos, não são indisponíveis. Exegese dos artigos 82, I c/c e parágrafo único seus incisos do artigo 81 da Lei 8070/90 (Codigo de Defesa do Consumidor); 1. e 3., letra “a” da Lei 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em harmonia com os artigos 127 e 129, III da Lei Maior. “Legitimatio” da litisconsorte para a proposta da ação. Reconhecimento, em face dos expressos termos do artigo 82, IV e seu parágrafo único da Lei 8078/90*”. (TJRJ — 7a Cam. Civel; Ap. Civel no 15.076/98-RJ; Rel Des. Aurea Pimentel Pereira; Julgado em 08.04.1999). Vale observar que a ação, inicialmente proposta pelo *Parquet*, só não foi extinta sem julgamento de mérito porque em seu curso foi admitida como litisconsorte a Associação dos Moradores daquele edifício, que prosseguiu como autora do processo.

Que críticas podem ser apresentadas a essa decisão?

**Caso 3: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** ofereceu denúncia em face de Marcos Robson do Nascimento Silva, Leandro da Silva Teclat, Clébio Tavares dos Santos, João Carlos de Souza Ferreira, João Batista Barbosa da Silva, Henrique da Silva de Souza, Paulo Geremias Barbosa, Rodrigo Ribeiro de Moraes, Fabio Ferreira da Silva e Maicon Da Silveira Luiz, pela prática do injusto do artigo 121 § 2º, III, do Código Penal, alegando, em síntese, que no dia 11 de abril de 2003, por volta das 19:00 horas, no interior do Presídio Evaristo de Moraes, em São Cristóvão, os denunciados, mediante meio cruel, espancaram Rogério Moura de Carvalho dando socos, pauladas e efetuando furos com faca e facão. Logo em seguida, enrolaram a vítima num plástico de banheiro e, ao perceberem que ela ainda vivia, deceparam sua cabeça.

A denúncia se escorou no depoimento do detento Severino da Silva Santos, sendo rejeitada sob o fundamento da falta de justa causa.

O Ministério Público recorreu daquela decisão com fulcro no artigo 581, I, do CPP, ofertando as razões respectivas que foram combatidas pelos acusados, sendo a decisão mantida pelo juízo *a quo*.

A peça acusatória narrava prática de crime de homicídio ocorrido no interior de um presídio, fato de difícil averiguação, e foi baseada exclusivamente no depoimento de uma testemunha que havia presenciado o fato.

Segunda consta nos autos, esta testemunha, em seu depoimento, no dia 13 de abril de 2003, se refere aos diversos detentos como os autores do crime, sem ter sabido precisar a dinâmica do fato. No dia seguinte, 14 de abril de 2003, em novo depoimento, descreve minuciosamente como se deu o fato nos seus mínimos detalhes, informando inclusive que estes detentos acusa-

dos o ameaçaram de morte. Observa-se, assim, a falta de credibilidade destes testemunhos. Ademais, para procurar dar credibilidade à sua versão, no segundo depoimento, apontou outro detento, Welton Gomes de Araújo, como testemunha do fato. Quando tal detento foi ouvido, porém, declarou que não tinha como reconhecer os responsáveis pelo crime através das fotos catalogadas nos autos, uma vez que haviam vários envolvidos no episódio, sendo que alguns ainda usavam “touca ninja”, o que em nenhum momento foi dito por Severino, ficando a versão deste isolada e suspeita, mormente porque reconheceu que estava sendo ameaçado por diversos detentos, incluindo aqueles por ele apontados como autores da infração.

Indaga-se: Em que consiste a referida justa causa? Qual sua natureza jurídica? Agiu corretamente o Ministério Público ao rejeitar a denúncia?

## ***JURISPRUDÊNCIA***

### *(a) Teoria da Asserção*

(a.1) EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA NA SENTENÇA DE FLS. 52. Autor que sustenta a legitimidade do réu para integrar o pólo passivo. Condições da ação que devem ser apreciadas levando em conta as alegações articuladas na inicial. Legitimidade das partes que se extrai da tese autoral, tendo, no caso, o demandante atribuído responsabilidade à ré. A verificação ou não da ocorrência de tal responsabilidade constitui matéria de mérito a ser analisada oportunamente. Teoria da **asserção**. Faturas mensais que ostentam o nome da ré, como se constata às fls. 08, 31 e 34. Legitimidade passiva demonstrado. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR a r. sentença de fls. 52, devendo ser apreciado o mérito da causa. Sem ônus sucumbenciais.

(Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. TJ-RJ. Processo n. 2004.700.044493-6. Rel(a) Juiz(a) Gilda Maria Carrapatoso Carvalho de Oliveira)

(a.2) Ementa: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO — LEIS N. 8.625/93 E N. 7.347/83 — DANO AMBIENTAL — CERAMISTAS — EXTRAÇÃO DE BARRO — ALVARÁ — LICENCIAMENTO — PROJETO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO NO IBAMA — INTERESSE DO MP NO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE DANO AMBIENTAL E SUA EXTENSÃO — POSSIBILIDADE.

1 — É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do parquet.

2 — A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista *in satus assertionis*, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial (“teoria da asserção”).

3 — Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (IBAMA) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo algum para o exercício da jurisdição.

(...)

(STJ. REsp 265300 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2000/0064642-3. Rel. Min. Humberto Martins. 2<sup>a</sup> Turma. Julgado em 21/09/2006.)

(a.3) **Ementa:** Indevido indeferimento. Sentença extinta após dilação probatória e conseqüente cognição do mérito. Teoria da asserção ou da *prospettazione* (doutrina: Alexandre Câmara, Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Elio Fazzalari). O Juízo deve avaliar a relação jurídica deduzida em Juízo “*in status assertiones*”, à vista do que se afirmou na petição inicial, sendo a presença das condições da ação verificadas em abstrato sob pena de ser consagrada a teoria concretista da ação. Desnecessária a cassação e devolução da matéria ao Juízo Originário. Aplicação dos artigos 512 e 515 do Código de Processo Civil. Código de Defesa do Consumidor. Exibição de documento. Cabimento. Prestação de serviço de natureza bancária. Aplicação do artigo 52 da Lei Consumerista. O consumidor tem o direito de saber as verbas que lhe são cobradas. “Exibição de documento. Contrato de Arrendamento Mercantil. Princípio da transparência. Verba honorária. Bancos e financeiras, por força do princípio da transparência estabelecido no Código do Consumidor, estão obrigados a fornecer aos seus clientes todas as informações necessárias à apuração da relação de débito e crédito entre eles existente, incluída nesse dever a exibição de contratos, extratos de conta corrente e outros documentos” (Apelação Cível — 2001.001.22996 Relator: Desembargador Nagib Slabbi Filho. Julgamento: 30.04.02 — Décima Sexta Câmara Cível Publicação: Ementário 25.02, no 21, 05.09.02).

(b) *Interesse de Agir*

(b.1) RECURSO ESPECIAL — PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO — VALOR TIDO COMO IRRISÓRIO — PRINCÍPIO DA UTILIDADE — AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL — EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO — PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA — PROVIMENTO NEGADO.

— Não se pode perder de vista que o exercício da jurisdição deve sempre levar em conta a utilidade do provimento judicial em relação ao custo social de sua preparação. A doutrina dominante tem entendido que a utilidade prática do provimento é requisito para configurar o interesse processual. Dessa forma, o autor detentor de título executivo não pode pleitear a cobrança do crédito quando o provimento não lhe seja útil.

— O crédito motivador que a Caixa Econômica Federal apresenta para provocar a atividade jurisdicional encontra-se muito aquém do valor razoável a justificar o custo social de sua preparação, bem como afasta a utilidade do provimento judicial.

-Não necessita de reparos o acórdão recorrido, porquanto acerta quando respeita o princípio da utilidade da atividade jurisdicional, diante de ação de execução fulcrada em valor insignificante, ao passo que este Sodalício acata a extinção do processo em face do valor ínfimo da execução.

— Precedentes da egrégia Primeira Turma.

— Recurso especial ao qual se nega provimento.

(STJ. REsp 601356 / PE ; RECURSO ESPECIAL 2003/0193819-0. Ministro FRANCIULLI NETTO. 2<sup>a</sup> Turma. Julgado em 18/03/2004).

(b.2) Processual civil. Ação de prestação de contas promovida por condomínio em face de ex-síndico. Interesse de agir. O interesse de agir ou interesse processual é a utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO), verificado pela presença de dois elementos, a saber, a necessidade da tutela jurisdicional — seja pela vedação da autotutela, seja por existência de interesses que só podem ser tutelados judicialmente — e adequação do provimento pleiteado — necessidade que o demandante tenha vindo a Juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada. Preenchimento de ambos os requisitos. Perda de objeto. Termo de responsabilidade firmado pelo representante legal do condomínio onde o mesmo dá ao ex-síndico plena e geral quitação após a conferência dos balancetes da sua administração. Documento que, por si só, não é suficiente para a extinção do processo pela perda do objeto. Destituição do ex-síndico e consequente nomeação do atual síndico feita por assembleia irregular. Até que a assembleia que destituiu o ex-síndico e nomeou

o atual síndico seja anulada, a mesma persiste como válida. Chamamento ao processo das demais pessoas que integram a equipe administrativa do condomínio, ou seja, os subsíndicos e os membros do Conselho Consultivo. As hipóteses de chamamento ao processo previstas no art. 77 do CPC encerram situações de relação obrigacional que não existem no caso concreto. O legitimado passivo na ação de prestação de contas ajuizada pelo condomínio é o síndico, a teor do art. 1348, VIII do Código Civil. Agravo improvido. (TJ/RJ. Proc. 2006.002.20768 — AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ALEXANDRE MESQUITA — Julgamento: 13/12/2006 — DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL).

(b.3) Medida Cautelar Inominada. Sentença julgando extinto o processo, sem exame do mérito, por inépcia da inicial e por falta de interesse de agir da autora. Inconformismo. Entendimento desta Relatora no sentido de que a autora não esclareceu corretamente qual a ação principal da Medida Cautelar preparatória, mas apenas o que desejava ali discutir. Impossibilidade de entrega das chaves à mutuária, ante a confessada inadimplência das prestações ajustadas, inclusive a nominada como “parcela das chaves”. Ausente do binômio necessidade da tutela jurisdicional e adequação do provimento pleiteado, que configuraram a existência do interesse de agir. Aventura jurídica corretamente rechaçada. Conhecimento do recurso e improvimento do apelo. (TJ/RJ. Proc. 2005.001.36116 — APELACAO CIVEL. DES. CONCEICAO MOUSNIER — Julgamento: 26/10/2005 — SEGUNDA CAMARA CIVEL).

(b.4) APELAÇÃO CÍVEL — EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA — INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL — INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO REGULADO PELA LEI 6830/80 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EXTINÇÃO ANÔMALA DA EXECUÇÃO — FALTA DE INTERESSE DE AGIR — BINÔMIO INTERESSE/ADEQUAÇÃO — ART. 267, VI, DO CPC — CONDENAÇÃO CONCERNENTE AO PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA E DAS CUSTAS PROCESSUAIS — ISENÇÃO — RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. TJ/RJ. 2006.001.26827 — APELACAO CIVEL DES. MARIO GUIMARAES NETO — Julgamento: 26/09/2006 — PRIMEIRA CÂMARA CIVEL).

*(c) Legitimidade. Ação Penal. Crimes contra os Costumes*

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (SÚMULA 608). RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA: INEFCÁCIA. 1. O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a incidência do art. 225 do mesmo Código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada. 2. E irrelevante a discussão acerca da validade ou não da retratação da representante legal da vítima diante de crime de estupro com violência real, cuja iniciativa para promover a ação penal cabe ao Ministério Público. 3. “Habeas Corpus” indeferido.

(HC 73411 / MG — MINAS GERAIS. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 13/02/1996 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Publicação: DJ 03-05-1996 PP-13902 EMENT VOL-01826-03 PP-00439)

*(d) Justa Causa e Ação Penal*

(d.1) Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. — CRIME DE HOMICÍDIO. DENÚNCIA. — FALTA DE JUSTA CAUSA. — REJEIÇÃO. A denúncia apta a deflagrar a ação penal respectiva deve estar escorada em suficiente elemento de convicção, ainda que de caráter indiciária, não podendo ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução criminal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por incorreta quando o comportamento atribuído ao réu nem mesmo constitui crime, ou quando configurando uma infração penal não há um conjunto probatório mínimo para embasá-la. (TJ/RJ. Proc. 2005.051.00511 — RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DES. MARCUS BASILIO — Julgamento: 06/12/2005 — TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL).

(d.2) “A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade”. (HC 23714/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, STJ, 5ª Turma).

(d.3) “O trancamento da ação penal, medida de exceção que é, somente cabe, consoante entendimento sufragado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, nas hipóteses em que se demonstrar, na luz da evidência, *primus ictu oculi*, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade”. (HC 20121/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, STJ).

(d.4) “O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do habeas corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente”. (RHC 11852/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, STJ, 6ª Turma).

*(e) Legitimidade. Ministério Público. Direito Individual Homogêneo*

(e.1) DESABAMENTO DO EDIFÍCIO PALACE II — Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público e pela Associação de Vítimas do Edifício Palace II — Sentença — Preliminares de nulidade — Rejeição — Julgado de primeiro grau que examinou e decidiu todas as questões prejudiciais do mérito no processo suscitadas — Audiência previa de conciliação: não é de rigor sua realização em ação civil pública, que esta sujeita ao rito procedural da Lei no 7.347/85. Cerceamento de defesa. Não configuração, se da renúncia manifestada por seus advogados tiveram os réus comprovada ciência, não tendo constituído, a época, novos patronos por opção própria. Medidas constitutivas de indisponibilidade de bens, liminarmente concedidas e posteriormente convoladas em definitivas na sentença de primeiro grau. Publicidade. Cabimento ante os encerramentos do artigo 5º, LX, da Constituição Federal. Legitimatio do Ministério Público para o ajuizamento de Ação Civil Pública. Não reconhecimento, no caso dos autos, em que não estão em discussão direitos difusos ou coletivos, transindividuais, mas sim direitos individuais que, embora homogêneos, não são indisponíveis. Exegese dos artigos 82, I c/c e parágrafo único e seus incisos do artigo 81 da Lei no 8.070/90 (Código de Defesa do Consumidor); 1º e 3º, letra “a”, da Lei no 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em harmonia com os artigos 127 e 129, III, da Lei Maior. Legitimatio da litisconsorte para a propositura da ação. Reconhecimento, em face dos expressos termos do artigo 82, IV e seu parágrafo Único da Lei 8.078/90. Doutrina do “disregard of legal entity”. Aplicação no direito brasileiro em face da norma expressa do Código de Defesa do Consumidor. Quando é possível a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio da pes-



soa física, verdadeiramente responsável. Artigo 28 e seus parágrafos da Lei no 8.078/90. Legitimidade passiva dos réus reconhecida. Responsabilidade solidária, de natureza objetiva, dos réus pelo desabamento que ceifou vidas e que teve origem em vícios de construção, erros de cálculos estruturais e uso de material inadequado na obra. Obrigaçāo de indenizar reconhecida. Procedēncia da ação mantida. Acolhimento do requerimento formulado pelo M.P., com a decretação do seqüestro dos bens do terceiro réu (segundo apelante), no Brasil e no exterior. Remessa de cópia do acórdāo ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, Exmo. Sr. Procurador-Geral da República e Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça do Estado (TJRJ — 7a Cam. Civel; Ap. Civel no 15.076/98-RJ; Rel Des. Aurea Pimentel Pereira; Julgado em 08.04.1999).

(e.2) MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.

Ausência de legitimāo do Ministério Públīco para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigēcia tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido". (RE. 213.631/ MG, Relator Ministro Ilmar Galvāo, Julgado em 09/12/1999, publicado no DJ. de 07.04.2000).

(e.3) Ementa: Processual civil. Ação Civil Pública visando afastar danos físicos a empregados da demandada. Cabimento. Legitimāde do Ministério Públīco Estadual para ajuizá-la.

I — É cabível ação civil pública com o objetivo de afastar danos físicos a empregados de empresa em que muitos deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos (LER). Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, presentes e futuros, evitando-se a continuidade do processo da sua degeneração física.

II — O Ministério Públīco Estadual tem legitimāde para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho.

III — Ofensa não configurada aos textos legais colacionados. Dissídio pretoriano superado.

IV — Recurso especial não conhecido.”

(Recurso Especial 207.336/SP (1999/0021483-8), julgado pela 3<sup>a</sup> Turma em 05/12/2000, e publicado no DJ em 11/06/2001, p. 200. Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro)

(e.4) Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

— O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando proteger o interesse, de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários.

— Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão. Recurso provido”.

(Recurso Especial 211.019/SP (1999/0035681-0), julgado pela 5<sup>a</sup> Turma em 11.04.2000, e publicado no DJ em 08.05.2000, p. 112. Relator: Ministro Felix Fischer).

(e.5) Ementa: “Direito Processual Civil. Código do Consumidor. Ação Civil Pública. Legitimidade ativa. Ministério Público. Nulidade de cláusulas contratuais. De um mesmo fato podem advir pretensões difusas, coletivas e individuais, sendo necessário perquirir-se o pedido, a fim de obter a perfeita compreensão do direito em discussão. *“In casu”*, o Ministério Público litiga na defesa de interesses e direitos difusos e coletivos (cláusulas nulas) e individuais homogêneos (possibilidade de cada vítima utilizar a sentença para posterior liquidação, provando o prejuízo individual e condenação da instituição bancária no ressarcimento em dobro, na forma do parágrafo único do artigo 42 do CDC). Inobstante o disposto no artigo 81 do Código do Consumidor, o *“parquet”* possui, por força do disposto no § 4º do art. 51 da referida Lei n. 8.078/90, legitimidade extraordinária para propor ações sobre quaisquer cláusulas contratuais que venham de encontro aos princípios e direitos expressos no Código do Consumidor. Recurso provido”. (CLG). (APELAÇÃO CIVEL 1999.001.09651, Data de Registro: 12/05/2000, Folhas: 42904/42912, 7<sup>a</sup> CÂMARA CIVEL. Votação Unânime. Relator: DES. MARLY MACEDONIO FRANCA Julgado em 18/01/2000. Partes: Ministério Público X Banco Itaú S/A e Banco Banerj S.A.).

(e.6) EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES



## DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

(...)

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que quanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação". (STF. Recurso Extraordinário 163.231/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ DATA-29-06-97 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Informativo 80 do STF).

## TEXTO ANEXO

## Interesses de Grupo e a atuação do Ministério Público

(A Tutela do Direito Individual Homogêneo)<sup>40</sup>

Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

## 1.1. Espécies de Interesses de Grupo

O termo “interesse” é comumente utilizado em uma concepção ampla, como feito por Cornelutti<sup>41</sup>, que associava a noção de interesse à de necessidade dos indivíduos. Contudo, esse interesse só se torna juridicamente relevante quando sua proteção é assegurada pela ordem jurídica (direito positivo). Assim, é preciso compreender que quando o legislador se refere a interesses difusos, ele está, na verdade, se referindo a interesses difusos juridicamente protegidos. Nessa concepção, as expressões “interesses difusos” e “direitos difusos” podem ser utilizadas como sinônimos.<sup>42</sup> Foi somente em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), que o problema em análise recebeu solução razoável.

Em palestra apresentada ao XI Congresso Nacional de Derecho Processual, no ano de 1981, na Argentina, o professor Barbosa Moreira, antecipando-se ao que ficou expressamente consagrado pelo legislador apenas uma década depois, já se utilizava de dois critérios para designar os chamados interesses difusos. Num primeiro critério subjetivo, os interesses difusos seriam aqueles que “não pertencem a uma pessoa isolada nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas, mas a uma série indeterminada — e ao menos de difícil ou impossível determinação”<sup>43</sup>. Não haveria, portanto, um vínculo jurídico definido que ligasse os titulares destes interesses. Poderiam ser habitantes de uma cidade ou consumidores de um produto. Já, segundo um critério objetivo, o notável professor conclui que tais interesses “referem-se a um bem (*latíssimo sensu*) indivisível, no sentido insuscetível de divisão (mesmo ideal) em “quotas” atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados”<sup>44</sup>. E, sendo assim, a satisfação do interesse de um dos titulares implicará na necessária satisfação de toda a coletividade titular do interesse. Como exemplo destes chamados “interesses difusos”, já eram citados, naquela época<sup>45</sup>, interesses como os relacionados com a defesa do meio-ambiente, a valores culturais e espirituais, e aqueles orientados para a proteção do consumidor. Sem dúvida, o referido critério pode ser utilizado até hoje para identificar os chamados “interesses difusos”. Todavia, seria insuficiente por não se referir a todos os interesses relevantes para a coletividade e juridicamente protegidos.

Menos de uma década depois, no ano de 1989, ao tratar das “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988”,<sup>46</sup> José Carlos Barbosa Moreira apon-

<sup>40</sup> No texto reproduzo diversas passagens encontradas no seguinte trabalho jurídico que escrevi: MARTINS RIBEIRO, Rodrigo Pereira. *“O MINISTÉRIO PÚBLICO NA JURISDIÇÃO COLETIVA: A TUTELA DO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO”*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Organizador). *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>41</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva & Cia Editores. 1942. p. 78-82. Tradução A. Rodrigues Queiro.

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3<sup>a</sup> edição. 2001. p. 27.

<sup>43</sup> Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Revista Forense*, Vol. 276. 1981, p. 1-6.

<sup>44</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>45</sup> Vale ressaltar que, em 1981, ano em que o texto foi escrito, o único instrumento vigente para tutela dos chamados “interesses difusos” seria a ação popular, que possuía (e ainda possui) grandes restrições, seja quanto ao seu objeto ou quanto aos legitimados para propor tal ação. Ao se antecipar ao legislador, o professor Barbosa Moreira propunha de *lege ferenda* uma série de alternativas para uma efetiva tutela dos interesses difusos, dentre elas, a legitimação do Ministério Público para tutela destes interesses. “Mas são em reduzido número os dispositivos legais que conferem ao Ministério Público legitimação para ajuizar causas. E as hipóteses mais conhecidas e freqüentes nenhuma relação guardam com o nosso tema”. Na realidade, já no ano de 1977, o notável processualista estudava os direitos difusos em artigo sob o título de “A Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela dos Chamados Interesses Difusos”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: Primeira Série. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 1977.

<sup>46</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In *Revista de Processo* n. 61, p. 187-198.



ta novos critérios a serem aplicados para classificar os chamados litígios coletivos. Existiriam, assim, litígios essencialmente coletivos, que seriam aqueles que concernem a um número indeterminado ou indeterminável de sujeitos, possuindo ainda objeto indivisível.<sup>47</sup> Dentro deste grupo, podemos incluir os litígios que tutelam os chamados “interesses difusos” e ainda os interesses coletivos (em sentido estrito). Por outro lado, existem litígios accidentalmente coletivos caracterizados, sob ponto de vista objetivo, por não possuírem a característica da indivisibilidade e, subjetivamente, por poder-se determinar (ao menos teoricamente) cada indivíduo titular do direito que se deseja assegurar. Todavia, o “fenômeno tem dimensões diferentes quando olhado pelo prisma individual e quando olhado por um prisma global”<sup>48</sup> ou, em outras palavras, afirma-se que nestes litígios a soma dos interesses individuais não corresponde necessariamente ao conjunto das parcelas.

Isso ocorre porque existe uma vontade coletiva de que se realize a tutela destes interesses em juízos, muito embora, certas vezes, o prejuízo de alguns titulares tenha sido ínfimo. Entretanto, o total destas parcelas “quase insignificantes” para seus titulares, sob ótica global, pode significar um valor exorbitante, não sendo razoável que aquele que enriqueceu ilicitamente se aproveitasse das brechas de um sistema que estipula que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.<sup>49</sup>

Assim, essa divisão entre litígios essencialmente coletivos e accidentalmente coletivos, embora não tenha sido expressamente utilizada pelo legislador, será de extrema relevância para que se possa entender o porquê da necessidade de nosso atual ordenamento ter assegurado a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Com efeito, hoje, dentro do gênero “interesses coletivos” encontram-se as espécies: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, por expressa disposição do artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III do CDC. Vale lembrar que tal classificação não se aplica apenas no campo das relações de consumo, por expressa disposição do artigo 117 do CDC.<sup>50</sup> Na realidade, pode-se afirmar que o legislador consagrou o que já estava sendo colocado pela melhor doutrina, qualificando interesses difusos como aqueles indivisíveis (aspecto objetivo), de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (aspecto subjetivo). Seriam como um “feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos”.<sup>51</sup> Como exemplo destes interesses ou direitos difusos, temos o direito de proteção ao meio-ambiente ou, ainda, o direito decorrente da lesão causada por uma propaganda enganosa.

Já em relação aos interesses coletivos em sentido estrito, é importante observar em que eles, sob aspecto objetivo, seriam similares aos difusos, haja vista que seu objeto também é indivisível. Porém, seus titulares seriam um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas

<sup>47</sup> Assim sendo, “é impossível o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In *Revista de Processo* n. 61, p. 188.

<sup>48</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In *Revista de Processo* n. 61, p. 189.

<sup>49</sup> Artigo 6º do Código de Processo Civil.

<sup>50</sup> “Art. 117 - Acrescente-se à Lei 7347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>51</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 47. Vale destacar a seguinte advertência do autor: “embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática — como outra qualquer — subordina-se, também, a uma relação jurídica; entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante”.



pela mesma “relação jurídica base”.<sup>52</sup> Essa relação jurídica base pode se dar entre os membros de um grupo, como ocorre entre condôminos, ou por um vínculo jurídico que os une à parte contrária, como no caso dos contribuintes de um mesmo tributo. Exemplo de interesse coletivo sempre citado pela doutrina é o da pretensão de nulidade de uma cláusula abusiva em contrato de adesão.

Finalmente, quanto aos interesses individuais homogêneos convém registrar que o Código de Defesa do Consumidor não foi muito preciso ao conceituá-los, diferentemente do que foi feito quanto aos interesses difusos e coletivos. Segundo o inciso III do parágrafo único da Lei nº 8.078/90, interesses ou direitos individuais homogêneos seriam aqueles decorrentes de origem comum. Melhor, então, buscar o conceito utilizado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>53</sup>, segundo o qual tais interesses seriam aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Quanto ao requisito da origem comum, Kazuo Watanabe entende que “esta não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”,<sup>54</sup> como pode ocorrer com as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada pela televisão em dias diferentes e em várias regiões do país.

## 1.2. Ações Coletivas no Brasil: Origem e Evolução

A tutela dos direitos coletivos só ganhou destaque na década de oitenta, mas nosso ordenamento já contava, desde a década de quarenta, com uma modalidade de ação coletiva no campo do Direito do Trabalho. No Processo Civil, até pouco tempo atrás, havia apenas uma exceção: a concepção individualista de proteção de direitos, a denominada ação popular. Criada pela Constituição de 1934, foi regulamentada em 1965 pela Lei nº 4.717 apontada como primeiro instrumento para tutela dos direitos difusos. A Carta de 1988, como se sabe, trata da ação popular em seu artigo 5º, inciso LXXIII, estipulando que esta é meio constitucional de que o cidadão deve-se utilizar para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.<sup>55</sup> Muito embora seja a ação popular importante meio de controle da Administração pelos cidadãos, é importante consignar que ela está em desuso. Na realidade, esta sempre teve sua finalidade desvirtuada, sendo utilizada, na maioria das vezes, como instrumento de vingança política, ao invés de se preocupar com a moralidade administrativa. Ademais, com a edição da Lei nº 8.492/92,<sup>56</sup> que trata da improbidade administrativa, fica mais simples e econômico para o cidadão representar perante o Ministério Público para que este tome as medidas cabíveis.

<sup>52</sup> Cabe, ainda, outra importante advertência do professor Mazzilli: “embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica base o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesses coletivo (tomado em seu sentido estreito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso dos interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática comum, e sim, da própria relação jurídica vivida. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 49.

<sup>53</sup> RE n. 163.231-3-SP, STF Pleno, Informativo STF, 62.

<sup>54</sup> WATANABE, Kazuo e outros. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª edição. Forense Universitária, 1998, p. 629.

<sup>55</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, que prevê ainda que o autor, salvo comprovada má-fé, ficará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>56</sup> Entendemos que não há qualquer conflito ou contradição entre os dois diplomas legais. Muito pelo contrário, eles se complementam, na medida que aumentam o controle da moralidade administrativa, o que é de extrema importância nos dias atuais. Nada impede que um mesmo ato de causa a uma ação popular, uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, sempre atendidos os requisitos de cada um deles.

Somente na década de oitenta, com o país já no processo de abertura política, é que ocorreu uma mudança de mentalidade por parte do legislador. Em 1981, a Lei nº 6.938 foi a primeira a prever uma ação civil de natureza pública proposta pelo Ministério Público para reparação dos danos causados ao meio-ambiente<sup>57</sup>. Mas a grande inovação só viria alguns anos depois, com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como “Lei da ação civil pública”, que disciplinou, num primeiro momento, a tutela de interesses referentes ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

Em 1988, veio a lume a atual Constituição Federal, considerada por notável jurista como “ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onísciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência”.<sup>58</sup>

Nessa perspectiva, a atual Constituição, tão preocupada com um ordenamento democrático, com o efetivo exercício da cidadania e, acima de tudo, com a dignidade da pessoa humana, não poderia deixar extenso rol de direitos fundamentais sem instrumentos para sua tutela efetiva. Como já anotado, a Carta Magna trata expressamente da ação popular,<sup>59</sup> e se refere ainda ao mandado de segurança coletivo e à ação civil pública. Registre-se que esta última vem prevista no artigo 129 que trata das funções institucionais do Ministério Público.

Posteriormente à Constituição, ainda são dignas de referência as seguintes leis: Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que disciplina a tutela jurisdicional dos interesses “coletivos ou difusos” das pessoas portadoras de deficiências; Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que trata da ação civil pública para reparação de danos causados ao mercado de valores mobiliários,<sup>60</sup> Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (trata a ação civil pública como valioso instrumento a ser utilizado a favor dos protegidos pela lei).

Porém, a grande revolução na tutela dos interesses coletivos ainda estaria por vir. Esta aconteceu com a entrada, em vigência, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Com efeito, este foi o primeiro diploma legal a efetivamente se preocupar com uma sistematização das diversas espécies do gênero “direito coletivo” (artigo 81, parágrafo único), realizando uma série de alterações na Lei da Ação Civil Pública e regulamentando, em nosso ordenamento, a ação coletiva (arts. 91 a 100).

É ainda pertinente ressaltar que existe grande controvérsia doutrinária sobre o *nomen iuris* a ser utilizado para denominar a ação que tutela direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Muitos autores utilizam o termo “ação civil pública” de modo genérico. Sem embargo, com o advento da Lei nº 8.078, há quem utilize um critério objetivo: a ação civil pública seria

<sup>57</sup> Artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor, independente da existência de culpa, obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio-ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terão legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 288-289.

<sup>59</sup> Artigo 5º, inciso LXXXIII.

<sup>60</sup> Esta é apontada como primeira Lei a prever a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.



aquela que tutela direitos difusos e coletivos (artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do C. D. C.) e a ação coletiva (utilizada aqui em seu sentido estrito) aquela usada para defesa dos direitos individuais homogêneos (inciso III do artigo supracitado).<sup>61</sup>

### 1.3. Ministério Público: Funções Constitucionais e Importância na Jurisdição Coletiva

A Constituição Federal de 1988 assegurou a existência de um Ministério Público independente, definindo-o como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.<sup>62</sup> Os objetivos institucionais do Ministério Público previstos no artigo 127 da Constituição, de suas funções institucionais presentes no artigo 129 do mesmo diploma legal. Observe-se, ainda, que estes também não se confundem com os princípios institucionais já referidos (art. 127, §1º, CF). Nesse passo, os objetivos institucionais são verdadeiras diretrizes básicas, devendo o *parquet* sempre atuar com o escopo de defender a ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por outro lado, as funções institucionais são os instrumentos (medidas processuais) colocados à disposição do Ministério Público para que este possa atingir os seus objetivos constitucionais. É interessante registrar que estas funções são divididas em atípicas e típicas, e estas últimas em privativas ou concorrentes. Desde a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público só pode atuar exercendo funções típicas, compatíveis com seus objetivos funcionais. É esta a melhor interpretação que se extrai do artigo 129IX, da referida Constituição. Assim, está hoje expressamente vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas pelo *parquet*, o que comumente ocorria num passado recente.

Quanto às funções típicas do Ministério Público, previstas no artigo 129, existem apenas duas que são consideradas privativas do Ministério Público. São aquelas previstas nos incisos I e III, quais sejam, a promoção da ação penal de iniciativa pública e a instauração do inquérito civil. Nas outras hipóteses previstas no artigo 129 (são ao todo nove incisos), ocorrerá o que se chama de legitimação concorrente para propor ação civil conforme previsto no parágrafo primeiro do referido artigo, merecendo destaque a previsão do inciso III de promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos e do inciso IX, que permite ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

É de extrema importância observar que, em 1988, ainda não existia a atual divisão entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (que só

<sup>61</sup> O professor Humberto Dalla B. de Pinho entende que, tecnicamente, o termo “ação coletiva” deve ser utilizado apenas para denominar aquela destinada à tutela do direito individual homogêneo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público Como Forma de Acesso à Justiça*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 47-57.

Em sentido contrário, o professor Mazzilli defende a seguinte posição: “Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, mais correto denominá-la de ação coletiva”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 65. Grande parte da doutrina, entretanto, utiliza o termo “ação civil pública” tanto para tutela de direitos difusos e coletivos, quanto para a tutela de direitos individuais homogêneos, independentemente de quem propôs a demanda. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

<sup>62</sup> Artigo 127, *caput* da Constituição Federal de 1988.



ocorreu com o C.D.C. em 1990). Assim, parece claro que o legislador se utilizou do termo “e outros interesses difusos e coletivos” sem precisão técnica, devendo estar compreendido ali, também, os direitos individuais homogêneos.

É, pois, na ação civil pública e na ação coletiva (em sentido estrito) que se destaca o papel do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, não obstante o extenso rol de legitimados previstos pelo legislador. Com efeito, ao combinarmos o artigo 5º da Lei n. 7.347/85 com o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, encontramos, em tese,<sup>63</sup> os seguintes legitimados: (a) Ministério Público. (b) União; (c) Estados-Membros; (d) Distrito Federal; (e) Municípios; (f) autarquias; (g) empresas públicas; (h) fundações; (i) sociedades de economia mista; (j) entes públicos, ainda que sem personalidade jurídica, destinados à defesa do consumidor; (k) associações constituídas há pelo menos um anos, salvo caso de interesse social, que incluam em seu objetivo social a proteção do bem que seja objeto do processo.

Assim, o legislador optou por um amplo rol de legitimados sem utilizar um critério específico para garantir que a tutela coletiva fosse realizada, privilegiando o princípio constitucional do acesso à justiça, uma vez que, em se tratando de direitos coletivos (em sentido amplo), existe sempre o interesse social de que sejam defendidos.

Apesar deste longo rol de legitimados, pode-se afirmar que foi o Ministério Público quem assumiu o papel preponderante na defesa dos direitos metaindividuais. É a conclusão que se chega com base nos dados apresentados na obra “Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública”, do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Estes dados se baseiam em profunda pesquisa de campo realizada junto ao Tribunal de Justiça em que foram consultadas todas as ações civis públicas distribuídas na Comarca da Capital até o final do ano de 1996, totalizando 285 ações. Desse total, 192 ações, ou seja, 66,31% do total, possuíam no pólo ativo o Ministério Público, o que demonstra, por si só, a relevância da instituição no processo coletivo.

#### 1.4. O Ministério Público e a Tutela do Direito Individual Homogêneo

É ponto pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que o Ministério Público tem legitimidade ativa para defesa de interesses difusos ou coletivos por serem estes sociais e, portanto, indisponíveis. Diferente é o que ocorre em relação aos interesses individuais homogêneos, tutelados pela ação coletiva. Aqui, existe verdadeira discórdia entre os jurisconsultos e aplicadores do direito, como se demonstrará no decorrer deste trabalho. Mesmo quando o Ministério Público não estiver presente no pólo ativo da relação processual da ação civil pública ou da ação coletiva (*stricto sensu*), deve ele atuar obrigatoriamente como órgão interveniente, como previsto no art. 5º, §1º da Lei 7.347/85, sob pena de nulidade, nos termos do art. 246 do Código de

<sup>63</sup> Em tese, pois dependendo do caso concreto haverá apenas a legitimidade de algumas das pessoas citadas.

Processo Civil. Atua o *parquet* com liberdade de opinar livremente, ainda que em sentido contrário aos supostos interesses metaindividuais.<sup>64</sup>

O Ministério Público desempenha tarefa indispensável ao participar do processo coletivo. Teoricamente, a tutela dos interesses coletivos (*lato sensu*) deveria ser feita, predominante, pela sociedade civil organizada. Mas na prática, principalmente devido à realidade político-social brasileira, o Ministério Público, dentre os legitimados pelo legislador, é aquele que possui melhores condições de zelar pelos interesses referidos. Logo, é impossível pensar em jurisdição coletiva sem a presença do Ministério Público, sendo sua participação na tutela do direito individual homogêneo também indispensável.

O professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, na tese com a qual obteve o título de Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro<sup>65</sup>, destaca a questão do acesso à justiça na jurisdição coletiva, sustentando que deva haver um novo posicionamento do Ministério Público não só neste, mas também em todo e qualquer processo civil e penal, de modo a privilegiar, sempre, o interesse social. A atuação da instituição seria, então, sempre polarizada e dirigida a este interesse. Logo, chega-se à conclusão de que é possível, *de lege lata*, entender que em qualquer ação coletiva ou civil pública seria o Ministério Público, teoricamente, parte, podendo tutelar qualquer direito coletivo. Ademais, assim como cabe hoje ao promotor decidir quando deve intervir como fiscal da lei, deve ele também decidir quando existe dano social que o deva motivar a ingressar com uma ação coletiva.

Em observação aos princípios que informam o acesso à justiça, conclui-se que ao legitimar o Ministério Público, ao lado das outras pessoas previstas no art. 82 do C.D.C., o legislador buscou assegurar a tutela de direitos que, embora individuais em sua essência, estejam revestidos de um interesse social quando observados pelo prisma global. Com efeito, existem direitos que, não obstante sua divisibilidade, podem ser considerados como “acidentalmente coletivos”, pois sua tutela através da via coletiva interessa a sociedade como um todo. A via coletiva apresenta uma série de vantagens sob a individual: ela permite que seja instaurado apenas um processo, ao invés de centenas ou milhares, para discussão de direitos provenientes de origem comum. Assim, ocorre a desobstrução do Poder Judiciário, melhorando a qualidade da prestação jurisdicional como um todo. Ademais, a ação coletiva minimiza o problema da divergência jurisprudencial, sendo certo que uma só decisão será utilizada por um grande número de indivíduos.<sup>66</sup>

É importante relembrar, também, que a ação coletiva será, quase sempre, o único meio de “atacar” o enriquecimento ilícito daquele que causa uma “infinidade” de micro lesões, mas que, quando consideradas globalmente, representam uma quantia considerável podendo, conforme o caso, ser convertida para o Fundo criado pela Lei nº 7.347/85 (art. 100, § único). Só com

<sup>64</sup> “Intervindo na ação civil pública como fiscal da lei, o órgão do Ministério Público terá a possibilidade de, à luz dos dados do processo, opinar no sentido da procedência ou da improcedência da ação, tudo em face da livre convicção que tiver formado. Com esse procedimento, o órgão ministerial estará exercendo regularmente a função de defesa da ordem jurídica, como está escrito no art. 127 da vigente Constituição.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 151.

<sup>65</sup> A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público Como Forma de Acesso à Justiça. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>66</sup> Em se tratando de direitos individuais homogêneos, a via coletiva não exclui a individual.

este argumento já se demonstra o interesse social que reveste toda e qualquer ação coletiva.

Mas não é só. Num país de dimensões tão grandes quanto suas desigualdades sociais, a ação coletiva será, muitas vezes, o único instrumento capaz de viabilizar o acesso à justiça de determinados grupos sociais. Mesmo em outros casos, em que haja a possibilidade do indivíduo conseguir chegar ao Judiciário, haverá uma “disparidade de armas” tão grande entre o autor da demanda e seu adversário, que sua derrota será quase que certa. Não se pode esquecer que o direito homogêneo geralmente decorre de relações de consumo, relações com o Fisco, ou lesões ao meio-ambiente. Como se vê, aqueles que defendem que a legitimidade do Ministério Público só se aplica a direitos individuais indisponíveis (considerando que o direito será disponível quando o indivíduo possa dele dispor, exercendo-o ou a ele renunciando), esquecem do aspecto mais importante da ação coletiva: o interesse social que sempre a reveste.

Por outro lado, existem autores que preferem alargar o conceito de indisponibilidade do direito. Aliás, tal conceito, como já colocado, não pode ser encontrado em norma alguma de nosso ordenamento. Com efeito, é constantemente afirmado que o direito individual homogêneo será indisponível sob o ponto de vista global, mas disponível sob a ótica individual, ou então, que será indisponível quando revestido de interesse social. Assim, seja na doutrina ou na jurisprudência, é difícil encontrar um critério que prevaleça para apontar, com precisão, quando deve o Ministério Público atuar em defesa do direito individual homogêneo. Todavia, é certo que o legislador, ao criar a ação coletiva para tutela do direito individual homogêneo, não realizou restrição alguma quanto à legitimidade do Ministério Público, diferente do que foi feito, por exemplo, em relação às associações (art. 82, IV, C.D.C.).

A ação coletiva está sempre revestida de um interesse social e, sendo assim, será um dos meios através do qual o Ministério Público atinge seus objetivos institucionais. Não importa o grau de disponibilidade do direito ou seu caráter puramente patrimonial quando observado sob o prisma individual. O objeto da demanda coletiva vai além da simples soma dos interesses individuais em jogo, pois estará revestido pelo interesse social de que ocorra a tutela dos interesses individuais homogêneos. Ademais, por mais que se realize uma interpretação restritiva do termo “coletivos”, previsto no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o legislador constituinte deixou clara, no inciso IX, a possibilidade do Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

É cediço, também, que a tutela do direito individual homogêneo deva ir além do plano das relações de consumo, por força do art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o artigo 21 à Lei nº 7.347/85. Se tratando de ação coletiva, a legitimidade do Ministério Público para tutela

do direito individual homogêneo estará sempre presente, pois ela decorre dos dispositivos legais já apontados.

Sem embargo, se espera maior participação dos outros legitimados ativos para propor a ação coletiva, principalmente no que concerne às associações referidas pelo inciso IV, do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. É certo que, no momento, a sociedade civil brasileira tem se mostrado omissa, desorganizada, desinteressada em lutar pelos direitos de seus membros. Não há dúvidas, também, de que é cada vez mais importante a parceria com o denominado terceiro setor.

## *QUESTÕES DE CONCURSO*

**1. (MP/RJ. Preliminar. 12º Concurso)** Grácia, em nome próprio, na qualidade de mãe de nascituro, propôs ação de investigação de paternidade em face de Mévio. Este, contestando o pedido, alega preliminar de ilegitimação para a causa, pois a autora não seria titular da pretensão de direito material e não lhe socorreria o art. 6º do Código de Processo Civil. Autos com vista ao Ministério Público. OPINE, OBJETIVA E JUSTIFICADAMENTE, SOBRE A ARGÜIÇÃO PRELIMINAR

**2. (OAB-RJ. 27º Concurso)** Guilherme propôs ação em face de Flávio cobrando, cumulativamente, duas dívidas, sendo uma decorrente de um contrato de compra e venda e a outra oriunda de um contrato de mútuo. Identifique, nesta hipótese, a espécie de cumulação de pedidos:

- a. Cumulação simples de pedidos.
- b. Cumulação alternativa de pedidos.
- c. Cumulação sucessiva de pedidos.
- d. Por serem contratos distintos, não poderá haver cumulação de pedidos.

**3. (OAB/RJ. 22º Concurso)** A perempção do direito de demandar é:

- a. a improcedência do pedido.
- b. o acolhimento do pedido.
- c. a perda do direito de demandar após a mesma lide ser extinta por três vezes por abandono de causa.
- d. a homologação de um acordo.

**4. (MP/RJ. 25º Concurso. Específica)** Conceitue pedido implícito, identificando as hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.



## AULAS 11 E 12: A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, RELAÇÃO PROCESSUAL E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS.

### INTRODUÇÃO

“É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual”.<sup>67</sup>

Como reiteradamente visto em nossas aulas, o grande desafio do operador jurídico da atualidade está centrado na construção de uma ciência de resultados efetivos. Uma vez superada a fase estritamente técnica da ciência processual, cuja importância consistiu no reconhecimento autônomo do processo e de seus institutos face ao direito material, a ciência processual moderna precisa encarar novos desafios. Assim, há de se encarar o fenômeno processual sob o prisma da instrumentalidade, haja vista que a autonomia alcançada não pode significar sua indiferença em relação ao direito material. Ao revés, o processo deve ser um instrumento tecnicamente apto a regulamentar as crises surgidas com o descumprimento das normas previstas no plano material.

Também vale recordar que, durante muito tempo, o processo era visto, unicamente, como meio de aplicação de um direito material, sem qualquer conotação ética ou social. Foi o professor Cândido Rangel Dinamarco, da Universidade de São Paulo, quem introduziu no direito processual pário, a idéia de que o processo possui também finalidades sociais e políticas, não apenas jurídicas. Portanto, o processo deve ser encarado como instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus fins, e, nesse passo, é que se fala em escopos sociais, políticos e jurídicos (instrumentalidade positiva do processo).

De fato, o escopo jurídico do processo está presente na própria atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. Por outro lado, dois são os principais escopos sociais do processo: pacificar com justiça e educar a sociedade. O processo possui ainda escopos políticos, haja vista que, por intermédio do contraditório, o cidadão participa da formação dos atos estatais. Caso haja

<sup>67</sup> DINAMARCO, cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

desrespeito a algum direito fundamental — como, por exemplo, a liberdade —, o processo será, na maioria das vezes, o instrumento utilizado para proteger esse direito. Ademais, também através do processo, o Estado demonstra seu poder soberano, ao impor sanções àqueles que desrespeitam o direito positivo.

Hoje, vivenciamos a chamada fase instrumentalista da ciência processual e são características marcantes desta fase as questões da efetividade da prestação jurisdicional e da necessidade de um amplo e efetivo acesso à justiça. Portanto, é preciso repensar o processo enquanto instrumento da jurisdição, de modo que este seja apto a produzir os resultados almejados pela sociedade.

### *LEITURA BÁSICA*

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. Cap. VIII: “Processo”, § 5º “Escopos do Processo” e § 8º “Pressupostos Processuais”, p. 223-4 e 232-40.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 30: “Natureza Jurídica do Processo”, p. 275-91.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Parte IV. Capítulo 1 e 4: “Procedimento e Processo na Doutrina Clássica” e “O Processo Civil Contemporâneo e os chamados Pressupostos Processuais”, p. 387-94 e 468-81.

### *LEITURA COMPLEMENTAR*

CALMON DE PASSOS, J. J. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. REPRO, v. 102, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 55-67.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Parte IV. Capítulo 2 e 3 “Bases...” e “O Processo na Perspectiva...”, p. 396-466.

## EMENTÁRIO DO TEMA

- O processo: conceito e natureza jurídica.
- O processo. Teorias: apreciação crítica.
- A instrumentalidade do processo. Processo e procedimento.
- Processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.
- Sincrétismo processual.
- Pressupostos processuais de existência e validade.

## NOTA AO ALUNO

A prestação jurisdicional não é algo que possa ser oferecido instantaneamente. De fato, é necessária a prática de diversos atos relacionados por sua finalidade comum e se prolongam no tempo até que seja atingido determinado resultado. Ao conjunto desses atos, que se praticam com a finalidade da prestação da jurisdição, é que se dá o nome de processo. Portanto, o processo é o instrumento da jurisdição e, por intermédio dele, o Estado cumpre o seu dever de prestar jurisdição.

O Código de Processo Civil de 1973 foi elaborado de acordo com a visão defendida por Liebman<sup>68</sup>, segundo o qual deveriam existir três espécies distintas de processo: conhecimento, execução e cautelar. Desse modo, dependendo do objetivo almejado pelo autor, deve ele se utilizar de um processo de conhecimento, execução ou cautelar. Entretanto, é importante observar que essa cisão entre processo de conhecimento e execução — que, a bem da verdade, sempre encontrou algumas exceções em nosso ordenamento<sup>69</sup> — não pode mais ser considerada como regra geral em nosso direito, após a entrada em vigor da Lei 11.232/05. A regra geral, agora, é que haja uma fase cognitiva e outra executiva no mesmo processo (mesma relação processual), e, por isso, é comum a utilização da expressão “processo sincrético” para se referir a essa “fusão” dos processos de conhecimento e execução. É válido observar que ainda é possível encontrar processo de execução autônomo (como, por exemplo, nos casos das execuções de títulos extrajudiciais).

No Código de Processo Civil em vigor, ainda existe a divisão entre processo de conhecimento, execução e cautelar (Livros I, II e III). Essa separação é realizada — da considerando a natureza das atividades que são, predominantemente, realizadas em cada um desses processos. No processo de conhecimento, prevalece a chamada atividade cognitiva do magistrado, que irá regular o conflito de interesses (satisfaz a pretensão que lhe foi submetida) formulando uma norma definitiva para o caso concreto, através da concretização da norma abstrata (ex.: lei) pertinente contida no ordenamento jurídico vigente

<sup>68</sup> Enrico Tullio Liebman já era um consagrado professor italiano quando veio da Europa para o Brasil em virtude da Segunda Guerra Mundial. Ministrhou processo civil na Faculdade de Direito de São Paulo, e suas idéias — avançadas para a época — influenciaram diversos processualistas brasileiros; entre eles, Alfred Buzaid, ex-aluno de Liebman e autor do projeto do código de processo de 1973.

<sup>69</sup> como, por exemplo, a ação de despejo.



(sentença de mérito). Segundo a visão dominante em nossa doutrina, essa sentença de mérito pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

Ao contrário do processo de conhecimento, o processo de execução nunca vai formar uma norma concreta. No processo de execução, prevalecerão atos materiais (provimentos executivos) para que possa ser satisfeito o direito do credor, de forma que este receba aquilo que lhe é devido, partindo da relação jurídica existente com o devedor. A atividade de execução consiste basicamente na localização de bens e sua transformação em dinheiro (execução direta) ou na utilização de meios de coerção para que o executado cumpra sua obrigação (ex.: prisão do devedor de alimentos).

Essas duas espécies de processo (conhecimento e execução) podem ser reunidas num gênero, porque ambas visam à satisfação do direito. Ao lado desses dois tipos de processo, que podem formar um gênero comum (tutela satisfativa), há a possibilidade de uma tutela que visa apenas assegurar — e não satisfazer — determinado direito. Este tipo de tutela secundária, assecuratória, será prestada no processo cautelar. Assim, juntamente com o conhecimento e a execução, tem-se uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que busca assegurar o êxito das duas primeiras; trata-se da medida cautelar. No processo cautelar, busca-se uma medida eficaz que assegure e proteja determinado bem da vida, enquanto se discute qual é a solução do conflito. É, dessa forma, acessório, tendo por finalidade assegurar a eficácia do provimento final. Existem dois requisitos básicos para a concessão de medida cautelar: o *fumus boni juris* (“fumaça do bom direito” — plausibilidade da tese) e o *periculum in mora* (“perigo na demora” — risco de ineficácia do provimento final)<sup>70</sup>.

No processo existe uma relação jurídica que envolve todas as pessoas que participam desta atividade processual. O termo “relação jurídica processual”<sup>71</sup> designa o vínculo que se forma entre as várias pessoas que participam da atividade processual: o magistrado, as partes e, eventualmente, terceiros. A relação jurídica processual é dinâmica: a cada ato que se pratica surge uma nova situação em que nascem novos direitos e deveres que vão sendo, gradativamente, exercidos.

Contudo, para que essa relação jurídica processual possa se instaurar é necessária a presença de determinados requisitos. Com efeito, para que a relação jurídica processual exista, é necessário que determinados requisitos estejam presentes. De modo semelhante, outros requisitos devem estar presentes para que a relação processual seja válida. Temos, assim, pressupostos de existência e os pressupostos de validade que devem estar presentes sempre que o Estado prestar a tutela jurisdicional.

Sem embargo de divergências que podem aparecer na doutrina, prevalece entendimento que são três os pressupostos processuais de existência: órgão estatal investido de jurisdição, partes e demanda (identificada por seus três elementos essenciais: partes, causa de pedir e pedido). Conseqüentemente, os

<sup>70</sup> Não se pode confundir tutela antecipada (natureza satisfativa) com tutela cautelar (não-satisfativa), como visto em aulas anteriores.

<sup>71</sup> É importante que não se confunda a relação jurídica que o autor afirma existir entre ele e o réu no plano material com a relação processual (autor-juiz-réu).

pressupostos de validade serão também em número de três: competência do órgão jurisdicional, capacidade processual (capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória) e regularidade formal da demanda.

## *ESTUDO DE CASO*

### *Caso nº 1*

Em execução por título extrajudicial, foram penhorados os seguintes bens de determinado devedor: televisão, freezer, microondas, máquina de lavar e teclado musical. O executado opôs embargos do devedor e alegou, preliminarmente, ter havido nulidade dos bens penhorados para garantir a execução, haja vista que os objetos penhorados são protegidos pela Lei 8.009/90. Após resposta do embargado, o magistrado considerou que, entre os bens penhorados, apenas a televisão poderia ser considerada bem de família e determinou que a execução deveria prosseguir, tendo o executado de nomear bem para substituir a televisão. A questão chegou ao STJ onde foi proferido o seguinte acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I — Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cediço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social. (grifei)

II — A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

III — Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram, mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina.

(REsp 218.882/SP, Recurso Especial 1999/0051658-3, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), STJ, 4ª Turma, j. 02.9.1999, DJ 25.10.1999, p. 92).

Problema: Há quem argumente que decisões como essa incentivam a inadimplência de grande parcela da população (aqueles que não possuem carro em nome próprio, “bens de luxo”, mais de um imóvel, etc.). Portanto, é importante indagar até que ponto é válido deixar a critério do magistrado decidir em cada caso concreto o que é ou não bem de família (art. 1º, parágrafo único da Lei 8.009/90). Seria mais conveniente um rol taxativo? Existe segurança jurídica para os envolvidos em casos como esse? É possível afirmar que a decisão, ao dar uma interpretação extensiva aos benefícios da Lei 8.009/90, realmente atende aos escopos sociais e políticos do processo? (Considere-se que, algumas vezes, o exequente pode estar em situação econômica ainda mais precária que o executado).

#### *Caso nº 2*

O Condomínio X alega estar-lhe sendo cobrado o consumo de água com base em estimativa. Não obstante tenha hidrômetro que permita aferir o consumo real, ajuizou medida cautelar em face da Companhia Estadual de Águas, para o fim de ser-lhe autorizado o depósito do valor mensal correto enquanto a questão estiver em discussão na ação principal. A ré contestou o pedido, trazendo à colação a afirmativa, embasada por ilustres autores tributaristas, de que tal serviço possui natureza jurídica de preço público e, assim, válida é a cobrança vinculada ao consumo estimado. Alega ainda, preliminarmente, não ter o condomínio legitimidade, haja vista que condomínio, como se sabe, não possui personalidade jurídica própria. Indaga-se:

- a) A preliminar levantada pela CEDAE trata de condição da ação (legitimidade ad causam) ou pressuposto processual (legitimidade ad processual)?
- b) A preliminar de ilegitimidade deve ser acolhida?
- c) Como deve ser decidido o caso?
- d) Em que prazo a “ação principal” deve ser ajuizada? Quais as consequências do não-ajuizamento da “ação principal” no prazo legal?

### Caso nº 3

Um dos pressupostos processuais de validade é a chamada capacidade processual (capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória). A regra geral, em nosso direito, é que o cidadão não possui capacidade para postular diretamente em juízo.

Contudo, o art. 9º da Lei 9.099/95 permite que o cidadão ingresse em juízo, sem assistência de advogado, para pleitear direito de valor econômico igual ou maior a 20 salários mínimos, quando a causa for de competência dos Juizados.

Em 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Na referida ação, argumentava-se que o art. 9º da Lei 9.099/95 ofendia o art. 133 da CRFB/88.

A decisão de STF foi a seguinte:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.

2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente.”

(ADI 1.539/UF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, Tribunal Pleno, DJ 05.12.2003, p. 17, Reqte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Advdo. (a/s): Marcelo Mello Martins, Reqdo.: Presidente da República e Congresso Nacional)

Problema:

- a) É legítimo permitir que o cidadão vá a juízo, sem advogado, em situações em que estamos diante de causa de grande complexidade jurídica (como, por exemplo, discussões sobre direito intertemporal e planos de saúde), embora de pequeno valor econômico.
- b) Como ter um processo justo e équo quando o cidadão está demandando sem a presença de advogado e, por outro lado, na tutela de interesses ligados a grandes corporações, temos advogados associados a renomados escritórios de advocacia.
- c) De que modo o magistrado deve conduzir a instrução processual em hipóteses como essas? Há risco de comprometimento da imparcialidade do juiz que tenderá a “auxiliar” o hipossuficiente?

## **JURISPRUDÊNCIA**

(A) STJ. Processo Cautelar. Requisitos. Possibilidade de utilização de medida cautelar para “destrancar” Recurso Especial.

Ementa:

**PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS.**

1. A concessão da Medida Cautelar reclama a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação, bem como, a caracterização do fumus boni juris consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. In casu, sobressai o preenchimento dos requisitos autorizativos do deferimento liminar da cautela requerida.

3. O periculum in mora resta consubstanciado no trancamento do Recurso Especial e consequente prosseguimento do feito o que ocasionará a continuação ex integrō da Execução Fiscal em curso, o que pode acarretar prejuízos à Requerente, que terá seu patrimônio constrito em extensão superior à utilidade do processo, posto a decadência ter atingido parte substancial do crédito.

4. O fumus boni juris assenta-se na jurisprudência desta Corte favorável à tese desenvolvida no Recurso Especial, acerca da admissibilidade da exceção de pré-executividade para suscitar a decadência (RESP 440.194-MG, Rel. Ministro Gomes de Barros, DJ de 16.06.2003).

5. Medida Cautelar deferida para destrancar o Recurso Especial, submetendo-o ao respectivo juízo de admissibilidade perante a C. Corte a quo.

(STJ, MC 9.359/SP, Medida Cautelar 2004/0177994-7, rel. Min. Luiz Fux, 1<sup>a</sup> Turma, j. 24.5.2005)

(B) Medida Cautelar. Instrumentalidade. Caráter não-satisfativo.

Ementa:

**AÇÃO CAUTELAR. CARÁTER SATISFATIVO.**

Pedido de condenação da requerida a custear tratamento médico que apresenta caráter nitidamente satisfativo. Descabimento da ação cautelar, em face da inexistência de acessoriedade, provisoriade, instrumentalidade e autonomia da demanda, uma vez que o deferimento do pedido permitiria de imediato, a realização do tratamento, suprimindo qualquer utilidade a uma eventual ação de conhecimento, que teria o mesmo propósito. Hipótese que melhor se amolda ao instituto da antecipação de tutela e não ao da ação cautelar. É inaplicável o artigo 273, § 7º, do CPC às ações cautelares, pois isso causaria sua convolação em ações de conhecimento, que têm características e procedimento diversos. Sendo o único objeto da ação cautelar a obtenção de antecipação de tutela, uma vez concedida, não caberia falar em prosseguimento do processo até decisão final de mérito, o que viola o artigo 273, parágrafo 5º, do CPC. Sentença que se reforma para extinguir o processo, consoante o artigo 267, IV, do CPC.

(TJ/RJ, Proc. 2006.001.43792, Apelação Cível, Des. Maria Augusta Vaz, j. 26.9.2006, 1ª Câmara Cível)

(C) Cautelar não restritiva de direito. Perda de Eficácia?

Ementa:

**VESTIBULAR. REVISÃO DE PROVA. MEDIDA CAUTELAR. ART. 806. ART. 808. INAPLICABILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE ERRO. CONCESSÃO DE LIMINAR. DIREITO DE MATRÍCULA NA UNIVERSIDADE.**

Ação cautelar. Medida não restritiva de direitos, que não acarreta ofensa à esfera jurídica da parte. Ônus de propor a ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias. Inexistência. Código de Processo Civil. Arts. 806 e 808, I. Inaplicabilidade. Simpósio de Curitiba. Conclusão n. 66. Se não se trata de medida cautelar restritiva de direitos, que acarreta ofensa à esfera jurídica do adversário, a parte não tem o ônus de propor a ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias. Descumprimento do ônus de propor a ação principal, no prazo legal. Conseqüência. Quando exigível a propositura da ação principal, dentro do prazo legal, o desaproveitamento do trintídio acarreta somente a cessação da eficácia da medida liminar, nunca a extinção do processo cautelar ou do de conhecimento, sem julgamento do mérito da causa. Exame vestibular. Revisão de provas. Alegação de erro humano ou mecânico. Ação cautelar e de conhecimento. Legitimação passiva para a causa. Definição. Para a ação em que se pede revisão de provas, ao fundamento de que teriam sido corrigidas

com erro humano ou mecânico, dispõe de legitimação passiva para a causa a organizadora do certame, que aplicou as provas, corrigiu-as e lhes atribuiu notas ou graus. Matrícula de vestibulandos obtida em virtude de liminar concedida há mais de 8 (oito) anos. Ratificação da longeva liminar e conversão da matrícula provisória em definitiva. Providências que atendem aos fins sociais a que a norma se dirige. Lei de Introdução ao Código Civil. Artigo 5. Aplicação. Se os vestibulandos obtiveram matrícula em Universidades e em Faculdades, graças à medida liminar concedida pelo juiz monocrático, há mais de 8 (oito) anos, e se durante esse longo lapso de tempo concluíram, com êxito, o curso universitário, atende aos fins sociais a que a norma se dirige, a ratificação da longeva liminar é a conversão da matrícula provisória em definitiva.

(TJ/RJ, Proc. 1996.001.02168, Apelação Cível, preliminares rejeitadas, sentença confirmada, rel. Des. Wilson Marques, j. 10.11.1998, 4ª Câmara Cível)

(D) Nova Execução Civil. Processo em Curso. Lei 11.232/05.

Ementa:

AGRADO DE INSTRUMENTO. NOVA EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PROCESSO EM CURSO. VIGÊNCIA DA LEI N° 11232/05 ANTES DA EFETIVAÇÃO DA CITAÇÃO DO DEVEDOR. APLICAÇÃO DA LEI NOVA.

1. No caso em exame, não obstante tenha sido instaurada a execução em maio de 2005, a citação não foi efetivada, aplicando-se-lhe, por conseguinte, as normas atinentes à nova execução de sentença. É a consagração do princípio *tempus regit actum*, o qual não impede que os atos processuais futuros se subsumam aos novos ditames legais. 2. Para o pagamento de quantia certa, na forma do art. 475—J exige-se a intimação pessoal do devedor, não podendo fazê-la na pessoa de seu advogado, porquanto a finalidade de tal comunicação processual é o cumprimento de dever jurídico que incumbe àquele e não a este. 3. Agravo a que se dá parcial provimento.

(TJ/RJ, Proc. 2007.002.02041, Agravo de Instrumento, Des. Fernando Fernandy Fernandes, 4ª Câmara Cível).

(E) Nova Execução Civil. Intimação Pessoal do Devedor?

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. ART 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDO PELA LEI N° 11.232/2005. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

## CABIMENTO APENAS NA HIPÓTESE DE RESISTÊNCIA DO DEVEDOR.

A nova sistemática inserida no Código de Processo Civil tem como objetivo impedir que a execução, como muitas vezes acontecia, seja mais demorada que o próprio processo de conhecimento, trazendo o devedor à discussão matérias já decididas, com o intuito de procrastinar o cumprimento de sua obrigação, causando prejuízos ao credor e abarrotando o Poder Judiciário de execuções quase que intermináveis. O prazo para cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor corre independentemente de citação ou intimação. A sentença condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica, abrem, por si só, o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento do valor da prestação devida. Após o advento da Lei nº 11.232/2005, a sentença passou a ser dotada de eficácia executiva, eliminando o processo de execução, autônomo que autorizava o arbitramento dos honorários de advogado, que, ao ver deste Relator, somente seriam devidos na hipótese de resistência do devedor. Recurso manifestamente improcedente, ao qual se nega seguimento, com fulcro no art. 557, do Código de Processo Civil.

(TJ/RJ, Proc. 2007.002.00486, Agravo de Instrumento, Des. Lindolpho Moraes Marinho, 13<sup>a</sup> Câmara Cível)

[em sentido oposto]

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOVA EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR.** Para o pagamento de quantia certa, na forma do art. 475-J, exige-se a intimação pessoal do devedor, não podendo fazê-la na pessoa de seu advogado, porquanto a finalidade de tal comunicação processual é o cumprimento de dever jurídico que incumbe àquele e não a este. Agravo a que se dá parcial provimento, para tão-somente determinar a intimação pessoal do devedor, para que este cumpra o comando que lhe fora imposto na decisão agravada.

(TJ/RJ, Proc. 2006.002.26958, Agravo de Instrumento, Des. Fernando Fernandy Fernandes, 4<sup>a</sup> Câmara Cível).

(F) Capacidade Processual. Câmara Municipal.

Ementa:

**FALSIDADE DOCUMENTAL. ALEGAÇÃO NÃO PROVADA DECLARATÓRIA DE FALSIDADE DOCUMENTAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO JUNTO À CÂMARA MUNICIPAL. CERTIDÃO EMITIDA. FÉ PÚBLICA. PRERROGATIVA INSTITUCIONAL. CAPACIDADE JUDICIÁRIA. JULGAMENTO DE MÉRITO.**

Detendo a Câmara Municipal capacidade postulatória para figurar ativa e passivamente em defesa de suas prerrogativas e interesses institucionais, se a

pretensão veiculada dirige-se contra a fé pública contida em certidão de ato praticado em procedimento administrativo de sua competência, legitima-se o órgão legislativo no pólo passivo, devendo ser excluído o Município por não ser parte da relação jurídica deduzida em juízo. Não tendo desincumbindo-se o autor do ônus de provar a conformidade ideológica que imputa conter o documento Impugnado, correta a decisão que julga improcedente a pretensão autoral. Desprovimento do recurso.

(TJ/RJ, Proc. 2002.001.29051, Apelação Cível, Des. Célia Meliga Pessoa, j. 25.2.2003, 18<sup>a</sup> Câmara Cível).

(G) Ausência de Capacidade Postulatória do cidadão comum para ajuizar mandado de segurança. Impossibilidade de analogia com o habeas corpus.

Ementa:

Demandada mandamental de segurança em face de Juízo Orfanológico Capitalino, deduzido por cidadão, que em suma busca ser protegido quanto a direito por ele reputado líquido e certo, jungido a prejuízos patrimoniais continuados, por atitudes lesivas de outros herdeiros no Inventário dos bens de seus finados pais, prestigiadas por omissões do mesmo Juízo. Gratuidade concedida pelo Relator. Ausência de participação postulatória de advogado constituído ou dativo, insistindo o Impetrante no agir atinente em causa própria, em sendo ele Bacharel em Direito, porém sem a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção deste Estado ou de outra Unidade Federativa. Tentativas relatoriais, sem nenhum êxito, junto à mesma Ordem e à Defensoria Pública, no diapasão de sanar a irregularidade. Vedaçāo evidente do desenvolvimento processual válido. Carência do imprescindível pressuposto da capacidade postulatória. Artigo 36 do CPC, parte final, não recepcionado pela Carta Nacional de 1988, que estatui serem os advogados indisponíveis à administração da justiça. Observar de que, mesmo se assim não fosse o ditame aludido jamais seria por razoável de ser aplicado nesta Capital Fluminense, pois tem pertinência a localidades pouco povoadas e de grande distância dos centros urbanos no imenso território brasileiro. Tolerância que sobeja de parte que não seja advogada, ou não exerce função paralela, de atuar em juízo na causa própria, nas esferas do Registro Civil, dos Juizados Especiais e do habeas corpus. Necessidade de o Impetrante pugnar pelo direito que alega em veemência e pelas vias corretas, em representação postulatória adequada. Extinção do processo que se decreta, nos termos do artigo 267, IV, da Lei de Regência. Isenção do mesmo nas custas, por força da Lei nº 1060/50. Honorários descabidos.

(TJ/RJ, 2003.004.01310, Mandado de Segurança, Des. Luiz Felipe Haddad, j. 05.2.2004, 3<sup>a</sup> Câmara Cível)

(H) Legitimidade “Ad Processum”. Procurador da República, que oficia em primeiro grau de jurisdição. Ausência de capacidade postulatória para ajuizar mandado de segurança no Tribunal.

A Seção, por unanimidade, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADOR DA REPÚBLICA. ATUAÇÃO EM TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO.

1. A atuação do Ministério Público Federal, no âmbito de Tribunal Regional Federal, é feita por meio de Procurador Regional da República.

2. Não possui o Procurador da República, que oficia em primeiro grau de jurisdição, capacidade postulatória para impetrar o presente mandado de segurança, que constitui processo de competência originária desta Corte Regional Federal.

3. Aplicação dos arts. 68 e 70 caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/1993.

4. Mandado de segurança extinto, sem julgamento de mérito.

(Proc. MS 2003.01.00.027546-5/BA, Mandado de Segurança, rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 2ª Seção, decisão: 13.9.2006, DJ 06.10.2006, p. 3)

## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (MP/RJ. 13º Concurso. Preliminar) Qual a natureza jurídica da atribuição do órgão de atuação do Ministério Público no processo penal?

2. (OAB/RJ, 14º Concurso) A representação da parte por advogado é:

- a. Uma condição ao exercício do direito de ação;
- b. Um pressuposto processual subjetivo;
- c. Uma matéria de exame de mérito;
- d. Um pressuposto processual objetivo.

3. (OAB/RJ, 14º Concurso) Quanto ao processo cautelar, é incorreto afirmar que:

- a. Pode, em alguns casos, ter natureza satisfativa;
- b. Pode ser ajuizado em caráter preparatório ou incidental;
- c. Representa antecipação da providência de mérito da ação principal, em situações de urgência e relevância;
- d. Pode o juiz, ao deferir liminarmente a cautela pretendida, determinar à parte que preste, em contra cautela, caução real ou fidejussória.



4. (OAB/RJ, 7º Concurso) Ocorre a representação processual legal:

- a. Sempre que aqueles que têm capacidade para ser parte não possuem capacidade processual de estar em juízo;
- b. Assim é chamado o mandato conferido ao advogado em razão da capacidade postulatória;
- c. Sempre que no instrumento de mandato houver esse tipo de convenção entre o outorgante e o outorgado;
- d. Nos casos dos incapazes sempre que não tenham curador especial.

5. (OAB/RJ, 6º Concurso) A morte de uma das partes e o indeferimento da petição inicial pelo juiz são, respectivamente, casos de:

- a. Suspensão do processo / extinção do processo sem julgamento do mérito;
- b. Suspensão do processo / extinção do processo com julgamento do mérito;
- c. Extinção do processo sem julgamento do mérito / suspensão do processo;
- d. Extinção do processo com julgamento do mérito / extinção do processo sem julgamento do mérito.

6. (OAB/RJ, 4º Concurso) Constituem tipos de processo:

- a. Sumário, especial e ordinário;
- b. Inventário, família e civil;
- c. Cautelar, execução e conhecimento;
- d. Consignatário, monitório, antecipação de tutela.



## AULAS 13, 14 E 15: OS PERSONAGENS DO PROCESSO. O JUIZ. O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O ADVOGADO. O DEFENSOR PÚBLICO. O ADVOGADO DO ESTADO.

### INTRODUÇÃO

O termo “personagens do processo”, utilizado no título da aula, trata daqueles profissionais que têm sua atuação diretamente relacionada à atividade jurisdicional. De fato, tecnicamente, os sujeitos da relação processual são apenas as partes (autor e réu) e o juiz. Contudo, sob o ponto de vista prático, as partes somente têm participação, direta e pessoal, em raras ocasiões: na citação, depoimento pessoal, interrogatório ou para, quando possível, realizar conciliação. Em verdade, quase todos os atos processuais são realizados por intermédio de advogados e, muitas vezes, as partes sequer sabem o que está efetivamente ocorrendo. Portanto, a atual preocupação com uma atuação mais ética das partes no processo passa, obrigatoriamente, pela necessidade de uma nova postura de seus advogados<sup>72</sup>.

No decorrer da aula serão analisados os principais aspectos relacionados a cada um dos personagens citados no título da aula e será visto o modo pelo qual cada um deles participa da atividade jurisdicional. Serão abordadas, ainda, questões polêmicas e atuais referentes ao exercício de cada uma das funções desempenhadas por esses profissionais e a importância do correto desempenho desses “papéis” para que se obtenha um efetivo acesso à Justiça.

### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capítulos 16, 23 e 24: “A Independência do Poder Judiciário e suas Garantias”, “Ministério Público” e “O Advogado”; p. 161-5; 209-27.

RODRIGUES João Gaspar. O Ministério Público: princípios, atribuições e seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo\\_06.htm](http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_06.htm) (disponível em 10.02.2007)

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 13, p. 241-8, jan./jun. 2001; ou Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-53, nov./dez. 2001.

<sup>72</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública — Uma Nova sistematização da Teoria Geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.70



HAIDAR, Raul. Advocacia e ética. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/etica7.htm>.

### *LEITURA COMPLEMENTAR*

ALVIM, J. E. Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Capítulo IV: “Órgãos da Jurisdição. Organização Judiciária. Ministério Público. Advocacia-Geral da União. Advocacia e Defensoria Pública”.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do Juiz. Revista da EMERJ, n. 22, p. 58-72, 2003; ou Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 18, p. 83-95, jul./dez. 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. A concepção cênica da sala de audiência e o problema dos paradoxos. Disponível em: <http://www.amperj.org.br>.

### *EMENTÁRIO DO TEMA*

- O Juiz e o desenvolvimento da relação processual: Os poderes do magistrado, identidade física do juiz e hipóteses de suspeição e impedimento.
- O Ministério Público como órgão agente e órgão interveniente.
- Limites éticos da atuação do Advogado.
- Defensoria Pública e Acesso à Justiça.
- O Advogado do Estado. Prerrogativas Processuais ou Privilégios Odiosos?
- Demais Personagens do Processo: Peritos, Tradutores, Oficiais de Justiça.

### *NOTA AO ALUNO*

#### *1. O JUIZ E O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO PROCESSUAL: PODERES E DEVERES DO MAGISTRADO*

“Ainda mais significativo é o caso que me contaram de outro ex-magistrado que, depois de manter por toda a sua vida de juiz a honesta convicção de que



as sentenças são sempre justas, pôs-se a advogar com a mesma fé. Mas perdeu a primeira causa que defendeu. Então, ao perceber que aquela sentença que o considerava errado parecia-lhe injusta, sentiu seu mundo desabar. — Mas, então, é verdade mesmo que não há mais justiça? O choque foi tamanho, que ele enlouqueceu.”<sup>73</sup>

Não existe relação processual sem a presença do Estado-juiz. Uma adequada atuação do magistrado é fundamental para o regular desenvolvimento do processo. É importante recordar que o juiz não é parte, mas sim sujeito do processo e coloca-se, na relação processual, numa posição eqüidistante das partes, para solucionar, com justiça, o conflito de interesses que lhe foi submetido. No decorrer da relação processual, o magistrado exerce poderes administrativos e jurisdicionais do juiz. Os administrativos (também tratados como poder de polícia) possuem a finalidade de evitar que o processo sofra perturbações, assegurando-se a ordem e o decoro. Quanto aos poderes jurisdicionais, são eles poderes-meios e poderes-fins e estão relacionados a instrução processual e atos decisórios do magistrado.

Para chegar a uma solução justa, o juiz deve ter poderes que lhe permitam dar prosseguimento ao processo, ou seja, que lhe permitam seguir corretamente o rito previsto pelo legislador e zelar para que todos assim o façam. Deve ainda possuir poderes que assegurem que suas decisões sejam cumpridas. Os poderes conferidos ao juiz são, quase todos, exercidos de ofício, evitando morosidade desnecessária da tutela jurisdicional.

A atividade do juiz é tratada pelo CPC nos arts. 125 a 138 e divididos em quatro tópicos principais: seus poderes e deveres (arts. 125 a 133), os casos de impedimento e de suspeição (arts. 134 a 138). Merecem destaque os artigos 132 — que trata do princípio da identidade física do juiz —, 134 e 135 — que tratam das hipóteses de suspeição e impedimento. O CPP, por sua vez, trata da matéria nos arts. 251 a 256.

#### Problemas:

1. A que limites o magistrado está submetido na busca da verdade dos fatos que lhe são submetidos?
2. O princípio da identidade física do Juiz é observado no processo penal?
3. É possível responsabilizar, pessoalmente, o magistrado por atraso na instrução processual que gere grave dano a uma das partes?
4. Pode o magistrado determinar a prisão de advogado ou promotor de justiça caso algum deles cometa grave excesso na defesa dos interesses que repre— senta?

<sup>73</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes, vistos por um advogado. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 67.

5. Que sentido deve ser dado à interpretação “amigo íntimo” prevista no art. 135, I, do CPC (hipótese de suspeição)?
6. O fato de um advogado “despachar os memoriais de um recurso” diretamente com um desembargador na véspera do julgamento de grande importância compromete os princípios constitucionais da imparcialidade e do contraditório? (Considere-se que o outro advogado não tem ciência das razões colocadas, na forma oral, para o desembargador).

## 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO: ÓRGÃO AGENTE E ÓRGÃO INTERVENIENTE

“Entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do acusador público, o qual como sustentador da acusação deveria ser tão parcial quanto um advogado e, como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade: este é o absurdo psicológico em que o representante do Ministério Público, se não tiver um senso de equilíbrio especial, correrá o risco de perder a cada instante, por amor à serenidade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor à polêmica, a apaixonada objetividade do magistrado”.<sup>74</sup>

O Ministério Público exerce função ímpar no sistema jurídico brasileiro, participando da relação processual como órgão agente ou órgão interveniente. No processo penal, por ser titular exclusivo da ação penal pública, atuará, na grande maioria das vezes, como órgão agente. Quando não atuar desta maneira, nos casos de ação penal de iniciativa privada (exclusiva da vítima), deverá haver sua presença obrigatória como custus legis, nos termos do art. 45 do Código de Processo Penal.<sup>75</sup>

Todavia, é o papel do Ministério Público no processo civil que vem ganhando maior relevância nos últimos tempos, principalmente após a Constituição Federal de 1988. Nossos Códigos Civil e de Processo Civil, assim como a legislação extravagante, prevêm diversos casos de atuação do Ministério Público, seja como órgão agente ou interveniente. Como órgão agente, o Ministério Público, ao propor a demanda, agirá, conforme o caso, com legitimidade ordinária ou extraordinária. A legitimidade ad causam — como já visto — corresponde à pertinência subjetiva da ação e será ordinária quando exercida pelo titular da relação de direito material deduzida no processo, sendo esta a regra geral em nossa ordem jurídica. São exemplos de legitimidade ordinária do Ministério Público: a ação de nulidade de casamento e a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (art. 129, IV, da Constituição Federal). Já a legitimidade extraordinária ocorre quando uma norma jurídica autoriza que terceiro (quanto à

<sup>74</sup> Idem, p. 58

<sup>75</sup> O referido art. 45 concede ao Ministério público a possibilidade de aditamento da queixa do Ministério Público na ação privada (exclusiva da vítima). Pensamos que neste caso o referido aditamento deve ocorrer unicamente nas hipóteses em que os fatos narrados e constantes das peças de informação que acompanham a queixa possam também caracterizar a prática de crime de ação pública, em respeito aos princípios da oportunidade e disponibilidade que regem esta ação. Diferente é o que ocorre na ação penal privada subsidiária da pública, onde, por força do art. 29, o Ministério Público deve intervir como litisconsorte necessário (é caso também de litisconsórcio unitário), assumindo então a condição de órgão agente (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 20-3).



relação de direito material pleiteada) proponha demanda, em nome próprio, na defesa de interesse alheio<sup>76</sup>.

Há casos, então, que o Ministério Público ingressa em juízo, em nome próprio, para defender direito de outrem, como é o caso da demanda proposta em defesa do incapaz na chamada ação de investigação de paternidade, prevista na Lei nº 8.560/92, art. 2º, § 4º. Outra hipótese de legitimidade extraordinária do parquet prevista em nosso ordenamento seria para propor a ação civil ex delictu (art. 68, CPP) quando o titular do direito à reparação do dano for pobre. Contudo, parece prevalecer entendimento segundo o qual tal artigo não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, por ser esta considerada, agora, função atípica do Ministério Público<sup>77</sup>.

O outro modo de participação do Ministério Público no processo civil é como órgão interveniente, ou *custus legis*, como preferem alguns autores. Destarte, o legislador prevê casos em que, embora não haja legitimidade para propor a demanda, o Ministério Público deve intervir no processo para zelar pelo correto cumprimento das normas jurídicas, participando, assim, do procedimento em contraditório na defesa dos interesses da sociedade. O Código de Processo Civil exige a presença do Ministério Público nas situações previstas no art. 82. É curial observar que o inciso III do referido artigo prevê uma ampla possibilidade de atuação do Ministério Público no processo civil (sempre que houver interesse público envolvido). Existem, ainda, outras hipóteses de intervenção do Ministério Público previstas no Código de Processo Civil — como os casos da participação do MP nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.105) e na ação de usucapião (art. 944) — e na legislação extravagante (ex.: mandado de segurança; art. 20 da Lei nº 1.533/51).

## Problemas

1. É necessária a intervenção de órgão do Ministério Público, como *custus legis*, quando outro órgão do Ministério Público houver proposto a demanda? (Ex.: ação civil pública proposta pelo Ministério Público tendo no polo passivo menor impúbere)?
2. Está o membro do Ministério Público obrigado a oferecer recurso quando intervier no processo, em razão da presença de incapaz, e a sentença foi desfavorável a esse?
3. Que sentido deve ser dado à interpretação “interesse público” prevista no art. 82, III, do CPC? Deve, por exemplo, o Ministério Público ser “ouvido” em todo processo que existe interesse patrimonial da Fazenda Pública? Pode o magistrado obrigar que o membro do Ministério Público atue como órgão interveniente quando o promotor já tiver se manifestado pela ausência de interesse público?

<sup>76</sup> art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

<sup>77</sup> Ressalte-se, ainda, que, quando atua como órgão agente no processo civil, o Ministério público tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, nos termos do art. 188 do CPC. De resto, cabem-lhe os mesmos poderes e ônus que a todas as partes, não estando sujeito, contudo, ao adiantamento das despesas processuais, nem à condenação nestas ou em honorários advocatícios.

4. Pode o Ministério Público desistir de ação de investigação de paternidade em que figure como autor (legitimidade extraordinária) se, após a instrução probatória, estiver convencido de que o réu não é pai do substituído?
5. Pode o Ministério Público (instituição) ser condenado a pagar honorários advocatícios quando, na qualidade de autor da demanda, vier a sucumbir? Em caso positivo, quem deve arcar com os referidos honorários?
6. A investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público é permitida em nosso ordenamento? Pode o membro do Parquet utilizar-se de elementos colhidos em inquérito civil para oferecer ação penal?
7. Que sanções podem ser atribuídas ao membro do Ministério Público (pessoa física) caso fique comprovado que ele ajuizou ação civil pública infundada para satisfazer interesses pessoais ou de outrem (desvio de finalidade)?

### 3. LIMITES ÉTICOS DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO

“Típico, como exemplo de tais expedientes, o exórdio daquele defensor que, ao sustentar certa tese jurídica diante de um tribunal, que já duas vezes havia decidido a mesma questão contradizendo-se, começou seu discurso assim:

— A questão que trato só admite duas soluções. Esta Excelentíssima Corte já a decidiu duas vezes, a primeira num sentido, a segunda no sentido contrário...

Pausa.

Depois, com uma reverência:

—... e sempre muito bem!”<sup>78</sup>

Todos aqueles que exercem profissões jurídicas estão submetidos a normas determinando comportamentos éticos e dignos de membros da instituição que representa. Os advogados são considerados pela Constituição Federal como indispensáveis para a administração da justiça e, por exercer esse múnus público, devem ter uma atuação ética condizente com os interesses públicos que informam a sua atuação.

No desenvolver de suas atividades, o advogado exerce função de grande relevância social, viabilizando o alcance do direito pelos cidadãos em geral que não podem, diretamente, obter em juízo exercendo. No exercício desse mister, não há como fugir da exigência de uma conduta ética do advogado, que está submetido ao Código de Ética e Disciplina da OAB e ao Estatuto dos Advogados (Lei 8.906/94). Existem, inclusive, normas que limitam a relação profissional dos advogados com seus clientes e comportamento do advogado em locais públicos.

<sup>78</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes, vistos por um advogado. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 10.

O Código de Processo Civil, por sua vez, em seus artigos 14 usque 17, traça diretrizes para o comportamento dos advogados — e também das partes e demais participantes do processo — e determina sanções para aqueles que litigarem de má-fé ou de forma desleal. Entre as diversas condutas estabelecidas pelo art. 14 do CPC, podemos destacar o dever das partes — e também daqueles que participam do processo — de expor os fatos de acordo com a verdade e de pautar seu comportamento de forma leal e de boa-fé.

### Problemas

1. Haveria um limite ético do advogado na defesa de seu cliente?
2. O advogado deve aceitar a causa mesmo convencido de que seu cliente não tem razão?
3. Pode o advogado recomendar que seu cliente ou que uma testemunha afirme coisas de que ela não tenha certeza?
4. Deve o advogado expor os fatos em juízo conforme a verdade, mesmo em prejuízo de seu cliente?
5. É lícito ao advogado, no curso do processo, usar de expedientes processuais para ganhar tempo?
6. É possível atribuir responsabilidade civil ou processual (multa por litigância de má-fé) aos advogados das partes ou eles estão submetidos, apenas, às sanções impostas pela OAB?
7. Há diferença entre a ética processual do advogado cível (interesses patrimoniais) e do advogado criminal?
8. O advogado comete crimes contra a honra por excessos cometidos na defesa de seu cliente?
9. Haveria um limite ético para o advogado que atua em causa própria? Nesses casos, como fazer com o depoimento pessoal das partes (quando uma das partes não deve ouvir o depoimento da outra)?
10. Está o advogado obrigado a informar seu cliente que não irá recorrer de sentença que considera justa, malgrado a decisão tenha sido desfavorável a seu cliente?

### 4. DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

A Defensoria Pública também é considerada instituição essencial à função jurisdicional do Estado. A CRFB/88 trata da Defensoria nos arts. 5º, LXXIV, e 134. A garantia individual e coletiva de assistência jurídica gratuita à população necessitada, estabelecida na Constituição Federal, foi uma das conquistas sociais resultantes do processo de participação popular que ocorreu na



Assembléia Nacional Constituinte. Contudo, até hoje, a Defensoria Pública não está dignamente aparelhada para prestar adequada assistência jurídica a todos hipossuficientes de nosso imenso país. Em 1995, a Defensoria Pública da União foi implantada, em caráter emergencial e provisório, situação que permanece até hoje. Apenas em poucos Estados, como o Rio de Janeiro, os Defensores Públicos recebem salários dignos da função que realizam e possuem condições mínimas de estrutura de trabalho.

A democratização da Justiça assume importância vital na garantia do valor universal da justiça social. Genericamente, pode-se afirmar que, para a maioria da população brasileira, a justiça é um tabu, algo muito distante e inacessível. De fato, várias questões acabam por levar o cidadão a desacreditar na justiça, ou seja, no espaço institucionalizado para dirimir conflitos. Entre essas questões, destaca-se que para o cidadão ingressar com ações na Justiça, reivindicando direitos ou se defendendo, deve possuir meios financeiros para custear um advogado. Nesse sentido, o movimento de acesso à justiça promovido pela Defensoria Pública tem apresentado uma importante expressão na transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais.

Por outro lado, a realidade sócio-política brasileira apresenta um quadro em que faltam recursos financeiros do Poder Público e sobram demandas sociais. Como solucionar esse problema no que concerne à necessidade por assistência jurídica qualificada em uma sociedade em que todos os problemas tendem a ser “judicializados”?

## Problemas

1. A Defensoria possui prerrogativas processuais? Qual a previsão legal?
2. Qual o sentido da Defensoria Pública no Estado Neoliberal, onde a redução do espaço público é cada vez mais acentuada? (Prova DPGE/RJ XXVII Concurso).
3. É possível a Defensoria Pública propor ação civil pública?
4. O Defensor Público está obrigado a propor demanda cível mesmo quando considerar ínfima a chance de êxito?
5. O Defensor Público, no processo penal, está obrigado a sustentar a versão de seu assistido, mesmo quando tiver certeza de que este está mentindo.
6. É possível vislumbrar outras opções de assistência jurídica gratuita — como instituições do terceiro setor ou advogados particulares remunerados pelo Estado — para viabilizar um amplo acesso à justiça?



## 5. O ADVOGADO DO ESTADO. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS OU PRIVILÉGIOS ODIOSOS?

A expressão “Fazenda Pública”, no sentido dado pela legislação processual, refere-se ao Estado, em juízo, defendendo seus interesses. Portanto, compõem a Fazenda Pública: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, suas respectivas autarquias e fundações instituídas pelo poder público, cujos bens estejam submetidos ao regime de direito público. Segundo nosso direito positivo, a Fazenda Pública, quando litiga, detém uma gama de privilégios e/ou prerrogativas de ordem processual.

Alguns exemplos das prerrogativas da Fazenda Pública estão destacados no quadro abaixo:

Prerrogativa e/ou privilégio	Fundamento legal
Privilégio de foro na Capital do estado ou do território quando em litígio	art. 99 do CPC
Prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer	art. 188 do CPC
Intimação pessoal do representante da união	Lei Complementar 73/93, art. 38
Reexame necessário das sentenças contra si proferidas	art. 475, ii, do CPC, mitigado pelas alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001
Fixação diferenciada dos honorários advocatícios em caso de sucumbência, mediante apreciação equitativa do juiz e observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço	art. 20, § 4º do CPC
Dispensa de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória	art. 488, parágrafo único, do CPC
Dispensa de preparo para a interposição de recurso	art. 511 do CPC
Dispensa do adiantamento das despesas dos atos processuais eventualmente requeridos, pagos ao final pelo vencido	art. 27 do CPC
Audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória	art. 928, parágrafo único, do CPC
Impenhorabilidade de seus bens (mesmo os dominicais)	arts. 20 da Constituição Federal e 649 do CPC

Em nossa doutrina e jurisprudência, tem prevalecido que as prerrogativas ou privilégios conferidos à Fazenda Pública assentam-se no princípio da supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Ademais, no que concerne aos benefícios relativos aos prazos processuais, o volume de demandas existentes contra a Fazenda justificaria a prerrogativa.

Por outro lado, há quem defenda que o Estado possui uma estrutura organizacional potente e complexa, infinitamente superior aos recursos do particular e, portanto, não haveria motivo para tantos privilégios. O professor Cândido Rangel Dinamarco<sup>79</sup> chega a se referir ao Estado como “superparte” do processo e afirma que os privilégios processuais do Estado são incompatíveis com a idéia de democracia, Estado de Direito e devido processo legal.

### Problemas

1. Os referidos privilégios fazendários são compatíveis com nosso ordenamento constitucional?
2. A presença de interesse público obriga que a Fazenda recorra até a última instância?
3. Os membros da Advocacia Pública gozam de independência funcional?
4. Que medidas podem ser tomadas pelo Judiciário contra Prefeitos, Governadores e Secretários de Estado que reiteradamente descumprem decisões judiciais?
5. Pode a Fazenda Pública submeter seus interesses ao juízo arbitral?

### TEXTOS ANEXOS

*Anexo I: Polêmica sobre o Ministério Público e Abuso de Poder. Artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, 24.12.2006 ([www.conjur.estadao.com.br](http://www.conjur.estadao.com.br))*

#### **Da República ao Império**

Vamos esperar que a sociedade volte a confiar no MP

por Eduardo Mahon

É preciso a máxima cautela para não transformar instituições tipicamente republicanas em signos imperiais. O poder seduz e, debaixo da frondosa sombra do conforto, sopra o vento do arbítrio. Temos vários exemplos recentes de como o excesso de atribuições pode gerar distorções na democracia.

Primeiro, a tentativa de promover a investigação criminal de forma direta pelo Ministério Público, furtando da polícia a prerrogativa constitucional. Depois, a resistência por permanecer imiscuído no Poder Executivo, onde foram selados acordos entre o fiscal e o fiscalizado. Enfim, o aumento do teto

---

<sup>79</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Futuro do processo civil Brasileiro. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 759

salarial por encomenda, felizmente vetado. Em todos os casos, perdeu credibilidade a instituição dotada de maior responsabilidade republicana.

Agora, é o Supremo Tribunal Federal que enxerga o abuso ministerial na promoção de Ações Civis Públicas que, no mais das vezes, têm fundo claramente político. Não bastasse a insistência pela cobrança de tributos, pela via do processo penal, agora os promotores se lançam em aventuras contra outros agentes públicos, às vezes atendendo interesses pessoais. Vejamos a inteligência do Ministro Gilmar Mendes: “Soma-se a tal aspecto a motivação muitas vezes política, em seu pior sentido, para o ajuizamento de tais ações. Sob o pretexto de impugnar atos administrativos praticados em razão de um dever funcional de Ministros de Estado, busca-se a radical condenação de tais autoridades por ato de improbidade, com a sanção extrema da perda de cargo público e de direitos políticos. Buscam alcançar, desse modo, o que não alcançariam com as ações civis ou com as ações penais, qual seja, a execração pública dos auxiliares do Presidente da República. Tais desvios de conduta, por certo, evidenciam a diferenciação de regimes de responsabilidade, bem como a existência de foro específico para a impugnação de atos praticados por aqueles agentes políticos”. (RCL 4.810-1/STF).

Ainda para ilustrar a atualidade das atitudes questionáveis de nossa mais notável instituição fiscalizadora, causou surpresa ler notícia veiculada por Marcos Antônio Moreira no site ClickMT: “‘Meu Rei’ vai refugar o brete e tal, mas não há outro caminho: a lei nº 8.575, sancionada no dia 31 de outubro, que destina 5% do valor das multas aplicadas pelo DETRAN ao Ministério Público Estadual — algo equivalente a 4,5 milhões de reais/ano, conforme revelamos aqui, ontem — será revogada, por uma simples e boa razão: é incestuosa, para se dizer o mínimo”.

E, ainda, em comentário ao veto, o sempre afiado jornalista faz da sua percepção o alerta para a sociedade mato-grossense: “a cavernosa ‘parceria caracu’ que transfere para o Ministério Público Estadual 5% das multas aplicadas pelo DETRAN. Entenda o caso: Os mais respeitáveis fornecedores de opinião estabelecidos na praça estão se guardando — vamos dizer assim — para elogiar a revogação da lei. Pra quem não ligou coisa com coisa, parceria caracu é aquela que os governantes entram com a cara e o povo com o resto”.

Finalmente, num rasgo de boa vontade, membros do Ministério Público têm advogado para colegas. Vejamos o entendimento sobre o caso da Ministra do STF Carmem Lúcia: “Não é possível admitir-se que os Procuradores de Justiça, membros da nobre carreira do Ministério Público, e terminante e taxativamente proibidos de advogar, exerçam, como pretendido no presente caso, desempenhar função que lhes é, expressa, literal e exemplarmente, vedada por norma constitucional. Procurador de Justiça ou Promotor, Advogado não é, e por isso mesmo não pode exercer a representação judicial”. (Ação Cautelar 1.450-MG)

Ou seja, após um ano turbulento de 2006, vamos esperar que a sociedade retome a confiança no órgão ministerial que é o fiel da democracia brasileira. É preciso sempre lembrar que vivemos sob a égide do sistema de divisão de poderes e atribuições, obedecendo ao império que é das leis e não dos homens. Por ora, ainda há República e advogados.

*Anexo II: Polêmica sobre Limites éticos e Propaganda de Escritórios de Advocacia. Incentivo à Litigiosidade? Artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, 20.1.2007.*

### **Marketing nos escritórios**

Advogados também vendem, mas de um modo não explícito

por Marco Antonio P. Gonçalves

O marketing jurídico é uma vertente bastante especializada do marketing de serviços profissionais, que está começando a ganhar força no Brasil, onde existe como atividade formal há uns cinco anos. É uma atividade ainda muito recente e que tem um longo caminho pela frente, principalmente se pensarmos que nos Estados Unidos o marketing jurídico é trabalhado como atividade formal há mais de vinte anos.

A título de exemplo, o ano de 2006 marcou o 20º aniversário da Legal Marketing Association. A associação é voltada para profissionais de marketing jurídico e, apesar de a maioria dos membros serem norte-americanos, conta com representantes de outros países, incluindo o Brasil.

Falando em nosso país, sabemos que os escritórios brasileiros, principalmente os de médio e grande porte, evoluíram bastante em termos organizacionais ao longo das últimas décadas, apresentando uma estrutura administrativa cada vez mais complexa. Qualquer escritório nos dias de hoje conta, em maior ou menor grau, com áreas administrativas, tais como: administração, finanças, recursos humanos e informática. Em escritórios menores, essas atividades normalmente são realizadas por terceirizados ou por um profissional administrativo do tipo “faz tudo”.

Quem aparentemente fica de lado é a atividade formal de marketing, ainda pouco presente nos escritórios, assim como o debate em torno de temas essenciais como, por exemplo, o planejamento estratégico. Outro advento, que ainda é raro, é a existência do chamado administrador legal, profissional que atua como um CEO (chief executive officer), um super-administrador que supervisiona toda a administração de um escritório e que, em muitos casos, tem poder semelhante, ou superior, ao dos sócios



para assuntos administrativos, e muitas vezes estratégicos, que ditam os rumos do escritório.

O marketing jurídico representa algo novo e, nesse sentido, sua adoção reflete uma mudança interna. E mudanças, como sabemos, causam as mais variadas reações, não necessariamente positivas, nas pessoas. Logo, o marketing pode ser considerado um intruso nos escritórios, quando presente, e, de maneira geral, tem uma atuação periférica ao planejamento estratégico. E, para não dizer que essa situação só acontece no Brasil, ela pode ser observada mesmo em países mais avançados no tema como os Estados Unidos.

Os desafios são muitos e existem, basicamente, porque o conceito de marketing em um escritório vai de encontro ao status quo dos advogados. A advocacia atua hoje como há cem anos e, de maneira geral, tem trazido resultados para muitos advogados, estabelecendo-se como uma profissão honrosa, estável e que garante, muitas vezes, mais do que a mera sobrevivência. Então, por que mudar? É realmente necessário? O que esse marketing tem de tão importante? Enfim, por que fazer marketing?

Esse é um questionamento interessante, pois, de uma forma ou de outra, e em maior ou menor grau, os advogados fazem marketing. Sempre o fizeram, só que de modo intuitivo, subliminar e, totalmente desprovido de qualquer planejamento ou coordenação. É como a atividade de vendas, a palavra “proibida” da advocacia, seja no Brasil ou em outros países.

Acontece que os advogados também vendem, só que o fazem de um modo não explícito. Afinal, a advocacia é uma prestação de serviços, caracterizada pela compra e venda de serviços jurídicos. O advento do marketing jurídico pressupõe, simplesmente, que essas atividades deixem de ser feitas de modo descentralizado e passem a ser formalmente coordenadas por profissionais de marketing, ou mesmo advogados, mais afeitos à disciplina.

O importante é que haja coordenação, de modo a se planejar e realizar ações de marketing que tragam retorno para o escritório. E tudo, é claro, sempre de acordo com o Código de Ética e Disciplina da OAB e o Provimento 94/2000.

Para que o marketing seja bem-sucedido, com resultados concretos, é preciso vencer as diversas barreiras existentes, que normalmente remetem aos próprios advogados. Há um consenso entre profissionais e consultores que atuam com gestão de escritórios e marketing jurídico, já bastante difundido, de que advogados, em termos gerais:

- São individualistas, mesmo atuando em sociedade com outros advogados
- Não gostam de ter que escutar não-advogados
- São avessos ao risco, requisito essencial no mundo dos negócios
- Só fazem o que outros escritórios já fizeram e tiveram sucesso

- Não têm formação alguma na área de negócios
- Não têm foco nos clientes que atendem
- Não entendem e não se interessam em entender os negócios de seus clientes
- “Não têm tempo” para atividades de marketing
- Não recebem incentivos para realizar atividades de marketing.

Esses e outros desafios podem ser sumarizados no grande desafio que é o de envolver e efetivamente integrar os advogados nas ações de marketing. Esse é o verdadeiro desafio, a fronteira final para aqueles que trilham o caminho do marketing jurídico, sejam eles profissionais de marketing ou mesmo os próprios advogados. E o ponto crucial é que, como vimos nos exemplos apontados, o grande problema reside no fato de que advogados foram educados para advogar e não para gerir negócios. E esse é um paradoxo interessante, se pensarmos que a maioria dos advogados trabalha em sociedade, formando de pequenos a grandes escritórios, muitos deles com atuação regional, nacional ou internacional.

A situação se torna ainda mais complexa nos pequenos escritórios, a maioria esmagadora dos que atuam no país. Por serem menores, são estruturas compactas e dispõem de menos recursos, o que nem sempre se traduz em áreas administrativas formais. São escritórios pequenos, mas que também precisam ser geridos, até porque, se tudo correr bem, espera-se que eles cresçam. Somente uma gestão planejada, calcada principalmente em ações de marketing, garantirá um crescimento ordenado.

Enfim, o caminho é longo, mas, nos escritórios onde já é desenvolvido, o marketing jurídico tem tudo para triunfar, mostrar novas direções e ter a atuação estratégica que dele se espera. O escritório que adota o marketing jurídico, por meio de seus advogados, da contratação de um profissional ou de uma consultoria, mostra que, apesar de todas as barreiras existentes, está preocupado com a dinâmica do mercado. A concorrência é crescente, assim como o nível de exigência da clientela. Portanto, o caminho é a diferenciação através do marketing jurídico.

MARCO ANTONIO P. GONÇALVES (mktlegal@gmail.com) é especialista em marketing jurídico e autor do blog marketing LEGAL ([www.marketinglegal.com.br](http://www.marketinglegal.com.br)). Formado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas, é membro da Legal Marketing Association (LMA) e coordenador do grupo de debates Marketing Jurídico Brasil.

*Anexo III: Defensoria Pública e Efetivação de Direitos. Artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, 28.8.2006.*

## **Efetivação de direitos**

Defensoria tem de ser tratada como serviço essencial

por Dalmo de Abreu Dallari

Nenhum ser humano pode viver sozinho e por esse motivo, por necessidade natural, a pessoa humana só pode ser concebida convivendo com outras pessoas.

Mas para que a convivência humana seja benéfica para todos, e para que as diferenças entre as pessoas não seja motivo nem pretexto para ofensas à dignidade dos menos favorecidos, é que existe o direito. A idéia de direito faz pensar, desde logo, na existência de regras de comportamento social, mas é absolutamente necessário acrescentar também a idéia de justiça. As pessoas são diferentes e podem ter interesses conflitantes, mas podem conviver em paz se a convivência for disciplinada por regras que sejam iguais para todos e que sejam justas.

A isso é preciso acrescentar que não basta o estabelecimento de uma ordem social justa, com uma legislação que assegure os direitos básicos para todos, se muitas pessoas não tiverem a consciência de que têm direitos ou se não conhecerem os seus direitos. Além disso, haverá também injustiça se houver pessoas que, por sua pobreza ou situação de marginalização, não têm a possibilidade de proteger e usar seus direitos.

Por todos esses motivos, reconhecendo a necessidade da assistência jurídica para que as pessoas conheçam bem os seus direitos e tenham a possibilidade de protegê-los e usá-los, a Constituição brasileira inclui, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, um dispositivo estabelecendo que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXI). E para que a garantia de tal assistência não fique na dependência da boa vontade dos governantes foi prevista, com caráter obrigatório, a criação de um órgão, a Defensoria Pública, tanto no plano federal quanto no estadual, tendo por finalidade o oferecimento da assistência jurídica aí referida. É o que consta do artigo 134, que assim dispõe: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

A constatação de que sem o auxílio de um advogado as populações mais pobres não têm acesso aos seus direitos, ficando excluídas do exercício da

cidadania e correndo o risco de sofrer muitas injustiças, já inspirou no Brasil a criação de organizações devotadas à assistência judiciária. Assim, por exemplo, há cerca de 70 anos os estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo criaram o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, que vem prestando serviços relevantes à população pobre. Depois disso, em vários estados foi instituída uma Procuradoria de Assistência Judiciária, destinada a dar assistência à população pobre em defesas judiciais de direitos. Acrescenta-se, ainda, que a Ordem dos Advogados do Brasil instituiu a inscrição de advogados interessados em prestar serviços a réus pobres, quando designados por um juiz, recebendo por esse trabalho uma pequena remuneração, paga pelo governo estadual.

Apesar do inegável mérito dessas iniciativas, existe ainda uma larga faixa da população que tem grande dificuldade para o acesso a um advogado, ocorrendo diariamente no Brasil muitas situações em que a falta de conhecimento dos direitos ou a impossibilidade de defendê-los pelos meios legais resulta na prática de injustiças graves.

Por tudo isso, mas também por um fator positivo que é o aumento da consciência de direitos, resultante da multiplicação de organizações comunitárias e do trabalho de divulgação e esclarecimento realizado por militantes dos Direitos Humanos, cresceu muito no Brasil, nos últimos anos, a necessidade de advogados que dêem apoio às camadas mais pobres da população, prestando informações, aconselhando, promovendo o acesso aos direitos ou a defesa dos direitos que estiverem sendo negados ou ofendidos. Foi precisamente para isso, para tornar efetivos os direitos assegurados a todos pela Constituição e pelas leis do País, que o constituinte de 1988 decidiu criar a Defensoria Pública, declarando-a “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” e dando-lhe a incumbência de fornecer orientação jurídica e de promover a defesa dos direitos dos necessitados. Para dar mais força às Defensorias Públicas, a Constituição assegurou-lhes autonomia funcional e administrativa, o que lhes dá a possibilidade de agir sem sofrer interferências ou coação.

Um passo importante já foi dado, com a criação das Defensorias. É preciso agora que elas sejam tratadas como serviços essenciais, que as Defensorias Públicas tenham efetiva independência, número suficiente de Advogados e instalações condizentes com suas responsabilidades e necessidades, para que cumpram com eficiência suas relevantes funções sociais.

Esses temas serão tratados no V Congresso Nacional de Defensores Públicos, que acontece entre 30 de agosto e 2 de setembro, em São Paulo. Como é lógico e evidente, um direito só existe realmente quando pode ser usado. O desconhecimento dos direitos e a impossibilidade de usá-los ou defendê-los afetam gravemente a situação social das pessoas e facilitam ou estimulam ofensas à dignidade humana e impedem a criação de uma sociedade justa.

*Anexo IV: Polêmica sobre a independência funcional dos membros da magistratura.  
Artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, 30.11.2006.*

### **Beija-mão jurídico**

Juízes ainda têm de pedir bênção aos escalões superiores

por Rogério Medeiros Garcia de Lima

Não renego o orgulho por ter abraçado a carreira da magistratura. Em meio às crises que assolam os Poderes constituídos, sobressai o Judiciário como o mais imaculado dentre eles. Os episódios de corrupção, que envolvam juízes e servidores, são estatisticamente bastante inferiores aos verificados no âmbito do Executivo e Legislativo, em todas as esferas federativas. Têm sido rotineiramente apurados e punidos.

Ives Gandra da Silva Martins já escreveu “Poder Judiciário, o Poder Universitário e as Forças Armadas na Revisão Constitucional”, in A Reengenharia do Estado Brasileiro, Editora RT, 1995, p. (121):

“Dos três poderes, de longe, o melhor é o Poder Judiciário. É um poder técnico e não político. É um poder que fala nos autos e não pela imprensa. É um poder em que a seleção de seus componentes se faz em demorados concursos, à luz dos conhecimentos jurídicos do candidato e de sua idoneidade”.

Os juízes brasileiros trabalham arduamente. A dedicação insana a milhares e milhares de processos sob suas jurisdições não propicia tempo para refletirem sobre si próprios. Não percebem a contradição entre o poder externo e o poder interno de que desfrutam.

Desde que ingressei na carreira da magistratura, há 17 anos, senti o respeito que usufrui o juiz de Direito nas comunidades. A legislação nos atribui enorme gama de poderes para desempenharmos o árduo mister jurisdicional. Julgamos autoridades integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, poderosos agentes econômicos e grandes proprietários rurais.

Exercemos poder de Polícia nas audiências, para concitar à ordem as partes e advogados. Mandamos conduzir coercitivamente testemunhas recalcitrantes. A nossa poderosa caneta pode assinar decretos de prisão, seqüestro de bens e separação de corpos.

Todavia, somos figuras diminutas perante as instâncias superiores. Para disputarmos promoções por merecimento ou mesmo uma singela remoção, temos de nos submeter ao famoso “beija-mão” perante os ilustres desembargadores integrantes dos órgãos especiais.

Não é franqueada aos juízes de primeiro grau a participação em deliberações administrativas dos tribunais. O humorista José Simão criou anedota, segundo a qual o marido traído é o penúltimo a saber. O último a saber passou a ser uma famosa autoridade da República. Na verdade — diriam os magistrados — o desdito cônjuge é o antepenúltimo a ter ciência. O penúltimo é a citada autoridade brasileira. O último a saber das coisas é o juiz das instâncias inferiores.

Recentemente, vários magistrados atuaram nas eleições para presidente da República, governadores, senadores e deputados. Enquadraram diversos políticos nos rigores da legislação eleitoral. Da atuação enérgica da magistratura decorreu a sucumbência, nas urnas, de notórios e ultrapassados “coronéis” regionais. A Justiça Eleitoral age para assegurar aos eleitores o voto livre e consciente.

Mas, diz o ditado, “casa de ferreiro, espeto de pau”. No âmbito dos tribunais, os juízes de primeira instância ainda têm de “pedir bênção” aos escalões superiores. Não podem escolher os dirigentes dos tribunais. Não lhes é garantido o elementar direito à informação sobre a administração institucional. Os leões, aos olhos da sociedade, são frágeis camundongos, aos olhos das cúpulas judiciárias.

Eugenio Raúl Zaffaroni, hoje juiz da Suprema Corte da Argentina, apontou as mazelas (in Poder Judiciário — Crises, Acertos e Desacertos, Editora RT, trad. Juarez Tavares, 1995, pp. 88/89):

“A lesão à independência interna costuma ser de maior gravidade do que a violação à própria independência externa. (...) Os corpos colegiados exercem uma ditadura interna e se divertem aterrorizando seus colegas. Abusam de seu poder cotidiano. Através desse poder vertical, satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem sua egolatria etc., mortificando os que, pelo simples fato de serem juízes de diversa competência, são considerados seus ‘inferiores’. Deste modo, desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinharias vergonhosas”.

Desse quadro desalentador, resulta uma classe intrinsecamente desunida. Infelizmente, a maioria dos magistrados está mais preocupada com interesses pessoais imediatos. A ausência de critérios na promoção por merecimento cria o “afilhadismo” entre desembargadores e juízes. Estes últimos necessitam lisonjear freqüentemente os primeiros. Ao nível da primeira instância, o convívio entre juízes não é nada solidário. Verifica-se permanente porfia de vaidades pessoais: é a cultura da rivalidade entre potenciais adversários nas futuras promoções. Se o colega estiver em apuros com algum noticiário negativo, mesmo injusto, tanto melhor. Menos um concorrente na corrida rumo à toga de desembargador.

Maquiavel, em *O Príncipe*, ensinou que o governante não precisa possuir todas as qualidades recomendáveis a um chefe de Estado. Basta que aparente possuí-las. Os juízes tendem a se tornar maquiavélicos nesse sentido. Mais do que em ter as qualidades do bom magistrado, estarão preocupados em aparentar possuí-las. Por exemplo, realizam obras suntuosas em prédios forenses, promovem festas feéricas ou se apegam ao recebimento de comendas e condecorações, em busca de notícias elogiosas na mídia. Muitas vezes a eficiente prestação jurisdicional fica ao largo de tanto aparato.

Eis influência bastante nociva na administração da justiça. Preteridos injustamente em promoções por merecimento, bons magistrados vêm esmorecer o entusiasmo com a carreira e a atividade cotidiana.

Democracia, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência são necessidades prementes e inadiáveis do Judiciário brasileiro.

*Anexo V: Polêmica sobre autonomia funcional da Advocacia da União em relação ao Executivo Federal. Artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, 15.11.2006.*

### **Desvinculo necessário**

Ex-procuradora defende autonomia da Advocacia da União

Professora, escritora e ex-procuradora do estado de São Paulo, Maria Sylvia Di Pietro é de uma época “em que não se aceitava mulheres no Ministério Público e na Magistratura”. Ela venceu os preconceitos e persistiu na área jurídica. Hoje é um dos nomes mais respeitados do Direito Administrativo.

Para Maria Sylvia, o advogado do Estado está sujeito a um duplo regime estatutário — o da OAB e o dos servidores públicos. Por isso, ele exerce duplamente a função social. E por vezes, se encontra em zonas de conflito entre o interesse do Estado e o da autoridade administrativa. “O interesse particular busca a sentença favorável. O interesse público, a sentença justa”, explica a professora, lembrando que a missão da Justiça é descobrir e fixar a verdade.

É justamente por causa dessas possíveis zonas de conflito que a autonomia da advocacia pública é tão fundamental. Maria Sylvia defende a tese de que não existe órgão totalmente desvinculado de um dos três poderes, dentro da hierarquia do Estado. Para ela, a AGU e o Ministério Público fazem parte do Poder Executivo para fins de atribuição de competência. Mas isso não significa ter ações subordinadas.

Pelo contrário. “O exercício das funções não pode estar subordinado ao ente administrativo e por isso, a estabilidade funcional é tão importante. Não é para proteger o servidor e sim o exercício da função pública.”

Em palestra nesta quarta-feira (15/11), durante o III Seminário Nacional sobre Advocacia de Estado, em Recife, a escritora defendeu três importantes ações para autonomia da Advocacia da União. Em primeiro lugar, as atribuições de defesa do Estado só podem ser exercidas, segundo a Constituição Brasileira, por servidores concursados para o cargo de advogado da União. Isso inclui as nomeações nas consultorias jurídicas, comuns na maioria dos Ministérios, inclusive durante o governo Lula. “Só o ingresso por concurso público dá direito à estabilidade e a estabilidade abre a possibilidade de isenção dos pareceres”, afirmou Maria Sylvia.

Outro ponto importante é a busca da autonomia financeira da AGU, que poderá reverter em independência institucional de fato. A terceira conquista para a autonomia da advocacia pública, segundo a palestrante, é a escolha do advogado-geral dentro dos integrantes da carreira. “A possibilidade de exoneração gera subordinação. É indispensável que todos os cargos em comissão sejam providos por integrantes da AGU.”

#### *Anexo VI: Juízes versus Desembargadores*

A recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros, realizada entre 11 mil associados, de autoria de Maria Tereza Sadek, demonstra claramente que, embora exista um núcleo de opiniões idênticas entre juízes e desembargadores, a distância que os separa cresce. Sobretudo quando estão em jogo a administração do Poder Judiciário e a avaliação das instituições nacionais. Caso venha a se agravar, o distanciamento colocará questão importante neste momento de novos caminhos do Poder Judiciário: quem tem legitimidade para representar os juízes de primeira instância, maioria de nosso Judiciário?

Concordam juízes e desembargadores que o Judiciário deve ter o monopólio da prestação jurisdicional e que subordine todas as formas alternativas de resolução de conflitos. Avaliam de forma idêntica o desempenho das Escolas de Magistratura e a atuação dos advogados no tocante à celeridade processual. Ambos condenam a política social e econômica do governo Lula. Ambos utilizam preponderantemente parâmetros legais na formulação de suas sentenças, deixando as consequências econômicas para um segundo plano. Além disso, a imensa maioria de juízes e desembargadores — algo em torno de 80% — considera necessário reduzir as possibilidades de recursos para os tribunais superiores.

Existe, porém, um núcleo de temas fundamentais no qual intensidades diferentes e divergências se insinuam, crescem e aparecem. A maioria dos juízes (50,5%) considera ruim a agilidade da justiça, contra menos da metade dos desembargadores (43,9%). No que se refere à imparcialidade dos tribunais superiores — Supremo, STJ e Tribunal Superior do Trabalho —, os juízes os consideram sistematicamente menos imparciais do que os desembargadores.

Essa situação se agrava quando se enfoca o Supremo, tratado mais benevolente pelos desembargadores, que o percebem como mais independente das forças econômicas privadas.

Discordam também sobre uma maior participação dos juízes de 1<sup>a</sup> instância na administração dos tribunais. A maioria dos juízes quer participar da elaboração dos orçamentos (80,2%), mas apenas 48,4% de desembargadores apóiam a idéia. Mais: 85,8% dos juízes querem eleições diretas para direção dos tribunais regionais e estaduais, contra apenas 52,6% dos desembargadores.

Os juízes são decididamente favoráveis à extinção do quinto constitucional como forma de ingresso na magistratura, à aposentadoria dos juízes aos 70 anos, à continuidade do planejamento administrativo dos tribunais e à votação aberta para promoção dos magistrados (92,1%) — como, aliás, já determinou o Conselho Nacional de Justiça. Nesses pontos, os desembargadores hesitam. O entusiasmo é menor. Em compensação, os desembargadores se mobilizam mais do que os juízes com a proposta de instituição de súmula vinculante para decisões do STJ e do TST e com a limitação do período de eficácia das liminares.

O nepotismo é rejeitado pela expressiva maioria de 67,9% dos magistrados, como ressalta Maria Tereza Sadek — posição idêntica àquela adotada recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça. Quando, no entanto, analisamos esse dado em detalhe, diferenças entre juízes e desembargadores aparecem. Enquanto 71% dos juízes são a favor da proibição de nepotismo, apenas 58,4% dos desembargadores apóiam a medida.

Uma interpretação cínica desse dado diria que os juízes ainda não aproveitaram as benesses do nepotismo. Seria apenas questão de tempo. Essa versão é perigosa. Ignora a crescente demanda da sociedade brasileira por um comportamento mais ético no trato da res publica, o que muito sensibiliza magistrados jovens, sobretudo juízas.

Na verdade, as relações entre desembargadores e juízes, primeira e segunda instâncias, encontra-se em momento delicado. Está em jogo definir quem representa os juízes no processo de reforma do Poder Judiciário: os próprios tribunais ou suas associações de classe — como AMB, Ajufe e Anamatra? Os tribunais, por sua vez, estão se agrupando em torno do Colégio dos Presidentes dos Tribunais. O que ocorre diante do nepotismo é exemplo do que pode vir a acontecer se a distância entre juízes e desembargadores aumentar. Enquanto todas as associações de juízes aplaudiram o fim do nepotismo, vários tribunais se manifestaram contra a vedação dessa prática. O que está em jogo é a legitimidade das reivindicações de cada um desses múltiplos poderes judiciários: um Poder Judiciário uno jurisdicionalmente e fragmentado politicamente.

Por Joaquim Falcão (Diretor da Escola de Direito da FGV-RJ e membro do Conselho Nacional de Justiça) (Correio Braziliense, 15.12.2005)

## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (OAB/RJ, 19º Concurso) A gratuidade das custas e honorários advocatícios derivada da Lei nº 1.060/50:

- a. Só é concedida se a perícia comprovar a impossibilidade de pagamento de tais verbas;
- b. Só é cabível em favor do autor da ação;
- c. Gera, se vencido for o hipossuficiente na demanda, condenação em honorários e custas que fica sobrestada, na forma do artigo 12 da Lei nº 1060/50;
- d. Tem, se não for concedida, como consequência a irrecorribilidade da decisão.

2. (OAB/RJ, 12º Concurso) É facultado ao advogado renunciar ao mandato que lhe foi outorgado, a qualquer tempo, desde que:

- a. Já tenha recebido os honorários advocatícios contratados em seu valor total ou, proporcionalmente, até a fase em que se encontre o processo;
- b. Comprove ter cientificado o mandante a fim de que nomeie substituto, ainda que tal ciência tenha sido por meio de carta, comunicação telefônica, fac-símile etc., permanecendo, entretanto, por mais 10 dias seguintes após a notificação, representando-o, desde que necessário para lhe evitar prejuízo;
- c. Conste do instrumento do mandato, de forma expressa e clara, a possibilidade da renúncia a qualquer tempo, de modo que o outorgante já fique ciente de tal direito, no ato da assinatura da procuração;
- d. Promova a notificação prévia do outorgante, através de procedimento específico, no qual assuma o compromisso de continuar com a representação pelo prazo mínimo de 15 dias, de modo a evitar prejuízos para o mesmo.

3. (OAB/RJ, 8º Concurso) O juiz que procede a instrução fica vinculado à decisão, envolvendo assim os princípios:

- a. Do livre convencimento e da bilateralidade da audiência;
- b. Da oralidade, da imediatidate, da identidade física do juiz e da concentração;
- c. Da demanda e da verossimilhança;
- d. Da ação, da oralidade e da bilateralidade da audiência.

4. (OAB/RJ, 8º Concurso) Havendo comprovado receio quanto à não-imparcialidade do juiz na causa, a parte interessada deverá:

- a. Argüir por meio de exceção a incompetência do juiz;
- b. Argüir também por exceção o impedimento do juiz;
- c. Argüir igualmente por exceção a suspeição do juiz;
- d. Argüir, concomitantemente, o impedimento e a suspeição do juiz.

5. (OAB/RJ, 7º Concurso) O princípio regulado pelo artigo 132 do CPC: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide...” diz respeito ao:

- a. Princípio da imediatidate, que vincula o juiz da audiência ao subsequente julgamento da mesma;
- b. Princípio da concentração, face ao liame vinculatório estabelecido pelo próprio ato de realização da audiência;
- c. Princípio da identidade física do juiz, vez que estará mais bem habilitado a proferir a sentença aquele que tomou as provas;
- d. Princípio da oralidade, que consagra os debates orais em audiência culminando pelo proferimento de sentença no final da audiência.

6. (OAB/RJ, 7º Concurso) Havendo impedimento comprovado de comparecimento do advogado à audiência, o juiz deverá:

- a. Designar desde logo um defensor ad hoc para prosseguir nos trabalhos;
- b. Ouvir as partes e testemunhas, adiando somente os debates orais;
- c. Adiar a audiência na sua totalidade;
- d. Prosseguir normalmente a audiência sem, no entanto, cominar censura ao advogado.

7. (OAB/RJ, 5º Concurso) Dentre outros, pode-se afirmar que é direito inerente a todos os profissionais regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil:

- a. Examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo, inclusive os que tramitem em segredo de justiça;
- b. Requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de 5 (cinco) dias;
- c. Retirar autos de cartório, sempre que necessitar peticionar em defesa de interesse de seu cliente, independentemente da fase em que se encontre o pro—cesso;
- d. Retirar os autos de cartório ou secretaria de tribunal independentemente de assinatura em livro de carga, desde que possua procuração com poderes da cláusula ad judicia outorgada por uma das partes litigantes ou que seja notoriamente conhecido na comarca ou tribunal pelos respectivos juízes e demais serventuários.



## AULAS 16 E 17: LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

### INTRODUÇÃO

Como visto, denominamos de sujeitos do processo as pessoas envolvidas na relação processual: o autor (aquele que vai a juízo deduzir uma pretensão de direito material), o réu (aquele em face de quem esta pretensão é deduzida) e o juiz (denominado de sujeito imparcial do processo que irá decidir quem tem razão). Esta seria a configuração mais simples da relação processual: autor — juiz — réu. Contudo, há casos em que teremos um maior número de sujeitos envolvidos no processo. Pode ser que haja mais de um integrante no pólo passivo, no ativo, ou ainda em ambos os lados da demanda. Denomina-se litisconsórcio o fenômeno processual caracterizado pela pluralidade de partes em qualquer dos pólos da relação processual.

Paralelamente, é ainda possível que terceiros, juridicamente interessados, venham praticar atos processuais. A chamada intervenção de terceiros irá ocorrer toda vez que outras pessoas, estranhas à relação processual já constituída, participarem do processo, a fim de defender interesses jurídicos próprios, direta ou indiretamente, relacionados à pretensão de direito material discutida em juízo.

Na presente aula, veremos as situações em que esses dois fenômenos processuais (litisconsórcio e intervenção de terceiros) surgirão, bem como a dinâmica de tratamento desses institutos ao longo do desenvolvimento da relação processual. Será que há casos em que o juiz deve decidir de forma idêntica para todos os envolvidos? Em que situações o êxito do recurso de uma das partes pode beneficiar outra? Qual a natureza do interesse que justifica a intervenção de um terceiro no processo? Quais as modalidades de intervenção de terceiro previstas em nosso ordenamento? Até que momento processual essa intervenção poderá ocorrer? Estes e outros assuntos serão discutidos ao longo das próximas duas aulas.

### LEITURA BÁSICA

ALVIM, J. E. Carreira. Elementos de teoria geral do processo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Capítulo IV: “Composição Subjetiva do Processo”, p. 175-192.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRÁ, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capítulos 31: “Sujeitos do Processo”, p. 292-8.

## *LEITURA COMPLEMENTAR*

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Parte I; Cap. VIII — Jurisdição; § 4º Sujeitos do Processo; 4.5 Litisconsórcio (p. 166-83) e 4.6. Intervenção de Terceiros; 4.6.1. Assistência e 4.6.4 — Denunciaçāo da Lide.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Parte IV, Cap. III: “Sujeitos do Processo”, p. 261-315.

## *EMENTÁRIO DO TEMA*

- Litisconsórcio: facultativo X necessário; simples (comum) X unitário
- Litisconsórcio multitudinário
- Intervenção de terceiros
- Assistência e denunciaçāo da lide
- Assistência no processo penal
- Amicus curiae

## *NOTA AO ALUNO*

Para evitar contradições terminológicas, que podem levar a aparentes controvérsias jurídicas, é preciso estabelecer um conceito sobre “partes do processo”. Foi visto que “sujeitos do processo” aplica-se aos titulares da relação processual. Assim como temos credor e devedor como titulares de uma relação contratual (relação de direito material), o autor, o réu e o juiz são sujeitos da relação processual.

Diferente é a utilização do termo “partes do processo” ou “partes da demanda”, que, comumente, são utilizados para identificar apenas os litigantes. Sem embargo, há autores que utilizam a nomenclatura “partes do processo” em uma concepção mais ampla do que “partes da demanda”, e, de fato, parece haver uma aplicação prática muito útil nessa distinção. Nessa perspectiva, aquele que pleiteia ou aquele em face de que se pleiteia um provimento judicial deve ser considerado parte da demanda, enquanto parte do processo, conceito mais amplo, é todo aquele que participa do procedimento em contraditório. Portanto, pode-se afirmar, a título ilustrativo, que o assistente simples (arts. 50-55, CPC) não é parte da demanda, mas certamente é parte do processo. De forma semelhante, o Ministério Público, sempre que atuar no processo, será parte deste, pois estará participando do procedimento em contraditório. O que ele pode deixar de ser é parte da demanda, caso em que

atuará como órgão interveniente (*custus legis*), sempre que for exigido pelo ordenamento jurídico.

Como se vê, dependendo do conceito utilizado, poderemos nos referir aos terceiros intervenientes como partes do processo. Se parte do processo for todo aquele que participa do procedimento em contraditório, então qualquer terceiro juridicamente interessado que vier praticar atos processuais será parte.

Quando nos referimos ao litisconsórcio, estamos tratando, necessariamente, das partes da demanda (presença de duas ou mais pessoas no pólo ativo ou passivo da de— manda). Nossa doutrina estabelece diversas classificações aplicáveis aos litigantes que se colocam do mesmo lado da relação processual. Assim, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto, conforme se estabeleça entre vários autores ou entre diversos réus. Pode ainda ser inicial ou incidental, dependendo do momento de sua formação.

Contudo, as duas classificações mais relevantes feitas pela doutrina são as seguintes:

- (a) **litisconsórcio facultativo X necessário:** Em algumas hipóteses, a formação do litisconsórcio, ativo ou passivo, é exigida pela ordem jurídica ou pela natureza da relação jurídica envolvida (art. 47, CPC). À guisa de exemplo, temos a ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público, em que obrigatoriamente teremos um litisconsórcio no pólo passivo. Em outros casos, a lei facilita às partes a formação do litisconsórcio, seja no pólo ativo ou passivo (art. 46, CPC). Registre-se que, nas hipóteses de litisconsórcio multitudinário, o número de litigantes presentes no chamado litisconsórcio facultativo pode ser limitado pelo magistrado (art. 47, parágrafo único, do CPC).
- (b) **litisconsórcio simples X unitário:** Essa classificação diz respeito ao modo de tratamento dos litisconsortes. No litisconsórcio unitário, ambos os litisconsortes serão tratados de modo igual e a decisão da causa deve ser uniforme em relação a todos os litisconsortes. Ao revés, no simples, a decisão do magistrado, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes. A ação de nulidade de casamento acima referida é hipótese de litisconsórcio unitário.

É importante destacar que não há uma correspondência necessária entre litisconsórcio facultativo e simples ou necessário e unitário. Por essa razão, a redação do art. 47 do CPC (2<sup>a</sup> parte) é comumente apontada como grave deslize do legislador.



Ocorre o fenômeno processual chamado intervenção de terceiro quando alguém ingressa como “coadjuvante” em relação processual já existente. À condição de terceiro se chega por exclusão: terceiro em relação a determinada demanda é todo aquele que não for parte daquela demanda.

Os casos de intervenção de terceiros previstos no Código de Processo Civil são os seguintes:

- a) a oposição (arts. 56 a 61);
- b) a nomeação à autoria (arts. 62 a 69);
- c) a denunciaçāo da lide (arts. 70 a 76);
- d) o chamamento ao processo (arts. 77 a 80);
- e) a assistência (arts. 50 a 55).
- f) o recurso de terceiro prejudicado (arts. 288 e 499 do CPC)

Todas essas hipóteses de intervenção de terceiros podem ser divididas em dois grupos: intervenção voluntária e provocada. A intervenção voluntária admite três modalidades: assistência, recurso de terceiro prejudicado e oposição. A intervenção obrigatória admite outras três: nomeação à autoria, chamamento ao processo e denunciaçāo da lide.

No processo penal, a única modalidade de intervenção de terceiros existente é a do assistente, prevista no art. 269 do CPP. Na ação penal pública, a vítima, seu representante legal ou qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP podem se habilitar como assistente na ação penal pública. Não se pode esquecer que a condenação criminal transitada em julgado possui eficácia para o processo civil.

Por fim, merece menção a figura do *amicus curiae*, ou “amigo da corte”, prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 (controle de constitucionalidade). Contudo, existe controvérsia jurídica sobre a natureza da figura do *amicus curiae*, havendo aqueles que afirmam tratar-se de nova hipótese de intervenção de terceiros, enquanto, para outros, o *amicus curiae* seria um mero colaborador do juízo<sup>80</sup>. O “amigo da corte” auxilia o tribunal a decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões sociais. A participação de terceiros na jurisdição constitucional está relacionada ao exercício próprio de cidadania na busca da segurança jurídica, da preservação dos princípios e da ordem constitucional.

---

<sup>80</sup> STF, voto do relator Ministro Celso de Melo na ADI 748 AGR/RS, 18.11.1994

## ESTUDO DE CASO

### *Caso nº 1*

Em dezembro de 2006, as estudantes de direito Mariana, Juliana, Daniela e Carolina combinaram, entre si, que todas iriam “terminar” seus respectivos namoros para que, juntas, pudesse aproveitar o carnaval em Salvador. Assim, em janeiro de 2007, todas compareceram à Agência de Turismo X e adquiriram o pacote “Salvador Total” pela quantia de R\$ 5.0000. O pacote incluía passagens aéreas de ida e volta (ida na manhã da sexta-feira anterior ao carnaval e volta na tarde da quinta-feira após o carnaval), hospedagem em hotel 4 estrelas, três dias de camarote e três “abadás” para conhecido trio elétrico.

No dia 16.02.2007, as quatro amigas compareceram ao Aeroporto do Galeão, onde foram informadas pela Cia. Aérea Y que, infelizmente, a empresa estava com um problema de overbooking e, por essa razão, não seria possível que as quatro jovens embarcassem no vôo previsto. Foram informadas que a Cia. Aérea Y faria o possível para solucionar o problema delas o mais breve possível. Desesperadas, as quatro amigas entraram imediatamente em contato com a Agência de Turismo X, que ofereceu para as mesmas um pacote de 4 dias na Região dos Lagos, opção imediatamente rejeitada. As quatro moças tentaram, ainda, ligar para seus antigos namorados, mas todos estavam com o celular desligado.

Sem alternativa, as quatro amigas resolveram aguardar no aeroporto até que a Cia. Aérea lhes oferecesse algum vôo. Após duas longas noites no aeroporto, no domingo de carnaval, apareceu uma única vaga num vôo para Belém com conexão para Recife, Fortaleza e, finalmente, Salvador. Foi então realizado um sorteio entre as quatro, e Juliana foi a contemplada para aproveitar o fim do carnaval em Salvador. As outras três amigas desistiram de esperar e foram “tentar a sorte” no “Terreirão do Samba”. Decidiram que, após o carnaval, iriam tomar as medidas cabíveis contra os responsáveis.

Frustradas com o episódio, no dia 22.02.2007, Mariana, Daniela e Carolina ajuizaram demanda no IV Juizado Especial Cível objetivando a reparação dos danos sofridos. Cada uma das autoras deseja receber a quantia de R\$ 12.000,00 (R\$ 5.000,00 referentes aos danos materiais e R\$ 7.000,00 referentes aos danos morais).

Em relação ao caso apresentado são feitos alguns questionamentos:

- a) Existe litisconsórcio ativo necessário ou passivo necessário na hipótese?
- b) Existe litisconsórcio ativo unitário ou passivo unitário?

- c) A alçada prevista nos arts. 3º, I, e 39 da Lei 9.099/95 aplica-se a cada uma das autoras ou a todas elas consideradas conjuntamente?
- d) É possível que autoras optem por demandar apenas à agência de turismo? Nesse caso, poderia a agência denunciar a companhia aérea à lide?
- e) Caso a agência de turismo seja a única demanda, poderia a companhia aérea habilitar-se como assistente?
- f) Caso Juliana decida ingressar com medida legal contra as empresas, é possível que ela se ingresse, posteriormente, como litisconsorte?
- g) Na hipótese do pedido de dano moral ser julgado improcedente e apenas Mariana decida recorrer, o êxito do recurso pode ser aproveitado pelas outras lesadas?
- h) Se, ao invés de quatro, tivéssemos 20 (vinte) lesados, seria possível que todos ingressassem no feito como litisconsortes? Caso isso ocorresse, como deveria proceder o juiz?

#### *Caso nº 2*

Pedro ajuizou demanda contra o Estado do Rio de Janeiro com fundamento no art. 37, § 6º, da CRFB/88. Alegando ter sofrido grave dano, fundamentou sua demanda na teoria do risco administrativo (responsabilidade objetiva do Estado). O Estado do Rio de Janeiro foi citado e o Procurador responsável pela defesa da Administração Pública percebeu que o dano causado a Pedro decorreu de grave omissão do servidor público estadual Barnabé.

- a) É possível a denunciação da lide nessa hipótese? Como a jurisprudência tem tratado esse assunto?
- b) Caso não promova a denunciação, poderá o Estado regredir posteriormente contra Barnabé?
- c) Uma vez admitida a denunciação e comprovado que houve grave erro do servidor (pretensão do denunciante procedente), será possível ao magistrado, na sentença, determinar que a indenização seja paga a Pedro diretamente por Barnabé?

#### *Caso nº 3*

Durante atividade educacional realizada no Colégio X Ltda., um “bambolê” partiu-se, atingindo o olho direito da menina Maria, de 4 anos de idade. Submetida a duas cirurgias, Maria recuperou apenas 70% da visão no olho atingido.

O pai de Maria já gastou R\$ 20.000,00 com as duas cirurgias e outras despesas médicas. Em ação indenizatória movida contra o Colégio X Ltda., Maria e seus pais (Pedro e Jéssica) pleiteiam indenização por danos materiais (em função da precoce perda da capacidade laborativa e despesas médicas já realizadas), danos morais e, autonomamente, danos estéticos.

Contestando a ação, o réu arguiu preliminar de ilegitimidade passiva, apontando como único responsável pelo dano o fabricante do “bambolê”; e ilegitimidade ativa de Pedro e Jéssica para pleitearem qualquer indenização. Ultrapassada as preliminares, requer a denunciação da lide ao fabricante do “bambolê” — Indústria X Ltda. —, com fundamento no art. 70, III, do CPC. No mérito, negam a existência de nexo causal, alegando que os autores não trouxeram aos autos qualquer prova de culpa in eligendo ou culpa in vigilando. Por fim, sustenta que o dano estético subsume-se ao dano moral.

Como resolver o caso?

## ***JURISPRUDÊNCIA***

(A) Litisconsórcio. Ação anulatória de assembléia de condomínio.

### **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. DECISÕES DIVERGENTES. PREVENÇÃO POR CONEXÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.**

Ação anulatória de assembléia de condomínio e da cobrança de todas as cotas condominiais. Decisão do Juízo da 42a. Vara Cível da Comarca da Capital que, reconhecendo litisconsórcio multitudinário, determinou o desmembramento, com a livre distribuição da nova ação em relação aos litisconsortes excedentes. Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 3a. Vara Cível, por se tratar de litisconsórcio unitário, afigurando-se manifesto o risco de decisões conflitantes, impondo a remessa do feito ao Juízo suscitado. 1. Conexão. Interpretação abrangente das condições estabelecidas no artigo 103 do CPC, prestigiando o objetivo finalístico de evitar decisões contraditórias. 2. Reconhecida a conexão, decorre logicamente a fixação de competência do juízo pelo critério da prevenção, deslocando-se os processos para aquele que primeiro tomou conhecimento da controvérsia do artigo 106 do CPC. Procedência do conflito.

(TJ/RJ, Proc. 2006.008.00458, Conflito de Competência, Des. Antonio Saldanha Pinheiro, j. 03.10.2006. 5ª Câmara Cível)

(B) Litisconsórcio. L. 9.099/95. Valor de Alçada. Controvérsia existente na Turma recursal do TJ/RJ.

PACOTE TURISMO — VIAGEM FRUSTRADA EM FACE DO ATRASO DE 20 HORAS PARA EMBARQUE — RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DOS RÉUS — FALTA DE ADEQUADO ATENDIMENTO DO CONSUMIDOR — DANO MORAL CONFIRADO — POSSIBILIDADE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO, SEM AFRONTA AO TETO PREVISTO PELA LEI 9.099/95 REFORMA DA SENTENÇA. (Processo 2005.700.006238-0, Juíza Simone Cavalieri Frota)

Deficiência na prestação de fornecimento de água, serviço público essencial, exigível pelo consumidor que paga pelo mesmo, através de estimativa arbitrária, sem, contudo receber a contra-prestação correspondente. Obrigação da concessionária de atender a demanda normal dos usuários, vez que implantada a infra-estrutura necessária à sua manutenção, que deverá ser continuada e eficiente. Atendimento aos princípios norteadores dos serviços públicos concedidos, o que importa em eficiência, adequação, segurança e continuidade. Incidência do art. 37, § 6º, da CF/88 e da Lei 8078/90, art. 22. Postulação à indenização por danos não patrimoniais que se reconhece, pela precariedade e ineficiência na prestação de serviço público essencial, gerando permanente desconforto, insegurança e gastos adicionais, pela escassez do fornecimento de água, cuja utilização é cotidiana e necessária a um mínimo de conforto, e indispensável, até mesmo, à manutenção de parâmetros mínimos de higiene e preservação da saúde pública. Sentença que acertadamente reconhece o dano à moral das partes figurantes do pólo ativo, merecendo, contudo, adequação do valor indenizatório já que o valor total não poderá ultrapassar o teto dos Juizados Especiais, conforme se dessume do disposto no art. 39 da Lei 9099/95, mesmo que se trate de litisconsórcio ativo, Limite da indenização para cada Litigante que se fixa em R\$ 5.200,00. Recurso parcialmente provido.

(Proc. 2004.700.037249-4, Juíza Maria Cândida Gomes de Souza)

RESPONSABILIDADE CIVIL — TRANSPORTE AÉREO ANTECIPAÇÃO VÔO — DANO IMATERIAL — RECURSO DESPROVIDO.

Mormente por se tratar de relação de consumo, é de se exigir o cumprimento das obrigações pactuadas pelos contratantes. A antecipação de vôo de ida e os transtornos decorrentes, trazem dissabor ao passageiro, caracterizando dano imaterial. Reclamantes que haviam se programado para efetuar viagem noturna, tendo sido obrigados a antecipar o embarque, em decorrência de alteração unilateral do contrato celebrado. Note-se que o Código de Defesa do Consumidor condena tal prática, tanto que reputa abusiva cláusula que auto-

rizá o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração. Dever de indenizar de índole compensatória. A indenização de dano moral também apresenta caráter punitivo, associado a efeito pedagógico, com o propósito de evitar que o prestador de serviço continue a atuar de modo a trazer insatisfação ao consumidor. Prevalência da possibilidade de reparação integral, prevista no Código de Defesa do Consumidor, sem tarifação do quantum indenizatório. S.m.j., não há que se falar em ultrapassagem do limite de alçada dos juizados especiais, por se tratar de litisconsórcio ativo facultativo. A interpretação de que, em havendo litisconsórcio, o montante dos pleitos não pode ultrapassar o valor de quarenta salários mínimos, contraria o princípio da economia processual, que informa o procedimento nos juizados especiais. Com efeito, em se admitindo tal limitação, se estaria desestimulando o litisconsórcio facultativo, que se afigura benéfico para a engrenagem judiciária, permitindo que a entrega da prestação jurisdicional se dê com a prática de número expressivamente menor de atos processuais, evitando ajuizamento de ações conexas. VOTO ISTO POSTO, conheço do recurso interposto, negando-lhe provimento, na forma do art. 46 da Lei no. 9.099/95, compondo-se a lide na forma da parte dispositiva da r. sentença recorrida de fls. 96/99. Condeno a Recorrente no resarcimento de honorários advocatícios no montante correspondente a 20% do valor da condenação.

(Proc. 2002.700.022991-7, Juiz Arthur Narciso de Oliveira Neto)

#### (C) Litisconsórcio. Ação de Alimentos.

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA.

1 — A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”.

2 — O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.

3 — Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem rece-

be, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.

4 — Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Não participou do julgamento o Ministro Jorge Scartezzini (Art. 162, §2º, do RISTJ). Ausente, justificadamente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

(REsp 658.139/RS, Recurso Especial 2004/0063876-0, rel. Min. Fernando Gonçalves (1107), 4ª Turma, j. 11.10.2005, DJ 13.3.2006, p. 326)

(D) Mandado de segurança objetivando invalidar concurso público. Exigência legal de que todos os candidatos aprovados figurem como litisconstes passivos necessários?

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE TITULAR DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO E ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.**

1. “Dispensável a citação de concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizam direito líquido e certo à nomeação.” (RMS Nº 13.858/MG, DJU de 22/9/2003)

2. De acordo com a pacífica compreensão desta Corte, é vedado ao Poder Judiciário a reapreciação dos critérios usados pela Administração na formulação, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se à análise da legalidade e da observância das regras contidas no edital.

3. Recurso ordinário.

(RMS 15.381/MG, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2002/0127825-5, rel. Min. Paulo Gallotti (1115), 6ª Turma, j. 06.4.2004, DJ 13.3.2006, p. 372)

(E) Denunciaçāo da Lide. Hipótese prevista no art. 70, III do CPC. Acidente de consumo. Decisāo do TJ/RJ.

Decisāo da 2<sup>a</sup> Cāmara Cível do TJ/RJ (AI nº 6.781/2001)

## DECISĀO

Pretende o agravante seja reformada decisāo do Juízo de primeiro grau pro não ter acolhida preliminar de ilegitimidade ativa dos segundo e terceiro agravados e, ainda, por ter indeferida a denunciaçāo da lide.

Sem razão nos dois fundamentos do recurso. A legitimidade ativa dos pais da vitima é indiscutível porque vieram a juízo em nome próprio e para pleitear direito próprio. Não pedem dano moral pelo sofrimento da filha mas pela dor, sofrimento, angústia, preocupação que sentiram em razão do acidente sofrido pela filha.

Quanto ao segundo ponto, doutrina e jurisprudência já firmaram entendimento no sentido de só ser admissível a denunciaçāo, com fundamento no inciso III do artigo 70 do CPC, nos casos de ação de garantia. Vale dizer, quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda. E isso ocorre quando a perda da primeira gera, automaticamente, a responsabilidade do garante.

Resulta daí não ser permitido, na denunciaçāo, a intromissāo de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato.

Nesse sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua 4<sup>a</sup> Turma, no REsp. 2.967-RJ, ReI. Min. Barros Monteiro:

“A denunciaçāo da lide só deve ser admitida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, vedada a intromissāo de fundamento novo não constante da ação originária.”

Na espécie dos autos o agravante quer discutir, através da denunciaçāo da lide, a responsabilidade do fabricante do brinquedo com o qual feriu-se a vitima, matéria inteiramente estranha à demanda originária.

Tenha-se ainda em conta que a ação incidente de garantia, de uma maneira geral, não é admitida nas demandas envolvendo relações de consumo, consoante art. 88 do Código do Consumidor, não só para se evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores seja retardada, mas também porque a denunciaçāo, via de regra, é feita com invocação de uma causa distinta.

À conta destas considerações, nega-se provimento ao recurso. Rio de Janeiro, 30 de maio de 2001.

DES. SERGIO CAVALIERI FILHO RELATOR



## DENUNCIAÇÃO DA LIDE. EVICÇÃO. PRAZOS.

### ACÓRDÃO

Ementa: Direito Processual Civil. Ação ordinária de reparação de danos causados pela evicção. Denunciação da lide feita pela ré. Prazo para a realização da diligência.

“Sobre a obrigatoriedade da denunciação da lide, é digna de acolhida a lição de Pedro Soares Muñoz, para quem, na dúvida, devem prevalecer as regras de direito material. Assim, merece subsistir o ensinamento de Lopes da Costa, segundo o qual

‘quando à denúncia a lei substantiva atribuir direitos materiais (o caso da evicção, por exemplo), é ela obrigatoria. Se apenas se visa ao efeito processual de estender a coisa julgada ao denunciado, é ela facultativa’ (para o denunciante). Para o denunciado, porém, os efeitos inerentes à intervenção são sempre obrigatórios” (Humberto Theodoro Júnior).

O réu deverá fazer a denunciação da lide no prazo para contestar a ação (Código de Processo Civil, art. 71). Da propositura do incidente decorrerá a suspensão do processo (art. 72), observando-se os prazos de citação e resposta da denunciação feita pelo autor (§ 1º do art. 72).

Deferida a denunciação da lide, não se conta novamente o prazo do § 1º do art.

72 da lei de ritos se o litisdenunciado não é encontrado na mesma Comarca do feito e foi indicado residir em outra Comarca. Provimento do recurso.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em prover o recurso, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Rio de Janeiro, em 08 de outubro de 2002.

Desembargador Albano Mattos Corrêa  
Presidente /voto

Desembargador Nagib Slaibi Filho  
Relator

### RELATÓRIO

Extrai-se dos autos deste recurso incidental que tramita no douto Juízo de Direito da 22ª Vara Cível da Capital a ação ordinária em que a agravada pretende a condenação da agravante no pagamento de R\$ 30.000,00 a título de

reparação dos danos materiais e morais decorrentes da apreensão pela Receita Federal, sob o fundamento de importação irregular, do veículo Chevrolet, modelo Lumina APV, ano 1992, placa LAS 1438, que a agravante lhe passara em outro negócio, e que fora alienado a terceiro pela agravada, a quem garantiu pela evicção.

Na oportunidade da resposta, a ora agravante denunciou a lide a quem lhe vendera o veículo, o que foi deferido pela Doutora Juíza (fls. 8 deste instrumento recursal). O litisdenunciado não foi encontrado no endereço ofertado, oficiando-se à Receita Federal e às concessionárias de serviço público para a sua localização. O órgão federal forneceu o endereço do litisdenunciado em Pernambuco, sendo a agravante intimada em 11 de março de 2002 a se manifestar, entendendo esta que teria o prazo de 30 dias, referido no art. 72, § 1º, “a”, do Código de Processo Civil, para requerer a expedição da carta precatória.

Em 22 do mesmo mês de março a agravada requereu ao Juízo a revogação da denúncia sob o fundamento de que a ré-litisdenunciante ficara contumaz no requerimento da diligência, indo os autos à conclusão em 27 seguinte e somente liberado em 15 de abril, com o despacho de que deveria se aguardar o decurso do prazo.

Diz a agravante acabou por certificar que o seu requerimento era intempestivo, sem atentar para os 20 dias em que os autos ficaram inacessíveis, acabando por conduzir à decisão ora agravada no sentido de afastar a litisdenúncia (fls. 37).

Sob o fundamento de que a consequência prevista no art. 72, § 2º, da lei de ritos, somente incide em caso de culpa ou dolo imputável ao denunciante, veio o presente recurso a pretender a reforma do decisum, o que obteve liminar de suspensão da ação principal pela eminentíssima relatora designada para funcionar no período de recesso. A Doutora Juíza prestou as informações requisitadas pela digna relatora.

A agravada trouxe a sua impugnação recursal, dizendo que não há nenhum dispositivo legal que mande contar os trinta dias do art. 72, § 2º, da Lei Processual, a contar da resposta dos ofícios que foram remetidos para a tentativa de localização do litisdenunciado. Aduziu que a devolução do prazo solicitado pela agravante ao duto Juízo já era extemporânea pois ocorreu após o decurso do mesmo prazo, levando-a a formular o requerimento mais de três meses após. Destacou que a ação fora distribuída em 1º de março de 2001 e se encontra suspensa aguardando a improvável citação do litisdenunciado. É o relatório.

Ouça-se a voz de notável processualista sobre a obrigatoriedade da denúncia da lide, em casos como o ora debatido:

“Sobre a obrigatoriedade da denúncia da lide, é digna de acolhida a lição de Pedro Soares Muñoz, para quem, na dúvida, devem prevalecer as

regras de direito material. Assim, merece subsistir o ensinamento de Lopes da Costa, segundo o qual ‘quando à denúncia a lei substantiva atribuir direitos materiais (o caso da evicção, por exemplo) é ela obrigatória. Se apenas se visa ao efeito processual de estender a coisa julgada ao denunciado, é ela facultativa’ (para o denunciante). Para o denunciado, porém, os efeitos inerentes à intervenção são sempre obrigatórios.

Nessa ordem de idéias, numa ação de responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito, provocado por preposto do réu, não se pode falar em obrigatoriedade da denúncia ao agente a que no processo se atribui a culpa pelo evento. Sua convocação, pelo réu, para exercitar o eventual direito de regresso, seria simplesmente facultativa, de modo que a omissão da denúncia da lide não provocará nulidade do processo, nem perda do direito da parte vencida (ponente) de ajuizar, futuramente, outra ação direta contra o preposto para cobrar-lhe regressivamente a indenização.

Em conclusão: a obrigatoriedade de que fala o art. 70 decorre do direito material e não da lei processual.

(Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, edição eletrônica, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001).

Logo adiante, explicita o mesmo Mestre quanto ao procedimento:

Cumpre distinguir entre a denúncia feita pelo autor e a promovida pelo réu:

I — Denúncia feita pelo autor: Quando a denúncia da lide parte do autor, o momento de sua propositura confunde-se com o da própria ação. Na petição inicial, então, será pedida a citação do denunciado, juntamente com a do réu. Mas o juiz deverá marcar o prazo de resposta do denunciado, e o processo ficará suspenso (art. 72). Em princípio, será de quinze dias (art. 297). (49) Para a diligência citatória do denunciado, marca a lei o prazo de sua realização, que é de 10 dias para o residente na Comarca, e de 30 dias, para o residente em outra Comarca, ou em lugar incerto (art. 72, § 1º). “Não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante” (art. 72, § 2º). (50)

No curso do referido incidente, poderá o denunciado:

1) simplesmente permanecer inerte, caso em que findo o prazo de comparecimento o juiz determinará a citação do demandado, prosseguindo a ação apenas entre autor e réu; ou

2) comparecer e assumir a posição de litisconsorte, caso em que poderá aditar a petição inicial; ou, finalmente,

3) negar sua qualidade, quando, então, o autor prosseguirá com a ação contra o réu e terá, mesmo assim, assegurado o direito a ver solucionado na sentença final o direito decorrente da evicção, ou da responsabilidade por perdas e danos a cargo do denunciado.

Só depois de solucionado o incidente da citação do denunciante é que, restabelecido o curso do processo, se realizará a citação do réu (art. 74, in fine).

## II — Denunciação feita pelo réu:

O réu deverá fazer a denunciação da lide no prazo para contestar a ação (art. 71). Da propositura do incidente decorrerá a suspensão do processo (art. 72), observando-se os mesmos prazos de citação e resposta já aludidos no tópico da denunciação feita pelo autor (§ 1º do art. 72).

Feita a denunciação da lide, não estará o réu obrigado a apresentar simultaneamente a contestação. Ad instar do que se dá na nomeação à autoria (art. 67), deverá ser reaberto ao denunciante o prazo para contestar, após a solução do incidente, mesmo porque, as mais das vezes, dependerá do comparecimento do denunciado para estruturar sua resposta.

Ao denunciado o juiz marcará o prazo de resposta e, após sua citação, poderá ocorrer uma das seguintes hipóteses previstas pelo art. 75:

1º) Se o denunciado aceitar a denunciação, poderá contestar o pedido, no prazo de resposta (15 dias), que começará a fluir depois do prazo dado para responder à nomeação (isto é, depois que o processo deixar de sofrer os efeitos da suspensão inicial).

2º) Se o denunciado for revel, ou seja, deixar de responder à denunciação ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe for atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final. O prazo de contestação será reaberto após a solução do incidente, mediante intimação do réu, como já afirmamos, se a defesa não tiver sido oferecida juntamente com o pedido de denunciação da lide.

3º) Se o denunciado comparecer e confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa, com reabertura do prazo de resposta, nas condições mencionadas no tópico anterior.”

A citação é extensa, o ensinamento denso e profundo, como é habitual ao ilustre processualista. Mas daí não se extrai que o prazo de trinta dias deve ser novamente contado a partir da ciência de que o litisdenunciado está em Comarca diversa.

É certo que eventual aplicação (Código de Processo Civil, art. 126, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º) do princípio da *actio nata* deve ser de que o prazo somente se inicia quando o fato é levado à cognição da parte interessada.

Neste sentido, não corre o prazo da prescrição aquisitiva antes da *actio nata* (STF, RE nº 93.856-7, ac. de 30.04.85, Rel. Min. Aldir Passarinho, in Rev. Jur. Mineira 25/57; RE nº 84.697, ac. de 20.02.79, Rel. Min. Leitão de Abreu, in Juriscível 78/85.).

Ora, no caso, como descrito no relatório desta decisão, a citação do litisdenunciado foi requerida no prazo da resposta, pois a demandada acreditava que o mesmo residia nesta Comarca.

Frustrada a diligência citatória, foram expedidos ofícios indagando do endereço, indicando-se em um deles a residência em outro Estado da Federação.

Tal notícia não abriu novo prazo para a litisdenunciação, porque esta já havia sido feita e aceita pelo Juízo.

No nosso sistema processual, na linha da orientação da Súmula 78 do antigo Tribunal Federal de Recursos, e pelo que está na parte final do § 2º do art. 219 do Código de Processo Civil, a parte não pode ficar prejudicada pela demora que não lhe possa ser imputável.

É justamente o caso, pois a parte requereu a denunciação da lide no prazo legal e talvez não devesse ter o Doutor Juiz deferido as diligências junto aos órgãos públicos e concessionárias de serviço público para a localização do mesmo. Contudo, se o fez, e aí sem reclamação dos interessados, não é possível excluir o direito pela instituição de prazo preclusivo não autorizado pela lei, para não surpreender a parte.

Pelo exposto, o voto é no sentido de prover o recurso no sentido de reformar a respeitável decisão agravada e fazer retornar os efeitos da denunciação da lide.

Desembargador Nagib Slaibi Filho  
Relator

(TJ/RJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2002.002.10981, classe V, 07.8.2002)

(F) Denunciação da lide. Responsabilidade Civil do Estado. Aspectos Controvertidos.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONTRA A UNIÃO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. INSTAURAÇÃO DE NOVA RELAÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO REGRESSIVA ASSEGURADA. ART. 70, III, CPC.

1. Cuida-se de agravo de instrumento nos autos de Ação de Reparação de Danos ajuizada por COMÉRCIO E TRANSPORTES RAMTUHN LTDA. contra a UNIÃO (sucessora do DNER). As razões do agravo visam reformar decisão que aceitou denunciação à lide da empresa SBOG — Sociedade Brasileira de Obras Gerais Ltda., sugerida pela UNIÃO, determinando-se a suspensão do processo e a citação da denunciada para contestação. O TRF/4ª Região deu provimento ao agravo de instrumento, decidindo que a denunciação à lide só é obrigatória para garantir o direito de ação regressiva pelo denunciante, não estando obrigado o julgador a processá-la se entender que onerará a prestação jurisdicional. Recurso especial da União fundamentado

na alínea “a” apontando violação do art. 70, III, CPC. Defende, em suma, que o art. 70, III, do CPC, permite denunciar à lide aquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. Sem contra-razões.

2. A 1<sup>a</sup> Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp 313.886/RN, Rel<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ 22/03/04, firmou o entendimento de que “a denúncia da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. (...) A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade— de prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.”

3. Merece ser confirmado o aresto recorrido que indeferiu a denúncia da lide da empresa referida. Não sendo hipótese de obrigatória denúncia da lide para assegurar o direito de regresso, atenta contra o princípio da celeridade processual admitir no feito a instauração de outra relação processual que verse fundamento direto da relação originária, a demandar ampliação da dilação probatória, onerando a parte autora.

4. Recurso especial não-provido.

(REsp 835.325/SC, Recurso Especial 2006/0068596-0, rel. Min. José Delgado (1105), 1<sup>a</sup> Turma, j. 03.8.2006, DJ 31.8.2006, p. 262)

#### PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DE—NUNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE.

1. “A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando suscetível de puser em risco tais princípios” (REsp

43367/SP, 4<sup>a</sup> Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.06.1996).

2. No caso, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a denúncia da lide ao agente público causador do dano implicaria prejuízo à celeridade e à economia processual, o que impede sua admissão.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 770.590/BA, Recurso Especial 2005/0125548-4, rel. Min. Teori Albino Zavascki (1124), 1<sup>a</sup> Turma, j. 14.3.2006, DJ 03.4.2006, p. 267)

#### (G) Amicus Curiae. Participação no Processo. Sustentação Oral no STF.

Voto: Sr. Presidente, cheguei a sustentar, na questão de ordem na Petição 2.223, que a lei não admitia a sustentação oral dos amici curiae. Fundei-me, para isso, numa interpretação do art. 7º da Lei nº 9.868, em combinação, aliás, com um parágrafo anterior vetado, que fora, de certo modo, até uma sugestão minha, na discussão da ADC-1, de um procedimento-edital pelo qual se desse ciência aos legitimados do ingresso de uma ação direta de constitucionalidade, ou de uma ação declaratória de constitucionalidade, para que pudessem eles intervir no pro— cesso e, eventualmente, propor uma ação em sentido contrário. Esse parágrafo foi vetado (um dia vou contar, nas memórias, que espero não escrever, por influência de quem). Mas o certo é que nele se previa que, naquele prazo, é que o Relator admitiria a manifestação do amicus curiae. Enquanto corria o prazo do edital para que os outros legitimados viessem ao processo, o Relator poderia, além deles, que teriam o ingresso assegurado, admitir os outros, como amici curiae. Hoje me convenço que a questão, a rigor, não é legal; é menor, é regimental. Basta ler a Lei 9.868. Ela, impondo uma virada na orientação regimental anterior, previu, como direito do requerente e do requerido, a sustentação oral no julgamento cautelar, mas não se previu no julgamento de mérito. Então, se reduzíssemos o problema da sustentação oral ao plano da interpretação literal, chegaríamos à solução paradoxal de que, mesmo as partes formais, nesse processo sui generis de controle abstrato, só poderiam falar no julgamento liminar, não no definitivo. O que mostra, rigorosamente, que a lei pode impor sustentações orais em determinados momentos que considere essenciais. Mas, deixa sempre em aberto o que não regulou, para que o Tribunal a admita, ou não, em outras fases. Comovido sinceramente pelos valores que os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Gilmar Mendes realçaram hoje nessa questão, aparentemente menor tenho, porém — talvez pela responsabilidade de estar sentado agora nesta cadeira de decano, tenho de recordar, também — como o faria o meu insigne antecessor nela — outra responsabilidade do Tribunal: a responsabilidade com a sua sobrevivência, sua viabilidade e sua funcionalidade. Com as manifestações havidas, vou admitir, hoje, a sustentação requerida para provocar o Tribunal. Mas entendo urgente, que, mediante norma regimental, venhamos a encontrar uma fórmula que, sem comprometer a viabilidade do funcionamento do Tribunal — nesta, que é a sua função mais nobre: o julgamento dos processos objetivos do controle de constitucionalidade —, possamos, ouvir, o que me parece extremamente relevante, o amicus curiae admitido. Admito, hoje, a sustentação oral e insto o Tribunal a que imaginemos uma fórmula regimental que a discipline, em especial, para as hipóteses em que sejam muitos os admitidos à discussão da causa.

(ADI 2.777 QO/SP, rel. p/ o Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão pendente de publicação, Inf. 349 STF)



## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (MP/RJ. 19º Concurso.) Pode o Juiz, convencido da responsabilidade exclusiva do denunciado à lide, condená-lo diretamente a pagar a indenização pleiteada pelo Autor e julgar improcedente o pedido em face do réu—denunciante? Resposta objetivamente justificada.

2. (MP/RJ. 6º Concurso. Preliminar) O litisconsórcio passivo formado em ação de anulação de negócio jurídico é necessário? É unitário? (Resposta objetivamente justificada).

3. (OAB/RJ, 31º Concurso) A pluralidade de partes no pólo passivo, possibilitada pela natureza da relação jurídica substancial, na hipótese de sentença uniforme para todos os demandados, é considerada espécie de litisconsórcio:

- a. Simples;
- b. Unitário;
- c. Necessário;
- d. Facultativo.

4. (OAB/RJ, 22º Concurso) A ação regressiva exercida pelo réu em face de terceiro dentro do processo em que é demandado é a:

- a. oposição;
- b. assistência;
- c. nomeação à autoria;
- d. denunciação da lide.

5. (OAB/RJ, 18º Concurso) Acerca de denunciação da lide, é correto dizer que:

- a. Configura incidente da execução de sentença;
- b. É instituto assemelhado à ação monitória;
- c. É o instituto pelo qual um terceiro, pretendendo no todo ou em parte o bem objeto da lide, postula-o no processo das partes primitivas;
- d. É ação antecipada de regresso exercida por uma das partes, nos mesmos autos da ação primitiva, para se resguardarem das consequências de insucesso na demanda.



6. (OAB/RJ, 15º Concurso) A ação regressiva, exercida como modalidade de intervenção de terceiros, configura o (a):

- a. Chamamento ao processo;
- b. Nomeação à autoria;
- c. Denunciaçāo da lide;
- d. Oposição.

7. (OAB/RJ, 14º Concurso) O fiador de contrato de locação, na ação de despejo cumulada com cobrança ajuizada em face apenas do locatário, pode ou deve intervir no feito com base em qual dos institutos abaixo:

- a. Recurso do terceiro prejudicado;
- b. Assistência
- c. Denunciaçāo da lide;
- d. Litisconsórcio necessário.



## AULAS 18 E 19: OS ATOS PROSSECUAIS E SEUS VÍCIOS: A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

### INTRODUÇÃO

No desenvolvimento da relação processual, são realizados diversos atos pelas partes, pelo juiz e por todos aqueles que participam do processo. De forma sintética, podemos dizer que ato processual é todo aquele praticado na cadeia do processo, sendo regido pelo direito processual.

A classificação dos atos processuais, como será visto, não difere muito daquela feita para os atos jurídicos em geral. Contudo, merece especial enfoque o tratamento dado aos vícios dos atos processuais. O regime das nulidades processuais difere daquele existente para outros atos jurídicos e será sempre informado pelos princípios da liberdade das formas, do prejuízo e da instrumentalidade das formas. De fato, o processo é um instrumento de aplicação do direito, e, assim, o mais importante é a finalidade do ato e não sua regularidade formal.

Ao longo da aula, será dada especial atenção aos atos processuais de comunicação, tema clássico da teoria geral do processo, que, hoje, deve ser estudado sob um novo enfoque em razão dos novos métodos de comunicação eletrônica dos atos processuais previstos pela Lei 11.419/06.

### LEITURA BÁSICA

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. IX: “Atos Processuais”, p. 241-69.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capítulos 34 e 35: “Atos Processuais: Conceito e Classificação” e “Vícios do Ato Processual”; p. 31-45.

### LEITURA COMPLEMENTAR

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Capítulo XII: “Dinâmica do Processo”, p. 215-23.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

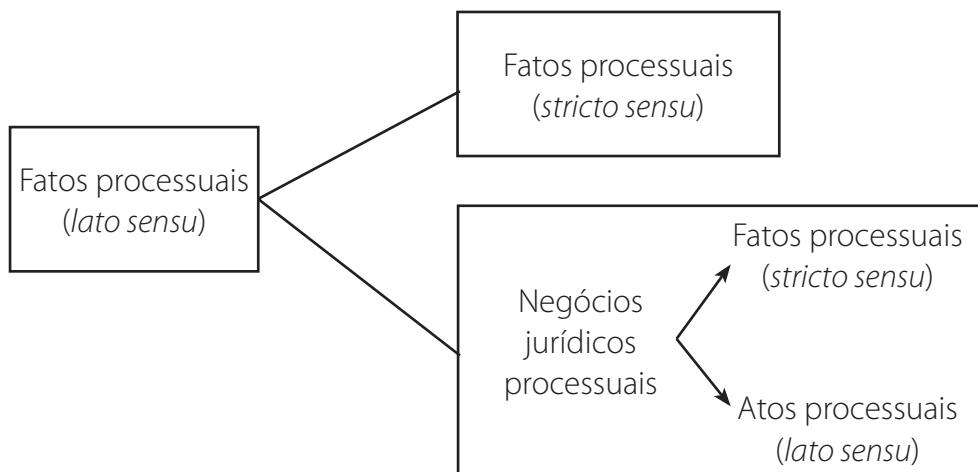
PARREIRA, Antonio Carlos. Breves anotações sobre a lei do processo eletrônico (Lei nº 11.419/2006). Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/tex—to.asp?id=9309>.

### EMENTÁRIO DO TEMA

- Atos processuais e sua classificação
- Forma dos atos processuais e sua instrumentalidade
- Vícios dos atos processuais: planos da existência, validade e eficácia
- A comunicação dos atos processuais
- A comunicação eletrônica dos atos processuais (Lei 11.419/06)

### NOTA AO ALUNO

O ato processual é espécie do gênero ato jurídico, ou seja, atos que possuem relevância para o direito. Não existe consenso doutrinário sobre qual o critério utilizado para determinar o que são ato jurídico e ato processual, nem sobre de que modo esses atos processuais devem ser classificados. Contudo, a classificação comumente encontrada é aquela que, de modo semelhante ao que é feito pelo direito civil, estabelece distinção entre fatos processuais, atos processuais em sentido estrito e negócios jurídicos processuais.<sup>81</sup>



Os atos processuais são ainda estudados segundo sua forma, tempo e lugar. No processo civil, a forma dos atos processuais está regulada nos artigos 154 usque 171 do CPC; o tempo dos atos processuais, nos artigos 172 usque 176; e o lugar dos atos processuais, no art. 176. O CPC trata ainda dos prazos processuais, nos artigos 177 usque 199, e da comunicação dos atos

<sup>81</sup> A categoria dos negócios jurídicos processuais é negada por alguns autores.

processuais, nos artigos 200 usque 242. Houve inovação substancial em relação aos atos processuais pela Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a informatização do processo judicial.

Em relação à forma dos atos processuais, é importante destacar que os atos processuais são sempre informados pelos princípios da liberdade e instrumentalidade das formas (arts. 154 e 244 do CPC). De fato, no processo, a forma não deve ser encarada como um fim em si mesmo, mas como um meio de proporcionar com celeridade e segurança determinado objetivo. O princípio da instrumentalidade é corolário do princípio da economia processual<sup>82</sup>, haja vista que processo é um instrumento para aplicação do direito.

Os princípios da liberdade e da instrumentalidade das formas são de observância obrigatória no estudo dos vícios processuais e suas consequências (nulidades processuais). Também de forma semelhante ao que ocorre com os atos jurídicos em geral, os atos processuais devem ser analisados em três diferentes planos: existência, nulidade e eficácia. Aliás, esse é outro ponto em que se encontra grande divergência na doutrina, mas é possível estabelecer uma divisão.

Ato processual inexistente é aquele que não possui elemento constitutivo míni—mo (como uma sentença sem dispositivo). O ato inválido está em desacordo com o “esquema” previsto, em abstrato, pela lei. O ato processual só será considerado nulo ou inválido quando houver pronunciamento judicial e, até esse momento, é tido como válido. Prevalece o entendimento de que o ato nulo pode ser dividido em três sub-espécies: nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade.

Contudo, é no estudo da eficácia dos atos processuais que a matéria apresenta maiores inovações. É possível, e até comum, que o ato nulo produza efeitos, desde que respeitados os princípios da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo. A possibilidade de eficácia de um ato nulo será sempre verificada pelo magistrado em cada caso concreto. Em certas situações, a nulidade é tida como irrelevante por não sacrificar a finalidade processual, nem prejudicar as partes envolvidas. É essa a lição do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

“É preciso também distinguir, em determinadas situações que costumam ocorrer no processo, o problema da eficácia do ato processual nulo. Parece uma contradição, mas não é. Na medida em que o plano da validade do ato processual é distinto do plano da eficácia, é perfeitamente possível que um ato válido não seja eficaz (por exemplo: a sentença sujeita a recurso com efeito suspensivo) ou que, inversamente, um ato inválido seja eficaz, como é o caso da sentença nula, sem fundamentação, transitada em julgado.

A partir desse enfoque, da sistematização correta desses planos, uma série de mitos do nosso direito processual deixarão de existir, como: ‘o ato convalesceu’, ‘a nulidade foi sanada’, ‘o efeito sanatório da coisa julgada’, etc. O que

---

<sup>82</sup> O princípio da economia preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

existe, na realidade, é que o ato processual pode ter o vício, pode ser inválido, mas eficaz, produzir efeitos — não porque o ato convalesceu, não porque a nulidade foi sanada, não porque o efeito da coisa julgada é sanatório... A existência ou não do vício seria absolutamente irrelevante.”<sup>83</sup>

## ESTUDO DE CASO

### *Caso nº 1*

Maria e Carolina ajuizaram ação reivindicatória contra Carlos e Pedro. Efetuada a citação pelo correio, os réus protocolizaram a contestação que, diante da alegação dos autores, confirmada pela certidão da secretaria do cartório, foi considerada intempestiva. Assim, foi decretada a revelia na forma do art. 319 do CPC.

Os réus pediram a reconsideração da decisão, alegando que a citação realizada teria sido nula, eis que, não obstante ter sido entregue a correspondência no endereço correto, o aviso de recebimento foi assinado por pessoa estranha, em desconformidade, portanto, com a norma do art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Segundo os réus, a citação pelo correio, feita de forma irregular, acarreta a nulidade absoluta do ato. Sustentaram os réus que “a citação como pressuposto processual objetivo intrínseco à relação processual, deve obedecer às formalidades legais” e, “uma vez comprovada a ocorrência de nulidade, o ato deve ser invalidado, vez que não pode ser convalidado”.

O juiz de direito, por se tratar de matéria de ordem pública, declarou nulos os atos decisórios proferidos, em razão do reconhecimento da nulidade da citação, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento pelos autores. O magistrado fundamentou sua decisão da seguinte forma:

“Demonstrado o prejuízo causado aos Recorrentes, deve ser decretada a nulidade da citação, mesmo com o comparecimento espontâneo dos Recorrentes na ação principal, visto que a defesa fora desentranhada e decretada à revelia dos mesmos, embora eivado de vícios o ato citatório, maculando sua eficácia e validade.”

No agravo de instrumento, o advogado argumenta que a nulidade da citação não levaria à consequência dada pelo juiz, porquanto o ato, mesmo realizado de forma irregular, alcançou a sua finalidade. Aduz ainda que os recorridos tivessem pleno conhecimento da existência da causa e que chegaram mesmo a apresentar sua defesa, porém de forma intempestiva.

Como deve o tribunal decidir?

<sup>83</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública — uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 75.

### *Caso nº 2*

Conhecida multinacional requereu a devolução do prazo para apelar contra sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito pelo seguinte motivo: embora constassem da procuração os nomes de vários advogados, há nos autos pedido no sentido de que as intimações sejam feitas em nome de um especificamente designado para tal fim. A publicação, todavia, foi feita em nome de outro advogado constante da procuração, não tendo o cartório atentado para a indicação anterior— mente feita. Assim, a empresa somente teve ciência da sentença quando o prazo para apelar já havia se exaurido.

O prazo deve ser devolvido?

### *Caso nº 3*

Leonardo ajuizou ação de despejo por falta de pagamento em face de Carlos. Após ter procurado o réu por três vezes em sua residência, oficial de justiça não o encontrou e, por suspeitar que Carlos estivesse se ocultando, intimou sua mulher de que voltaria dois dias depois às 8 horas da manhã. Contudo, no dia e hora assinados, o oficial de justiça retornou à residência do réu para efetuar a citação. Mais uma vez, o réu não foi encontrado. A esposa do citando, por sua vez, não conseguiu justificar as razões da ausência. Citado por hora certa, o réu não apresentou resposta, e lhe foi dado curador especial, que apresentou a defesa. Preliminarmente, o curador argumentou sobre a nulidade da citação, haja vista que não havia ficado devidamente configurada a certeza da ocultação para ensejar a citação com hora certa.

Como a questão deve ser decidida pelo juiz da causa?

## ***JURISPRUDÊNCIA***

(A) Citação. Instrumentalidade das Formas

PROCESSUAL CIVIL — CITAÇÃO PELO CORREIO — PESSOA FÍSICA

— COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO — CIÊNCIA INEQUÍ-  
VOCA DA DEMANDA RECONHECIDA PELO ARRESTO RECORRIDO — CONTESTAÇÃO — ALEGAÇÃO POSTERIOR DE NULIDADE DO ATO CITATÓRIO — INADMISSIBILIDADE.

I — Afirmado pelo acórdão recorrido que houve ciência inequívoca da demanda, tanto que apresentada defesa, não obstante a irregularidade formal do ato citatório, sem que essa assertiva fosse contestada pelos réus, ora recorrentes, improsperável o recurso especial.

II — O processo civil moderno orienta-se pelo princípio da instrumentalidade das formas. Reputa-se válido o ato que, mesmo realizado de forma diferente, cumpriu a sua finalidade.

III — Só se conhece de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, se o dissídio estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido.

(REsp 514.304/MT, Recurso Especial 2003/0029838-4, rel. Min. Castro Filho (1119), 3ª Turma, j. 02.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 460)

(B) Intimação. Advogados indicados na petição inicial.

#### PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO. ADVOGADOS INDICADOS NA INICIAL. NULIDADE.

1. Indicando a parte expressamente que as intimações devem ser realizadas em nome de determinados advogados, há nulidade se nas publicações tal requerimento não é atendido. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido.

Voto do Relator Ministro Milton Luiz Pereira:

Da leitura do relatório, depreende-se que a Recorrente se insurgiu contra Acórdão que entendeu válida intimação de sentença que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, ticando o v. Acórdão resumido nos seguintes termos:

“Intimação. Válida a feita em nome de três dos treze advogados procuradores da parte, pertencentes ao mesmo escritório. Irrelevância de ter havido pedido para que a intimação fosse feita em nome de outros que subscreveram a inicial em razão do atendimento anterior, por um deles, a intimação feita nos mesmos moldes que a ora impugnada, sem qualquer impugnação. Agravo retido provido. Apelo não conhecido.” (fls.91)

Aberto o pórtico para o conhecimento (art. 105, IH, a, c, CF), cumpre observar que na inicial, às fls. 6, há pedido expresso para “que das intimações constem os nomes dos subscritores da presente”, Drs. Dirceu Freitas Filho e Ricardo Takahiro Oka. Ao contrário do requerido, todavia, a publicação da sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, constante às

fls. 57, foi feita na pessoa dos Drs. Jorge Saeki, Jorge Hachiya Saeki e Sílvio Eiti Tanaka, em desconformidade, portanto, com o requerimento inicial.

A questão não é nova e já por algumas vezes foi enfrentada neste Superior Tribunal, assentando-se que deve prevalecer o pedido feito pela parte para que as intimações sejam realizadas na pessoa do advogado indicado, sob pena de nulidade. Essa a orientação que se delineou nos seguintes arrestos, cujas ementas permito-me transcrever:

**PROCESSUAL CIVIL — INTIMAÇÃO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PUBLICAÇÃO EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO DAQUELE INDICADO PARA TAL FIM. NULIDADE — PRECEDENTES STJ.**

— Em regra, sendo vários os advogados regularmente constituídos, será válida a intimação, surtindo os efeitos legais, quando constar da mesma o nome de apenas um deles.

— Entretanto, havendo designação prévia e expressa do advogado que receberá as intimações, o nome desse deverá constar das publicações sob pena de nulidade e cerceamento do direito de defesa, ainda que existam outros patronos constituídos.

— Questão de mérito prejudicada.

— Recurso conhecido e provido para que, anulado o v. arresto hostilizado, seja efetuada nova intimação.”

(REsp 127.369/SP, rel. Min. Peçanha Martins, DJU 27.3.2000)

**PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO.**

1. Comprovada a falta de intimação do advogado da parte, impõe-se o acolhimento dos embargos declaratórios, com efeito modificativo, anulando-se o julgamento e determinando que se proceda a intimação regular do patrono da recorrente.

2. Embargos recebidos.

(EDREsp 169.742/MG, rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 18.9.2000.)

**PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. ADVOGADO. NULIDADE.**

1. Em regra, sendo vários os advogados regularmente constituídos, será válida a intimação, surtindo os efeitos legais, quando constar da mesma o nome de, apenas, um deles.

2. Entretanto, havendo designação prévia e expressa do advogado que receberá as intimações, o nome deste deverá constar das publicações, pena de

nulidade e cerceamento do direito de defesa, ainda quando existam outros patronos constituídos.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 89.7811SP, rel. Min. Menezes Direito, DJU 03.2.1997)

AGRAVO REGIMENTAL. TEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. INVIALIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚM. 7/STJ.

1. A intimação da parte deve ser publicada, no órgão oficial, em nome do advogado expressamente indicado para esse fim.

2. Tempestivo o agravo regimental, reforma-se a decisão que o julgara extemporâneo.

3. No mérito, o agravo não pode ser acolhido, a despeito dos esforços do seu ilustre subscritor.

4. O Acórdão impugnado via recurso especial fundamenta-se, basicamente, na falta da prova do dano sofrido peia autora que, inclusive, dispensou a realização da perícia, matéria cujo reexame é vedado nesta instância superior, a teor da Sím. 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido.

(AGRAGA 81.654/DF, rel. Min. Peçanha Marins, DJU 05.5.1997)

Confluente ao exposto, incorporando a fundamentação dos precedentes colacionados, voto dando provimento ao recurso. É o voto.

(REsp nº 162.202-SP, Recurso Especial 1998/0005297-6)

*ANEXO: DEFESA DE RÉU EXCLUSIVAMENTE POR ESTAGIÁRIO PROVOCA NULIDADE NO PROCESSO PENAL (NOTICIADO NO SITE WWW.STJ.GOV.BR, 25.3.2002)*

A representação do réu, em uma das etapas do processo penal, por um estagiário desacompanhado de defensor público ou advogado constitui falha absoluta que leva à anulação dos demais atos processuais. Este entendimento foi firmado, por unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça durante o julgamento de um habeas-corpus proposto em favor de um condenado por tráfico de drogas e relatado pelo ministro Felix Fischer. “No processo penal, mais do que em qualquer outra seara, tendo em vista que está em jogo a liberdade do acusado ou até o estigma causado por condenação, exige-se um rigor adicional na observância do princípio da ampla defesa”, sustentou o relator da causa no STJ.



Em setembro de 1995, o brasiliense Adair José Ramos foi denunciado com base no art. 12 da Lei nº 6386/76 pela venda de 1,04 g de merla (droga derivada da cocaína), pelo preço de R\$ 15,00. Em outubro de 1997, o réu foi sentenciado a quatro anos de prisão em regime fechado pela 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais (VECP). A condenação foi posteriormente confirmada pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que negou o recurso de apelação proposto pelo defensor de Adair Ramos. Sob a alegação de deficiência na defesa durante o desenrolar do processo em primeiro grau, foram propostos, em setembro de 2001, embargos de nulidade (infringentes) — também rejeitados pelo TJ/DF.

Diante do posicionamento da Justiça Comum, o advogado de Adair Ramos ingressou no Superior Tribunal de Justiça com um habeas-corpus a fim de restabelecer a liberdade de seu cliente, anular a sentença e a decisão do TJ/DF (acórdão da apelação) correspondentes à condenação ou pelo menos a reabertura do prazo para o oferecimento dos embargos infringentes ao TJ/DF. Para tanto, foi alegado que à época dos depoimentos de testemunhas (1º grau) não houve intimação pessoal do defensor público que representava o réu, cuja defesa naquela fase processual coube a um estagiário da Fundação de Assistência Judiciária do DF.

A participação do estagiário no processo — desacompanhado de advogado ou defensor público — ocorreu em audiência realizada em maio de 97, para que fossem ouvidas as testemunhas de acusação e defesa. Na oportunidade, o estagiário nada perguntou e desistiu da tomada de depoimentos. O episódio ocorrido levou a Quinta Turma do STJ a conceder parcialmente o habeas-corpus em favor de Adair Ramos.

“O erro detectado, qual seja, defesa realizada por estagiário desacompanhado de defensor público ou advogado, por si, configura falha fatal e absoluta”, observou o ministro Felix Fischer durante o julgamento da questão. Segundo ele, as características e peculiaridades do processo penal recomendam a obediência rigorosa ao princípio da ampla defesa. “Mais do que simplesmente se abrir ao acusado a chance de se defender, é preciso que a defesa seja realmente exercida”, concluiu ao votar pela concessão parcial do habeas-corpus a fim de anular o processo a partir da etapa de depoimento de testemunhas, devendo Adair Ramos ser acompanhado por profissional devidamente habilitado nas demais fases processuais a serem repetidas.



## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (OAB-RJ, 18º Concurso) A preclusão lógica se revela:
  - a. Pela prática de ato incompatível com aquele que poderia ser praticado no prazo legal;
  - b. Na ultrapassagem do prazo para prática de um ato processual;
  - c. Pelo exercício de uma faculdade processual;
  - d. Pela propositura da ação no prazo legalmente previsto.
  
2. (OAB-RJ, 16º Concurso) A preclusão lógica para prática de um ato processual deriva:
  - a. Do escoamento do prazo para prática de um ato processual;
  - b. Da manifestação expressa da parte no sentido de conformar-se com o ato ou decisão judicial;
  - c. Da revelia;
  - d. Da prática de ato processual incompatível com o ato que poderia ser praticado.
  
3. (OAB/RJ, 9º Concurso) As publicações dos atos processuais no Diário Oficial do Poder Judiciário consistem necessariamente em:
  - a. Proceder as intimações do réu para que venha a juízo se defender;
  - b. Forma legal pela qual se dá ciência a alguém dos termos do processo;
  - c. Existem para dar publicidade dos atos judiciais a terceiros;
  - d. Mera formalidade burocrática, vez que as intimações devem ser feitas pessoalmente.



## AULAS 20 E 21: DIREITO PROBATÓRIO

### INTRODUÇÃO

Para facilitar a compreensão das atos realizados no processo de conhecimento, é possível dividi-lo (seu rito) em três fases ou etapas ao longo das quais são realizados os atos processuais: (a) postulatória, (b) instrutória e (c) decisória<sup>84</sup>. Dependendo do procedimento utilizado, estas fases serão mais ou menos nítidas. No rito dos Juizados Especiais Cíveis, estas fases estão bem concentradas, diferentemente do que ocorre no procedimento ordinário.

Na primeira dessas fases (postulatória), o Estado-juiz é procurado pelas partes, pelo autor e depois pelo réu, que lhe apresentam suas versões dos fatos, expõem seus fundamentos e suas pretensões. Para decidir sobre as pretensões que lhe foram apresentadas, não basta ao magistrado conhecer profundamente o direito (*iura novit curia*), mas é essencial também que o magistrado conheça bem os fatos sob os quais irá incidir o direito positivo. Na maioria das vezes, o Juiz defronta-se com, ao menos, duas versões de fatos conflitantes, divergentes. Para chegar a uma decisão justa, o juiz precisa saber os fatos reais e verdadeiros e, para isso, é essencial que estes fatos estejam demonstrados em juízo.

No processo, não bastam as narrativas das partes, pois é preciso que as versões dadas aos fatos sejam corroboradas com provas, e isso ocorre durante a chamada fase instrutória ou probatória. Realizada a instrução processual, chega-se, enfim, à fase decisória, quando, baseado nas provas existentes e aplicando aos fatos reconstituídos, por intermédio das provas, as normas jurídicas, o Juiz julga a pretensão que lhe foi deduzida.

É valido observar que, no processo civil, excepcionalmente, a fase probatória pode não ocorrer quando não houver controvérsia sobre matéria fática ou quando for caso de revelia e estivermos diante de caso em que se discute sobre direitos disponíveis. Nessas situações, tramitando o processo pelo rito ordinário, ocorrerá o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC).

Nada obstante, na maioria dos processos que tramitam no Judiciário, é fundamental que se tenha um bom conhecimento sobre as questões relacionadas ao direito probatório. De fato, sem uma correta reconstituição dos fatos sobre os quais incide a norma jurídica, não é possível chegar a uma solução justa para solucionar o litígio.

<sup>84</sup> Há quem afirme serem quatro fases e não três, sendo incluída entre as duas primeiras etapas a chamada fase saneadora do processo. Saneamento é o ato de pôr em ordem as coisas, verificar se está tudo como deve estar e tomar as providências, caso não esteja. Corrigir o que está errado, dar remédio ao que deve ser remediado. Então, depois da fase postulatória, depois de ouvidas as partes, o Juiz vai inspecionar o processo para ver se está tudo em ordem e fixar os pontos controvertidos do processo. só é necessário produzir prova em relação aos fatos controvertidos.

### *LEITURA BÁSICA*

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. VII: “Ação”, § 3º Condições da Ação, p. 124-32.

RINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 36: “Prova: Conceito, Discriminação, Ônus e Valoração”; p. 347-52.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Parte III. Capítulo IV: “A Defesa no Código de Processo Civil”; p. 317-33.

### *LEITURA COMPLEMENTAR*

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Capítulo XIII: “Prova”, p. 225-48.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, abr.-jun. 1997; ou *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 86, p. 123-40, abr./ jun. 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 53—63, abr./jun. 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Cap. 12: “O Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória”, p. 205-21.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Capítulo 12: “A Prova”

MARINONI, Luis Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. (Disponível em: [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br))



## EMENTÁRIO DO TEMA

- Prova: conceito e objeto
- Destinatários da prova e sistemas de valoração
- Ônus da prova (direito de defesa, ônus da prova e carga dinâmica da prova)
- Meios de prova
- Prova emprestada
- Provas em espécie

## NOTA AO ALUNO

A palavra “prova”, encontrada no direito processual em, ao menos, três principais sentidos, pode significar: (a) a atividade realizada pelas partes para fornecer ele— mentos de convicção para o magistrado; (b) os meios utilizados na realização dessa atividade e, assim, se fala em prova pericial ou prova documental; e (c) os resultados obtidos por essa atividade, como quando, por exemplo, o réu consegue provar que não estava no local do crime.

O objeto sob o qual recai a prova será, quase sempre, questões de fato, podendo, excepcionalmente, a prova recair sobre direito<sup>85</sup>. Em verdade, “a prova não se destina a provar fatos, mas afirmações de fatos”<sup>86</sup> trazidas, pelas partes, ao processo. Portanto, a função da prova é permitir ao Juiz a reconstituição dos acontecimentos narrados pelas partes. Alguns fatos, contudo, não precisam ser provados pelas partes, como os fatos incontroversos, os fatos legalmente presumidos e os notórios<sup>87</sup>.

Em nosso ordenamento, a iniciativa para produção das provas é das partes, mas também é permitido que o juiz a tenha<sup>88</sup>. É óbvio que, dependendo da natureza do interesse que estiver em jogo, maior deve ser o zelo do magistrado com uma adequada reconstituição dos fatos afirmados pelas partes. O magistrado irá formar sua convicção pela livre apreciação das provas, mas sempre fundamentando sua decisão. É esse o chamado sistema do livre convencimento ou persuasão racional<sup>89</sup>, consignado no art. 131 do CPC. O juiz, ao utilizar as regras de distribuição do ônus da prova, na medida em que provas de extrema relevância para a formação de sua convicção não foram produzidas, não efetua sua valoração, mas se socorre de regras puramente técnicas.

É no momento de valorar a prova e decidir que o magistrado deve observar as regras referentes ao ônus objetivo da prova. Segundo a norma presente no art. 333 do CPC, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu provar fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (ônus subjetivo da prova).

<sup>85</sup> Ver art. 337 do CPC.

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.

<sup>87</sup> Os fatos notórios são mencionados no art. 334 do CPC, enquanto o art. 335 do mesmo diploma legal trata da possibilidade de utilização de regras de experiência pelo magistrado. Os fatos notórios são aqueles de conhecimento de todos e que não precisam ser provados (ex.: não preciso provar que o presidente lula foi reeleito ou que o Brasil perdeu novamente da França na última copa). As regras de experiência, por sua vez, têm caráter mais genérico, baseado em acontecimentos repetitivos (ex.: para passar em um concurso público para magistratura é preciso estudar muito ou no fim da tarde o trânsito no centro da cidade é congestionado). Sobre o assunto, vale a consulta ao excelente trabalho BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de Direito Processual, segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 64-65.

<sup>88</sup> art. 130 do CPC.

<sup>89</sup> Esse sistema ainda encontra exceção nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, em que o conselho de sentença (jurados) decide com base em sua íntima convicção.

Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, é irrelevante indagar quem a produziu, haja vista que todas as provas pertencem ao processo e não a determinada parte (princípio da comunhão da prova). As regras referentes à distribuição do ônus objetivo da prova serão observadas ao juiz quando determinado fato não estiver comprovado, e, então, o magistrado verificará qual parte será prejudicada pela ausência de determinada prova.

As regras referentes à distribuição do ônus da prova estão relacionadas às idéias de justiça e eqüidade. Com efeito, na maioria das vezes, é muito mais fácil para o autor provar o fato que deu origem ao direito alegado. Todavia, em certos casos, o ônus da prova pode resultar em uma injustiça, e esse encargo probatório pode ser demasiadamente oneroso para uma parte, enquanto a outra parte poderia produzir a prova com maior facilidade. Portanto, excepcionalmente, esse ônus pode ser invertido pelo magistrado. A Lei 8.078/90, em seu art. 6º, VIII, trata da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz em benefício do consumidor, em determinadas hipóteses.

Hoje, já há quem defende que inversão do ônus da prova poderia ser utilizada pelo magistrado também em outras relações jurídicas que não as de consumo — como no direito trabalhista ou ambiental. Em observância aos valores que informam o princípio do devido processo legal, o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que, sempre que a distribuição do ônus da prova resultar em excessiva dificuldade para uma das partes, “deverá o juiz determinar a inversão do ônus da prova, quando a parte contrária puder produzi-la sem maiores esforços”.<sup>90</sup>

## ESTUDO DE CASO

### Caso nº 1

Eduardo, em razão da queda de uma árvore, sofreu fratura no braço esquerdo e foi levado ao Hospital da Cidade de Araranguá-SC, onde foi atendido pelo médico plantonista Leopoldino, que engessou o seu braço e o liberou para que voltasse para sua casa em Torres. Posteriormente, passou a sofrer com febre alta, o que o fez comparecer diversas vezes ao Posto de Saúde de Torres. Porém, como a febre e a dor não cessaram, retornou ao hospital de Araranguá-SC para consultar novamente com Leopoldino, sem que este conseguisse êxito na evolução do quadro de saúde de Eduardo. Em razão do agravamento de seu estado de saúde, Eduardo foi levado a um hospital em Porto Alegre, onde, infelizmente, foi necessário proceder à amputação de seu braço.

Em razão desses fatos, Eduardo propôs ação indenizatória em face de Leopoldino, alegando ter havido grave erro médico por parte desse último quando

<sup>90</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública — uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 75.

realizado o primeiro atendimento médico. No decorrer da instrução processual, os elementos trazidos a juízo não permitiram que fosse cabalmente comprovada a culpa do médico. Não foi realizada prova pericial e poucas testemunhas foram ouvidas.

Contudo, restou claro que a amputação do braço foi decorrência da fratura e do tratamento a ela dispensado. As testemunhas ouvidas em juízo confirmaram a gravidade do quadro do autor, que não parece ter sido percebido pelo réu. A testemunha Pedro Paulo Fernandes, que socorreu o autor logo após o acidente relatou que “percebeu que o braço do autor estava quebrado, pois sentia a ponta dos ossos”. Mencionou que “havia um pouco de sangue” e que teve a impressão de que os ossos “haviam rasgado a pele”. A testemunha José Fernando dos Santos Muri, médico que atendeu o autor quando já sentia dores no braço e febre, apesar de referir que não pode afirmar se houve erro no tratamento, mencionou que o gesso apertado pode comprometer a circulação vascular e deixar a mão cianosada, evoluindo para a gangrena. Disse, ainda, que os documentos trazidos não permitem verificar se houve fratura exposta, mas que normalmente se fazem duas radiografias: uma antes de reduzir a fratura e a outra depois.

Durante a instrução probatória, o réu optou por permanecer inerte no que tange a produção de provas, não procurando demonstrar o acerto no procedimento que adotou, e não teve a iniciativa de produzir qualquer prova. Em suas alegações finais, o advogado do réu enfatizou que, em razão da regra presente no art. 333, I, do CPC, caberia ao autor demonstrar cabalmente a culpa do réu (art. 14, § 4º, do CDC), o que não ocorreu, tendo em vista o frágil mosaico probatório presente no processo.

Em sua sentença, o magistrado corroborou a tese defensiva, considerando que não havia elementos consistentes a comprovar o agir equivocado do demandado, não tendo o demandante se desincumbido do ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC, não comprovando os fatos constitutivos de seu direito, ficando inviável o acolhimento de sua pretensão, com a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos patrimoniais, extrapatrimoniais e estéticos, fazendo-se necessário, para tanto, a formação de contexto probatório bem mais aparelhado do que o dos autos, demasiado frágil para atingir ao desiderato a que se propôs.

No prazo legal, Eduardo requereu a reforma da sentença e sustentou ter restado demonstradas a conduta negligente, imprudente e imperita do requerido e a presença de liame entre esta conduta e a amputação de seu membro superior esquerdo. Afirmou que a colocação do gesso de forma equivocada (apertada) deu origem à amputação de seu braço. Citou trechos dos depoimentos. Asseverou estar presente o dever de indenizar do réu. Postulou o provimento do recurso.

Ademais, Eduardo ressaltou que produziu todas as provas que estavam a seu alcance e que, no momento da propositura da demanda, não havia mais razão em produzir prova pericial, tendo em vista que uma perícia em seu braço já amputado seria inócuia. Destacou ainda a atitude passiva e desinteressada do réu, que se limitou a negar os fatos narrados pelo autor, sem tomar qualquer iniciativa para demonstrar o acerto do procedimento médico realizado.

O processo ainda tramita no TJ-RS sob o nº 70015920739. Eduardo obteve, por maioria (2 a 1), êxito em sua apelação, mas ainda é possível que a decisão seja revertida em julgamento de embargos infringentes.

Em anexo a esse material, encontram-se os votos vencidos e vencedor dados por ocasião do julgamento da apelação.

Problema:

- a) De que modo deve ser distribuído o ônus da prova no julgamento desse caso?
- b) É possível realizar a inversão do ônus da prova não quando estivermos diante de relação de consumo, mas em hipótese de responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º, CDC)?
- c) Ainda que não seja invertido o ônus da prova, no presente caso, é possível que o autor obtenha êxito em sua pretensão?
- d) O que se entende pela teoria da carga dinâmica da prova? Pode ela ser aplicada ainda que não haja relação de consumo, como em casos de dano ao meio ambiente?

#### Caso nº 2

Afonso, com o intuito de resguardar seus valores em moeda estrangeira e suas jóias, contratou com instituição financeira a utilização, em uma de suas agências, de cofre para a guarda de valores. Ocorre que, na vigência do contrato, ladrões, durante a noite, assaltaram a agência do banco, rendendo o vigia que lá se encontrava, danificando e subtraindo valores de vários cofres, entre eles o de Afonso.

Assim, Afonso ajuizou ação de indenização por danos materiais, alegando que o roubo ocorreu porque o sistema de vigilância do banco era insuficiente e precárias eram as instalações para guarda de valores e bens dos clientes. Pleiteou, ainda, a condenação do banco-réu ao pagamento de indenização no valor dos bens que afirma terem sido subtraídos, tudo no montante total de R\$ 100.000,00.

O banco-réu apresentou contestação, na qual, em síntese, argumentou que, de acordo com o instrumento contratual, os valores depositados e retirados dos cofres locados não são do conhecimento do banco, que, por conse-

qüêncio, não é responsável pelo seu conteúdo. Argumentou, também, que o autor não comprovou que, por ocasião do evento, estivessem, efetivamente, guardados no cofre da agência bancária do réu as jóias e os objetos de valor relacionados na inicial; nem provou qual seria o real valor dos objetos.

Pergunta-se:

- b) Há relação se consumo na hipótese? A inversão do ônus da prova pode ser deferida ainda que não haja relação de consumo?
- c) Quais os requisitos para que seja realizada a inversão do ônus da prova?
- d) É possível a inversão do ônus da prova acerca da existência dos bens e valores que o autor alegou terem sido subtraídos? A inversão probatória pode ser parcial?
- e) A inversão do ônus da prova implica inversão dos encargos financeiros com a produção das provas?
- f) A inversão do ônus da prova pode ser decidida na própria sentença de mérito? Qual seria o momento processual adequado para inversão do ônus da prova?
- g) Comprovado que o autor é um intelectual e pessoa abastada financeiramente, pode o juízo, ainda assim, considerá-lo hipossuficiente para fins do ônus da prova?

#### *Caso nº 3*

Certa sociedade ltda., no regular exercício de suas atividades, firmou contrato com dois particulares para a execução de determinado serviço.

Não obstante ter sido o pagamento efetivado na forma combinada, nenhum dos dois profissionais honrou a obrigação assumida. Em decorrência disso, o departamento jurídico desta sociedade resolveu ação judicialmente os dois particulares em processos distintos, ao invés de optar pelo litisconsórcio passivo num único feito.

Assim, a primeira ação foi distribuída à 30ª Vara Cível, tendo tramitado rapidamente, chegando em poucos meses à fase instrutória, onde foi produzida importante prova testemunhal que levou à procedência do pedido. Já a segunda ação, aforada na 20ª Vara Cível, teve processamento mais lento, de modo que a A.I.J. só foi designada após a prolação da sentença no primeiro feito. Nesse ínterim, aquela testemunha, que havia sido novamente arrolada, veio a falecer subitamente.

Iniciada a audiência, no dia e horário determinados, os advogados da sociedade, invocando questão de ordem, narraram o fato ao magistrado e

requereram a substituição da prova testemunhal pela cópia reprográfica do depoimento prestado na primeira ação, eis que, segundo eles, “tratava-se de depoimento judicial, altamente relevante para a defesa dos interesses da sociedade, firmado sob o crivo do contraditório, de acordo com as formalidades do CPC, e que guardava pertinência com os fatos em discussão nessa segunda demanda”.

Pergunta-se:

- a) É possível a utilização da prova emprestada nessa hipótese?
- b) Quais os requisitos para utilização da prova emprestada?
- c) Problema: É lícito utilizar como prova emprestada, no juízo cível, gravação telefônica autorizada em processo criminal?

## ***JURISPRUDÊNCIA***

(TJ/RS, Processo nº 70015920739. CARGA DINÂMICA DA PROVA. ERRO MÉDICO. Voto vencido (relatora) e voto vencedor (revisora))

### **VOTO VENCIDO**

Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira (PRESIDENTE E RELATORA)  
Eminentes Colegas. Merece ser mantido o decisum de lavra da Dra. Cecília Laranja da Fonseca, uma vez que os seus fundamentos apanharam com precisão os elementos constantes nos autos da presente demanda e conferiram correto e adequado desate ao caso, firmando a ausência de responsabilidade do réu, considerada a ausência de provas no sentido da existência de nexo causal entre a conduta médica adotada e a amputação do membro superior esquerdo do autor (fls. 289 a 301):

‘(...). Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, MATERIAL E ESTÉTICO ajuizada por EDUARDO ALVES RIBEIRO contra LEOPOLDINO CERETTA.’

Prefacialmente, entendo descabida a denunciação da lide em relação à SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE e à SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO (fls. 141/2), porquanto que postulada por instituição que sequer foi citada para figurar no pôlo passivo da demanda (FUCRI — FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE CRICIÚMA). Ademais, conforme analisado em despacho (fls. 211/2), o demandado LEOPOLDINO CERETTA representa parte legítima para figurar no pôlo passivo da demanda.

Da análise retrospectiva dos fatos, verifica-se que o autor sofreu a fratura em 10 de maio de 1990 (fl. 03 e 233), quando foi levado até o Posto de Saúde local (Torres— RS). Nesta mesma data, houve encaminhamento do autor

para o Hospital Regional de Araranguá-SC, ocasião em que recebeu atendimento médico do requerido (fl. 23). Em 12 de maio de 1990, em razão de dor e febre, retornou o autor ao Posto de Saúde, recebendo medicação (fl. 103). Em 14 de maio de 1990, o autor retornou novamente ao Posto de Saúde, quando foi encaminhado para o Hospital Regional de Araranguá—SC, a fim de ser atendido pelo médico que havia colocado o gesso (fl. 104).

Refere o documento datado de 14 de maio de 1990 (fl. 104): ‘Encaminho o paciente Eduardo A. Ribeiro para avaliação traumatológica. Usando tala gessada. Provável compressão vascular’.

Após ser atendido pelo requerido no Hospital de Araranguá, foi o autor encaminhado a Criciúma-SC, e, finalmente, a Porto Alegre-RS, onde sofreu a amputação do braço esquerdo. O autor apresentava edema, aumento de temperatura e eritema de todo o antebraço esquerdo, e cianose da mão afetada (fl. 64).

Pode-se verificar que o autor somente retornou ao Hospital Regional de Araranguá-SC depois de quatro dias do ocorrido, o que demonstra a negligência da família do requerente ante a ordem médica de retorno imediato.

A família teria sido alertada sobre a necessidade de retorno imediato ao Hospital de Araranguá-SC, caso o autor sentisse dores ou apresentasse alteração na coloração dos dedos do membro lesado (fl. 119). Em inobservância à orientação médica, houve retorno do autor por duas vezes ao Posto de Saúde Local (Torres-RS), quando foi encaminhado para o médico que havia colocado o gesso, ora requerido.

Conforme depoimento prestado pela genitora do autor, Srª. MARIA TE-REZINHA ALVES (fl. 234):

‘(...) O fato ocorreu em uma quinta-feira, sendo que na sexta-feira de noite a de— poente percebeu que seu filho estava com febre. No sábado a depoente levou o filho até o posto de saúde, tendo sido atendida pelo Dr. Tibúrcio. (...) No domingo o filho continuava com febre, mas como o posto de saúde não estava aberto a depoente esperou até segunda-feira para levar seu filho no médico. Disse que foi atendida pelo Dr. Muri que referiu não cuidar de crianças. O médico falou que o braço do filho da depoente estava ‘morto’ e ele deveria ser levado para Araranguá. A depoente e seu marido levaram o filho até Araranguá, onde foi atendido pelo mesmo médico que havia engessado o braço do menino. (...)’.

A prova testemunhal é deficiente na comprovação do fato constitutivo do direito postulado.

Depreende-se do depoimento prestado pela testemunha PEDRO PAULO FERNANDES (fl. 233):

‘(...) Disse ter deixado no posto e ter ido até a casa da mãe do autor avisá-lo do acontecido. O depoente não participou de nenhum exame feito pelo autor, não tendo ouvido nenhum médico. Percebeu que havia um pouco de

sangue. Os ossos chegavam a apontar na pele. A impressão que o depoente teve é de que os ossos haviam rasgado a pele, mas como faz muito tempo não pode dizer com certeza se chegou a ver o osso para fora ou não. (...).’

Ainda em Juízo, declarou o médico JOSÉ FERNANDES DOS SANTOS MURI (fl. 232):

‘O autor referia que durante o fim de semana todo teve dor no braço. O depoente constatou que o membro superior estava com a circulação arterial comprometida, sendo que a mão estava cianosada. Como o depoente é cirurgião-geral considerou que o caso do autor devesse ser avaliado pelo colega que primeiro o examinou. Não sabe dizer se chegou a tirar o gesso ou não. Disse que o paciente foi encaminhado para o médico que teria colocado o gesso. Não tem qualquer condição de dizer se houve ou não erro médico. Referiu que várias são as patologias que podem determinar a insuficiência vascular naquele caso, não podendo o depoente fazer uma análise do que poderia ter acontecido no caso do autor. Pelo requerente: não pode dizer que a mão do autor já estava gangrenada. A gangrena ocorre depois da cianose. O gesso apertado também pode deixar a mão cianosada.

Referiu que normalmente se coloca uma tala gessada justamente para prevenir o comprometimento vascular. Não se coloca gesso circular, o que poderia comprometer a circulação. Não sabe dizer se autor estava com a tala gessada ou gesso circular, pois não lembra. Não pode informar se a fratura era exposta. No caso de uma fratura exposta o procedimento inicial é uma assepsia adequada. Após se tenta reduzir a fratura, costurando a pele se necessário. Também deve ser avaliado se é necessária cirurgia ou não. É possível que seja colocada uma tala gessada se a fratura conseguiu se reduzida. Não pode dizer se houve qualquer procedimento errado pelo médico que colocou o gesso no autor. (...). Também o documento de fl. 27 também não diz que tem osso exposto.’

Inexiste qualquer demonstração nos autos de que se tratava de fratura exposta, já que o resultado do Raio-X acostado nada menciona neste sentido. Ademais, não se pode precisar, com base nos elementos de prova acostados, se a insuficiência vascular (cianose, gangrena) ocorreu em razão de alguma patologia ou em função da colocação apertada do gesso.

O documento acostado pelo autor, datado de 10 de maio de 1990, apresenta como resultado do Raio-X (fl. 23): ‘Fraturas impactadas no terço diafisário do cúbito e angulada no terço diafisário do rádio’.

Sobre o referido documento, esclareceu o médico JOSÉ FERNANDES DOS SANTOS MURI, em depoimento prestado em Juízo (fl. 232): ‘O documento de fl. 23 não menciona fratura exposta’. Por outro lado, ainda no mesmo depoimento, destacou: ‘Se o raio x foi feito depois de reduzida a fratura o exame não mostrará fratura exposta. É normal que o médico faça uma radiografia antes de reduzir a fratura como também depois’.

A ausência de prova pericial judicializada torna comprometida a apreciação do erro médico sustentada na exordial, ou mesmo de conduta culposa (negligência, imperícia ou imprudência) a ensejar a responsabilização civil do demandado.

Da mesma forma, a prova colhida em fase inquisitorial em nada compromete o procedimento médico adotado pelo requerido. Veja-se o depoimento prestado pelo médico ABDO FARRET NETO (fl. 66):

‘O depoente se julga impossibilitado de responder à pergunta se houve ou não negligência, imperícia ou imprudência do médico ou dos médicos que atenderam inicialmente ao paciente, por não estar ciente do tipo de orientação médica dada aos familiares na ocasião do primeiro atendimento.’

As provas documental e testemunhal apontam-se deficientes em esclarecer o nexo de causalidade entre a conduta do requerido e os danos afirmados pelo autor. Por conseguinte, resta prejudicado o deferimento do pleito reparatório aviado.

A jurisprudência é pacífica em afirmar a necessidade de demonstração, para efeitos de reparação, do nexo de causalidade entre a conduta atribuída ao médico (culpa) e dano noticiado pelo paciente.

Nesta senda, os julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que ora se colacionam:

**‘RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL. PROVA. AUSÊNCIA. NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO.**

Apresenta-se improcedente o pleito que busca responsabilizar o hospital e o médico, por seqüelas decorrentes após a realização de cirurgia, quando não houve comprovação de ser inadequado o procedimento adotado. De outra banda, não se relegue ao oblívio que, nos moldes do artigo 1.545 do Código Civil, verifica-se a responsabilidade civil do médico quando, por imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. O artigo 14, § 4º, do CDC, traduz uma exceção à responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, já que determina que a responsabilidade pessoal do profissional liberal seja apurada mediante a verificação de culpa. Nexo causal não configurado a ensejar a obrigação de ressarcir os danos postulados na inicial. Apelo improvido.’

**‘AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AMPUTAÇÃO DE DEDO. ALIANÇA PRESA EM PREGO. AVULSÃO. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. PROVA PERICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. IMPROCEDÊNCIA DO PE— DIDO.**

Apura-se a responsabilidade civil do médico por meio da comprovação de culpa. Adota o Direito Civil Brasileiro, portanto, em se tratando de erro pro-

fissional, a teoria da responsabilidade subjetiva que, no Código Civil vigente encontra previsão legal no artigo 186, o qual estabelece a cláusula geral de responsabilidade aquiliana.

Incumbe à parte a prova do agir culposo do médico, já que, cuidando-se de responsabilidade subjetiva, a distribuição do ônus da prova não sofre alteração à regra geral do sistema processual.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4º, reafirmou o princípio da responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, incluindo entre estes os médicos, exigindo, portanto, a caracterização da falta em qualquer de suas modalidades (imprudência, imperícia e negligência), não se aplicando ao caso dos autos.

Caso em que a prova testemunhal e pericial apontam a inexistência de erro médico ou de falha na prestação do serviço por parte do hospital. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70008665283, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 19/05/2005).’

Na doutrina, ensina ORLANDO SOARES, in Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro:

‘Em síntese, o conceito de relação de causalidade decorre do princípio geral de causa e efeito, de antecedente e consequente, princípio esse comum à investigação científica, no mais amplo sentido, como lembramos alhures (...’)

Mais adiante afirma:

‘Dentre outras consequências, a relação de causalidade conduz à inculpação (imputatio juris), ou seja, imputação ou atribuição da responsabilidade pela prática dum fato, a alguém, estabelecendo-se com isso uma relação psíquica, que vincula o agente ao fato em apreço.

(...) Tal enfoque diz respeito à culpabilidade, em sentido amplo, como elemento subjetivo do ilícito, envolvendo a noção de culpa e dolo, como veremos em seguida.

(...) Com efeito, um dos fundamentos tradicionais, em que se baseia a reparação do dano, pressupõe a existência de culpa, como o declara expressamente o art. 159 do Código Civil.’

Sendo assim, tenho que a pretensão aviada aos autos não merece acolhida do Juízo, dada ausência de comprovação dos requisitos indispensáveis a procedência dos pedidos, especialmente relacionados à demonstração de conduta ilícita (culpa) e de nexo de causalidade entre a conduta e o dano noticiado pelo autor.

Os pedidos ainda vão indeferidos ante a ausência de comprovação dos fatos constitutivos dos direitos afirmado no feito (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil). (...’).

Com efeito, no caso ora em apreço, não há como imputar ao réu a responsabilidade pelos danos suportados pelo autor em razão da amputação de seu

membro superior esquerdo. O contexto probatório não autoriza que se dê ao caso interpretação diversa da que conferida pelo decisum a quo.

Em nenhum momento ficou demonstrado sequer minimamente que a amputação do braço do demandante teve como causa conduta equivocada do requerido quando do atendimento médico dispensado. Não restou comprovado que o comprometimento vascular que acometeu o membro amputado teve como origem a colocação “apertada” da tala gessada. Também não há comprovação de que o processo infeccioso tenha decorrido de assepsia falha ou insuficiente.

Os elementos de prova constantes nos autos nada indicam nesse sentido de modo robusto e consistente. Os depoimentos das testemunhas nada acrescentam. Tampouco os depoimentos que integraram o inquérito operam em sentido contrário.

Nenhum dos profissionais que prestaram assistência ao requerente teve condições de precisar se o procedimento empregado por parte do réu foi efetivamente equivocado, e se este foi o verdadeiro causador da amputação. Os médicos limitaram-se a afirmar que a situação em que se encontrava o autor era realmente grave. Não declinaram, entretanto, a motivação do quadro clínico, por pura impossibilidade técnica de assim o fazer.

Aliás, um dos médicos que atendeu o demandante no Hospital de Pronto Socorro chegou a afirmar em seu depoimento no inquérito policial que em casos semelhantes ao ocorrido mesmo um procedimento adequado e correto não afastam por completo a possibilidade de desenvolvimento de processo infeccioso como o que constato (fl. 64v).

Depois, o profissional que atendeu o requerente no posto de saúde 03 (três) dias depois da colocação da tala gessada, e que determinou a retirada desta para avaliação do estado clínico do paciente, ora autor, asseverou em seu depoimento que não tinha condições de afirmar se houve, ou não, erro médico, considerada a existência de inúmeras patologias que poderiam ter causado ou originado a moléstia que redundou na amputação do braço do autor (fl. 232).

Ademais disso, deve-se considerar no caso o desatendimento das orientações médicas por parte dos genitores do requerente, que aguardaram por demasiado prazo para conduzi-lo a profissional da área indicado para a solução do problema, conforme recomendado por parte do médico que atendeu o autor no dia seguinte à colocação da tala gessada (fl. 29).

Assim, como se vê, ausentes elementos consistentes a comprovar o agir equivocado do demandado, não tendo o demandante se desincumbido do ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC, não comprovando os fatos constitutivos de seu direito, inviável o acolhimento de sua pretensão, com a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos patrimoniais, extrapatrimoniais e estéticos, fazendo-se necessário, para tanto,

a formação de contexto probatório bem mais aparelhado do que o dos autos, demasiado frágil para atingir ao deside— rato a que se propôs.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo.

### VOTO VENCEDOR

Desa. Marilene Bonzanini Bernardi (REVISORA E REDATORA) Eminententes colegas.

O caso não é complexo, do ponto de vista jurídico, mesmo assim me vi deveras envolvida com suas peculiaridades, tamanha comoção que me trouxe. Contudo — e aqui peço vénia para tomar de empréstimo as palavras do Exmo. Ministro Tatting, J., personagem do fictício Caso dos Exploradores de Caverna —, “no cumprimento de meus deveres como juiz deste Tribunal, tenho sido normalmente capaz de dissociar os aspectos emocionais e intelectuais de minhas reações e decidir o caso sub judice inteiramente baseado no último”<sup>91</sup>

No caso vertente, se mostra realmente importante a lição do fictício Ministro criado por Lon L. Fuller. E aplicando esta concepção ao caso sub judice, a decisão se torna, conforme referi, bastante fácil.

Como se verifica com a leitura dos autos, o autor, em razão da queda de uma árvore, sofreu fratura no braço esquerdo. Foi levado, então, ao Hospital Regional da Cidade de Araranguá, onde recebeu atendimento médico por parte do requerido — do, que engessou o seu braço e o liberou para que voltasse para sua casa em Torres. Posteriormente passou sofrer com febre alta, o que o fez comparecer diversas vezes ao Posto de Saúde de Torres, porém como a febre e a dor não cessaram, retornou ao hospital de Araranguá-SC, para consultar com o requerido. Houve, então, encaminhamento do autor para Criciúma, e, posteriormente, para Porto Alegre, onde procederam na amputação do seu braço.

A controvérsia gira em torno da atuação profissional do réu: se adequada ou não. Os elementos trazidos aos autos, como bem referiu a eminente relatora, não permitem que se alcance certeza em relação a tal indagação. Não foi realizada prova pericial e poucas testemunhas foram ouvidas.

Mas penso que a autora se desincumbiu do seu ônus, trazendo fortes indícios da atuação negligente do réu. Por primeiro, não há dúvida de que a amputação do braço foi decorrência da fratura e, consequentemente, do tratamento a ela dispensado. Depois, as testemunhas ouvidas em juízo confirmaram a gravidade do quadro do autor, que não parece ter sido percebido pelo réu. A testemunha Pedro Paulo Fernandes, que socorreu o autor logo após o acidente relatou que “percebeu que o braço do autor estava quebrado, pois sentia a ponto dos ossos”. Mencionou que “havia um pouco de sangue” e que teve a impressão de que os ossos “haviam rasgado a pele”.

A testemunha José Fernando dos Santos Muri, médico que atendeu o autor quando já sentia dores no braço e febre, apesar de referir que não pode

<sup>91</sup> FULLER, Lon L. *O Caso dos Exploradores de Caverna*, Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 25

afirmar se houve erro no tratamento, mencionou que o gesso apertado pode comprometer a circulação vascular e deixar a mão cianosada, evoluindo para a gangrena. Disse, ainda, que os documentos trazidos não permitem verificar se houve fratura exposta, mas que normalmente se fazem duas radiografias: uma antes de reduzir a fratura e a outra depois.

E aqui é que deve se examinar o comportamento processual do réu. Optou ele por quedar-se inerte no que tange a produção de provas, não procurando demonstrar o acerto no procedimento que adotou, ônus que lhe cabia, considerando que se está diante de caso a ser solucionado sob a luz do Código de Defesa do Consumidor e que, inobstante não haver a responsabilização independente de culpa, há possibilidade da inversão do ônus da prova.

Sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto aos profissionais liberais, vejam-se os seguintes precedentes, tanto do C. STJ como deste E. Tribunal de Justiça, exemplificativamente:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

— MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.” (RESP

171988/RS; STJ, 3ª Turma, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 24/05/1999, DJ DATA:28/06/1999 PG:00104, JBCC VOL.:00194 PG:00074, JSTJ VOL.:00008

PG:00294, RT VOL.:00770 PG:00210). (g.n.)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de De-

fesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstância concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.”

(RESP 122505/SP; STJ, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO ME-NEZES DIREITO, j. 04/06/1998, DJ DATA:24/08/1998 PG:00071, RSTJ VOL.:00115 PG:00271). (g.n.)

“INDENIZAÇÃO — TRATAMENTO MEDICO — RELAÇÃO DE CONSUMO — INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA — NÃO CABE AO PACIENTE DEMONSTRAR AUSENCIA DE QUALIDADE DO ATENDIMENTO. AO HOSPITAL E AO MEDICO CABE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS FORAM CORRETOS, E QUE O RESULTADO, MESMO ASSIM, NÃO PODE SER EVITADO.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 595157199, SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: IVAN LEOMAR BRUXEL, JULGADO EM 24/09/1996).

Ademais, a inversão do ônus da prova é questão que pode e deve ser levantada pelo Magistrado, de ofício, em 1<sup>a</sup> ou 2<sup>a</sup> Instância.

Nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

“DIREITOS DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. VEÍCULO COM DEFEITO DE FABRICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE. INDENIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REEXAME DE PROVAS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTS. 21, CPC E 23, LEI N. 8.906/94. PRECEDENTES. CÓPIAS DE DOCUMENTOS NÃO AUTENTICADAS. ART. 385, CPC. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA DA FALSIDADE. RECURSO DESACOLHIDO.

I — Tendo o Tribunal de segundo grau extraído das provas dos autos a culpa do fabricante pelos danos causados ao veículo adquirido pelo autor, resta inviável o reexame do tema na instância especial, a teor do verbete sumular n. 7/STJ. II — A só falta de autenticação das cópias das notas fiscais juntadas aos autos, sem a conjugação de outros elementos que indiquem vícios nos documentos, não implicam sua falsidade. III — Na linha da jurisprudência desta Corte, a compensação de honorários prevista no art. 21, CPC, não é incompatível com o art. 23 do Estatuto da Advocacia. IV — Não há vício

em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova.”

(RESP 203225/MG; STJ, 4<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 02/04/2002, DJ DATA:05/08/2002 PG:00344, RSTJ VOL.:00161 PG:00360). (g.n.)

Mas, como referi antes, o réu não produziu qualquer prova tendente a demonstrar a correção dos procedimentos que levou a cabo no atendimento do autor. Não trouxe prontuários, nem as radiografias e nem se preocupou com a realização de prova pericial.

E, ainda que se pretenda questionar a inversão do ônus da prova, não se pode esquecer, como já se decidiu, que “incumbe à parte diligenciar a juntada da prova, quando a mesma se encontra em seus próprios arquivos” (JTA 98/269). Ganha importância, na hipótese, a teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-lo ao destinatário da prova.

Desta forma, embora não seja possível, realmente, se afirmar que a necrose se deu em razão da colocação inadequada do gesso ou da falta de assepsia correta no momento anterior ao da colocação do gesso ou da tala gessada pelo réu, os fortes indícios trazidos pela autora de que houve erro médico associados à ausência de demonstração pelo réu da sua correta atuação, a despeito da aplicação do Código do Consumidor, conduzem ao reconhecimento do dever de indenizar.

Quanto aos danos extrapatrimoniais — incluídos os danos estéticos — inegável que o constrangimento e a dor são ínsitos à situação, prescindindo de prova, visto que o dano moral existe *in re ipsa* e decorre da gravidade do ato ilícito, conforme assinala Sergio Cavalieri Filho, na obra *Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros Editores, 3<sup>a</sup> edição, pág. 92:

“Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum”.

A dificuldade na avaliação da extensão do *preium doloris*, pela ausência de critério legal, que se tornou voz corrente na doutrina, “não pode servir de base para sua negação”, consoante justa advertência de Caetano José da Fonseca Costa (in *Coleção AJURIS*, 38/157).

É verdade, que “não se paga a dor, porque seria profundamente imoral que esse sentimento íntimo de uma pessoa pudesse ser tarifado em dinheiro”, como asseverado por Martinho Garcez Neto. O mesmo doutrinador, valendo-se das lições do Ministro Pedro dos Santos, argumenta que a prestação pecuniária será “uma suavização nos limites das forças humanas para certos males injustamente produzidos. O dinheiro não os extinguirá de todo; não os atenuará por sua própria natureza, mas, pelas vantagens que seu valor permutativo poderá proporcionar, compensará, indireta e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentam”. E, para reforço dessa função meramente satisfatória, invoca lição da Professora Pires de Lima, da Universidade de Coimbra, assim transcrita: “São dois os modos por que é possível obter-se a reparação civil: a restituição do estado anterior e a reparação pecuniária, quando o direito lesado seja de natureza reintegrável. Ora, a ofensa causada por um dano moral não é suscetível de indenização no primeiro sentido, mas o é de uma reparação em dinheiro, que em todo o caso se distingue da indenização exigida pelos danos patrimoniais. Com a indenização não se pretende refazer o patrimônio, porque este nem parcialmente foi diminuído, mas, se tem simplesmente em vista dar à pessoa lesada uma satisfação que lhe é devida por uma sensação dolorosa que sofreu, estamos em presença de puros danos morais, e a prestação pecuniária tem neste caso uma função simplesmente satisfatória. Se é certo não poderem pagar-se as dores sofridas, a verdade é que o dinheiro, proporcionando à pessoa disponibilidades que até aí não tinha, lhe pode trazer diversos prazeres que até certo ponto a compensarão da dor que lhe foi causada injustamente.” (in Prática da Responsabilidade Civil, 3<sup>a</sup> ed., 1975, p. 49/53).

É de ser admitido ainda, na apreciação do valor, o caráter expiatório da reparação moral, como diminuição imposta ao patrimônio do réu, pela indenização paga ao ofendido.

À falta de medida aritmética, e ponderadas aquelas funções satisfatória e punitiva, serve à fixação do montante da indenização o prudente arbítrio do juiz, tendo em conta certos requisitos e condições, tanto da vítima quanto do ofensor. Assim recomenda o v. Acórdão da 6<sup>a</sup> CC do TJRGS, na Ap. 592066575, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, com a seguinte ementa:

“DANO MORAL. Sua mensuração. Na fixação do quantum referente à indenização por dano moral, não se encontrando no sistema normativo brasileiro método prático e objetivo, o Juiz há que considerar as condições pessoais do ofensor e ofendido: grau de cultura do ofendido, seu ramo de atividade, perspectivas de avanço e desenvolvimento na atividade que exercia, ou em outro que pudesse vir a exercer, grau de suportabilidade do encargo pelo ofensor e outros requisitos que, caso a caso, possam ser levados em consideração. Requisitos que há de valorar com critério de justiça, predomínio do bom

senso, da razoabilidade e da exeqüibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor. Quantum que nem sempre deverá ser inferior ao do dano patrimonial, eis que a auto-estima, a valoração pessoal, o ego, são valores humanos certamente mais valiosos que os bens meramente materiais ou econômicos. Inconformidade com a sentença que fixou o montante da indenização por dano moral. Improvimento do apelo da devedora" (in RJTRGS 163/261).

Na obra *DANO MORAL*, Yussef Cahali relaciona alguns dos critérios que devem ser especificamente considerados quando a indenização decorre da violação à integridade física da pessoa: 1º) a natureza da lesão e a extensão do dano; 2º) condições pessoais do ofendido, mormente a repercussão da deformidade e suas novas condições de vida; 3º) condições pessoais do responsável, ou seja, suas possibilidades econômicas; 4º) equidade, cautela e prudência, pois não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem levar à ruína o ofensor; 5º) gravidade da culpa (se houver); 6º) arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização, essencialmente reparatória.

Assim, tendo em vista que a indenização a título de reparação de dano moral deve ter em conta não apenas a mitigação da ofensa, mas também atender a um cunho de penalidade e coerção a fim de que funcione preventivamente evitando novas falhas no serviço da ré, fixo-a em valor equivalente a 100 salários mínimos, ou seja, R\$ 33.000,00, corrigidos do ravante pelo IGPM e acrescidos de juros moratórios a razão de 12% ao ano. Tal montante, ao meu sentir, não se mostra nem tão baixo — assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais — nem tão elevado — a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Cabível, outrossim, a concessão de pensionamento a título de danos materiais, de forma mensal, em valor equivalente a um salário mínimo, com termo inicial na data em que o autor completou 14 anos até o dia em que completar 65 anos, sendo que sobre os valores vencidos deverão incidir correção monetária pelo IGP-M e juros de mora a razão de 6% ao ano, aumentando para 12% ao ano após a vigência do Novo Código Civil — consoante a novel redação do art. 406 —, a partir do vencimento de cada prestação. Ressalto que o pagamento das parcelas vencidas deverá ser efetuado em parcela única.

Os danos materiais com medicamentos e procedimentos médicos não são devidos, porquanto não foram comprovados. Não veio aos autos qualquer documento com tal intuito.

Caracterizada a succumbência do demandado, responderá este pelas despesas processuais do feito além da verba honorária devida ao patrono do autor, que fixo em 12% sobre o montante da condenação em valor fixo, considerando nesse valor as prestações vencidas, acrescida de uma anuidade de vincendas.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar provimento à apelação.



## QUESTÕES DE CONCURSO

1. (OAB/RJ, 30º Concurso) Quanto à inversão do ônus da prova no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), assinale a alternativa correta:

- a. O CDC prevê apenas a inversão ope legis;
- b. O CDC prevê apenas a inversão ope judice;
- c. O CDC não prevê a inversão do ônus da prova;
- d. O CDC prevê a inversão ope legis e a inversão ope judice.

2. (OAB-RJ, 23º Concurso. Específica) Sobre o benefício da inversão do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, responda:

- a. A inversão poderá ser determinada de ofício pelo magistrado, ou apenas mediante requerimento da parte? Fundamente sua resposta.
- b. João, rico empresário do ramo da construção civil, alega, em ação recentemente ajuizada, que contraiu o vírus da AIDS em transfusão de sangue realizada, no mês de outubro de 2003, em determinado hospital de médio porte econômico. Pelo decurso do tempo, João não mais possui documentos que atestam a prestação do serviço. Em casos tais, à luz do conceito de hipossuficiência, justifica-se a inversão do ônus da prova? Comente sua resposta.

3. (OAB/RJ, 17º Concurso) Quanto ao sistema processual vigente em nosso país, no que diz respeito à valoração da prova, é correto dizer ser ele o do critério:

- a. Legal;
- b. Positivo;
- c. Livre convencimento do magistrado;
- d. Persuasão racional.

4. (OAB/RJ, 17º Concurso) Quanto à inversão do ônus da prova nos processos fundados no Código de Defesa do Consumidor, é CORRETO dizer:

- a. É ela automática;
- b. Exige decisão do Juiz para produzir efeitos;
- c. Depende de concordância do fornecedor para ser decretada;
- d. Não prevalece se o fornecedor for hipossuficiente.



## AULAS 22 E 23: SENTENÇA E RECURSOS

### INTRODUÇÃO

Já foi visto que a relação processual é dinâmica e se prolonga no tempo e que essa relação que se forma está sujeita, mas cedo ou mais tarde, a extinguir-se. Eventualmente, é ainda possível que essa relação sofra uma paralisação temporária (suspensão do processo<sup>92</sup>).

De fato, a formação do processo de conhecimento se inicia com a proposta da demanda, quando o autor se dirige ao Estado-juiz, deduzindo sua pretensão e invoca a tutela jurisdicional<sup>93</sup>. Essa formação do processo só irá se completar com a citação do réu no processo, pois, como já visto, o processo se forma judicialmente em duas etapas.

Uma vez regularmente formada a relação processual, o processo seguirá com a prática de vários atos até que haja prolação da sentença (ato jurisdicional que irá acolher ou rejeitar o pedido do autor). Contudo, mesmo que seja proferida sentença em primeira instância, será ainda possível que esta seja impugnada por intermédio de algum recurso.

Até recente reforma da legislação processual civil, era possível encontrar a seguinte definição para sentença no Código de Processo Civil: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo, decidindo ou não o mérito da causa<sup>94</sup>”. A partir da alterações feitas pela L. 11.232/05, que deu uma concepção sincrética para a relação processual, a sentença nem sempre será apta a por fim a relação processual. Agora, os atos dos magistrados estão definidos no CPC do seguinte modo:

- (a) Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.
- (b) Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
- (c) Despachos são 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<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Ver art. 265, CPC.

<sup>93</sup> Ver art. 263, CPC.

<sup>94</sup> Antiga redação do parágrafo 1º do artigo 262 do CPC.

<sup>95</sup> Essa classificação é encontrada nos parágrafos do art. 162 do CPC que se refere ainda aos chamados atos ordinatórios. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

Como se nota, na própria definição de sentença, o legislador se refere às situações previstas na legislação processual em que o magistrado extingue o processo sem resolução do mérito (e nesses casos a sentença sempre põe termo à relação processual) e às hipóteses de resolução de mérito (casos em que nem sempre haverá o término da resolução de mérito). Em determinadas situações, mesmo havendo sentença, o processo seguirá para uma segunda fase executória.

### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 32: “Processos de Conhecimento, de Execução e Cautelar”, itens 192 até 197 p. 300-305.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Parte II. Capítulo 5: “Da Ação Abstrata e Uniforme (ação única) à Ação Adequada à Tutela do Direito Material e ao Caso Concreto”, itens 5.10 até 5.14, p. 269-303.

MARINONI, Luis Guilherme. “As sentenças que dependem de execução”. Artigo disponível [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) em 20.02.2007.

MARINONI, Luis Guilherme. “O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos”. Artigo disponível [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) em 20.02.2007.

### LEITURA COMPLEMENTAR.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. XV: “Sentença”, p. 433-453..

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. Capítulo XIV: “Sentença” e Capítulo XV: “Recursos”, p. 249-277.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Capítulo 14: “Sentença”.

### EMENTÁRIO DO TEMA:

- Formação, Suspensão e Extinção do Processo.
- Atos do Magistrado: despachos, decisões interlocutória e sentenças.
- Sentença: conceito e elementos essenciais.
- Classificação das sentenças.
- Visão panorâmica dos Recursos no Processo Civil

**NOTA AO ALUNO:**

A sentença é ato de inteligência e vontade do magistrado, por intermédio do qual este torna concreto o preceito abstrato da norma jurídica para regular o caso sob sua análise. Na sentença, o juiz encerra juízo de valor acerca dos fatos e fundamentos que lhe foram apresentados pelas partes.

O tema mais importante e controvertido em relação às sentenças se refere a classificação quanto ao seu conteúdo e eficácia. Nesse ponto, existe profunda controvérsia doutrinária sobre a utilização da classificação quinária ou de uma outra mais simples (e tradicional). Para os adeptos da primeira corrente, as sentenças podem apresentar cinco eficácia diferentes: declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva, enquanto que a outra corrente não identifica essas duas últimas modalidades de eficácia.

Segundo a classificação quinária, as sentenças podem ser agrupadas da seguinte forma (classificação feita de acordo com a carga que prepondera na sentença):

- (a) sentença declaratória — se limita a definir a existência ou a inexistência de uma relação jurídica. São os casos de todas as sentenças de improcedência, bem como das sentenças proferida em demanda de investigação de paternidade.
- (b) sentença constitutiva — é aquela que implica na extinção, modificação ou criação de determinada relação jurídica. O exemplo mais comumente encontrado é o da sentença nas “ações de divórcio”.
- (c) sentença condenatória — Aqui o juiz impõe uma sanção pelo des cumprimento de um direito. Impõem ao réu uma obrigação de fazer, não fazer ou dar. Caso a sentença não seja cumprida espontaneamente, será necessário que o processo avance para uma segunda fase executiva. Quando julgado procedente o pedido em uma ação indenizatória, a sentença terá eficácia condenatória.
- (d) sentença mandamental<sup>96</sup> — nessas hipóteses há mais que uma simples condenação, mas uma ordem ou comando do magistrado. Através da sentença com eficácia preponderantemente mandamental, o juiz determinará que o sujeito passivo faça alguma coisa. Há, inclusive, quem defende que o descumprimento de uma decisão mandamental caracteriza infração penal. Como não poderia deixar de ser, para aqueles que reconhecem essa categoria, a sentença que julga procedente o pedido em mandado de segurança possui essa natureza.
- (e) sentença executiva lato sensu — Nessa situação, o magistrado, ao reconhecer a procedência da postulação, determina, desde logo e independentemente de qualquer outra providência por parte do au

<sup>96</sup> O jurista Pontes de Miranda é considerado como idealizador dessa classificação. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo V. 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

tor, a entrega do bem da vida que é objeto da lide. É o que ocorre na ação de despejo, quando o juiz, na mesma decisão, resolve o contrato e determina a desocupação do imóvel. Fica evidente que a sentença, por si só, já possui uma carga executória.

A sentença possui requisitos obrigatórios previstos na legislação processual. Os chamados requisitos ou elementos essenciais da sentença são aqueles previstos no art. 458 do CPC: o relatório, a fundamentação e o dispositivo, além de uma parte que reconhece autenticidade a este ato.

- (a) Relatório: Em seu relatório, o juiz realiza um histórico do que é relevante naquele processo. No relatório é realizada uma síntese dos argumentos das partes das ocorrências surgidas no andamento do feito. Assim, se verifica se o juiz examinou atentamente todas as provas trazidas ao processo, se prestou atenção aos fatos e à fundamentação jurídica aduzida por ambas as partes para demonstrar o seu direito. No rito dos Juizados Especiais (L. 9.099/95), o relatório pode ser dispensado.
- (b) Motivação ou fundamentação: Possui *status* constitucional (CRFB, 88, art. 93, IX). Nessa parte, o juiz exterioriza o desenvolvimento do seu raciocínio para chegar à conclusão. Analisa o ocorrido no processo e as teses levantadas pelas partes. A motivação permite às partes concluir se a atividade intelectual foi realizada de forma correta pelo magistrado. A adoção do sistema da persuasão racional do juiz pela legislação pátria impõe a necessidade de motivação da sentença e, nesse passo, a fundamentação é imprescindível para se afastar o risco de arbitrariedade. Caso a sentença esteja indevidamente fundamentada, deverá a parte prejudicada interpor recurso, requerendo a declaração da sua nulidade. Ademais, não se pode esquecer que a sentença é, acima de tudo, um ato de justiça, que interessa não somente as partes, mas também toda a sociedade.
- (c) Parte dispositiva: É onde o juiz conclui o raciocínio desenvolvido durante a motivação. Aqui, é realizada a subsunção do fato à lei, julgando-se procedente ou improcedente a pretensão deduzida. O dispositivo deve decorrer logicamente do relatório e da fundamentação. Caso, contrário a parte prejudicada poderá recorrer para que o juiz declare sua sentença (art. 535, I, CPC). É ainda importante observar que, sem dispositivo, inexiste sentença.
- (d) Parte autenticativa: Lugar, dia, mês, ano da sua prolação e assinatura do juiz.

As decisões tomadas pelo magistrado poderão ser objeto da irresignação das partes. De fato, nosso ordenamento possui complexo sistema de diferentes meios de impugnação das decisões judiciais, onde convivem diferentes espécies de recursos e ações autônomas.

Conceitua-se recurso como “*o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”<sup>97</sup>. O Código de Processo Civil elenca farto rol de recursos em seu art. 496. Além desses, é possível encontrar outros recursos na legislação extravagante, como o recurso inominado da L. 9.099/95. No Processo Penal e no Processo Trabalhista, encontramos sistemática recursal significativamente diversa da encontrada no Processo Civil. Os recursos serão sempre objeto de juízo de admissibilidade e de mérito.

De forma diversa ao que acontece nos recursos, com a utilização de ações autônomas de impugnação das decisões judiciais, se forma uma nova relação processual. Normalmente, elas serão utilizadas pelas partes quando não houver possibilidade de “atacar” determinada decisão por intermédio de algum recurso já previsto pelo legislador. São exemplos de ação autônoma de impugnação: a ação rescisória, o habeas corpus e o mandado de segurança. A rescisória é uma ação destinada a desconstituir a coisa julgada material. Pode ser utilizada caso ocorra alguma das situações previstas nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil e, sendo admitida, irá proporcionar um novo julgamento para a causa<sup>98</sup>. Em qualquer hipótese de interposição, a rescisória necessita sempre dos seguintes pressupostos: (a) sentença de mérito transitada em julgado; (b) hipótese taxativamente prevista em lei; (c) propositura dentro do prazo decadencial de dois anos<sup>99</sup>.

#### ESTUDO DE CASO:

**Caso nº 1:** A sentença abaixo transcrita foi proferida em juízo criminal da Seção Judiciária da Justiça Federal do Ceará. A decisão, proferida em forma de verso reconheceu a existência da prescrição de crime de estelionato cometido contra o sistema financeiro habitacional. Após ler a sentença, responda:

- (a) Sob o aspecto formal, a sentença atende todos os requisitos exigidos pela lei?
- (b) Ao elaborar a sentença dessa forma o magistrado violou algum princípio constitucional?
- (c) A sentença está eivada de alguma espécie de nulidade?
- (d) Seria conveniente que os profissionais do direito passassem a realizar os atos processuais de formas diversas das tradicionalmente feitas?

<sup>97</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231.

<sup>98</sup> Esse novo julgamento nem sempre irá ocorrer, pois a rescisória pode ser utilizada para que um julgamento anterior prevalece, como no caso do inciso IV do art. 485 do CPC, em que a rescisória é utilizada para “atacar” sentença que violou coisa julgada material.

<sup>99</sup> A revisão criminal não está sujeita a decadência e só é admitida em benefício réu.



PROCESSO: 95\_007542-3  
CLASSE 07000 — AÇÃO CRIMINAL  
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
RÉU: TARCISIO VIEIRA DA SILVA

Vistos, etc.

## 1. RELATÓRIO

Trata o presente caso  
De uma ação criminal  
Movida neste Juízo  
Buscando sanção penal  
Para um ocorrido fato  
Tido como estelionato  
Pelo MP Federal.

Fulano de tal da Silva  
É o nome do acusado,  
Profissão: eletricista,  
Nesta domiciliado,  
É viúvo, brasileiro,  
E desse modo ligeiro,  
Ei-lo aí qualificado.

Denúncia foi recebida  
As folhas um, oito, três  
Noventa e sete era o ano  
Outubro era o mês  
Vinte e três era o dia  
Que a ação começaria.  
Com o despacho que se fez.

Veio, porém, a Juízo,  
O réu, antes de citado,  
Na folha dois, zero, três  
Formulou arrazoado  
Dizendo que prescrevera  
O crime — se ocorrera  
Do qual era. acusado.

Disse que entre a conduta.  
Como criminosa tida  
E o dia em que a denúncia  
Aqui fora recebida  
Treze anos se passavam  
E só doze lhe bastavam  
Pra encerrar a partida.

Ouvido o douto *parquet*  
Este fez oposição  
Dizendo que o fato crime  
Não teve consumação  
Há tanto tempo passado  
Sendo desarrazoado  
Se falar em prescrição[1].

O MM. Juiz  
Acatou o argumento  
Que o MP Federal  
Usou como fundamento  
E colocou no papel  
Que ao pedido do réu  
Negava deferimento[2].

Feito isto foi marcada  
Logo uma audiência  
Para interrogar o réu [3]  
Sendo-lhe dada ciência  
Que iria ser processado  
Depois seria julgado  
Com Justiça e com Prudência.

Mas com aquele decisum  
Não houve conformação  
Recurso em sentido estrito  
Do réu foi a reação [4]  
Para ver modificada  
A decisão prolatada  
Negando-lhe a prescrição.



Vieram os autos conclusos  
Pra que eu decida afinal  
Se inverto a decisão  
E dou ao feito um final  
Ou mantendo o seu curso  
Instruo logo o recurso  
E mando pro Tribunal.

É o relatório. Decido.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Ao apreciar o caso  
Que ora é apresentado  
Importa examinar  
Com cautela e com cuidado  
o termo inicial  
Do prazo prescricional  
Pela defesa alegado.

Nesse sentido, vejamos  
o fato considerado  
Como artificioso,  
Ardiloso, simulado  
Que o réu criou em sua mente  
Buscando dolosamente  
o benefício almejado.

É fato que causa espanto  
o que passo a descrever  
Pois do que consta dos autos  
o que ele intentou fazer  
Foi obter quitação  
De mútuos de habitação  
Com seguro a receber.

Como modus operandi  
Para o seu desiderato  
A sua esposa, Maria [5]  
Figurou em dois contratos  
Usando financiamento  
Comprou casa, apartamento  
Porém omitindo um fato.

O fato omitido in casu  
Era a saúde de Maria  
Que, portadora de câncer,  
Brevemente morreria  
E através da sua morte  
Na verdade seu consorte  
Se beneficiaria.

É que Maria morrendo  
Os seguros pagariam  
Todo o saldo dos empréstimos  
E as contas se quitariam  
A casa, o apartamento  
Após feito o pagamento  
Pro marido ficariam. [6]

Mas do que vejo dos autos  
Esse plano não vingou  
Porque a seguradora  
Bem cedo desconfiou  
Foi pondo dificuldade  
E o fato é que, em verdade,  
Os seguros não pagou.

As folhas cinqüenta e cinco  
O BEC é que noticia  
Sete anos que passaram  
E ainda não havia  
Sido providenciada  
A cobertura esperada  
Do que o seguro previa[7].

Também em favor da tese  
Que não houve a conclusão  
Da conduta criminosa  
De que trata esta ação  
Um feito judicial  
Na Justiça Estadual  
Está em tramitação.

Vejo às folhas 200  
Um ofício a informar [8]  
Que em uma Vara Cível  
Aqui mesmo do lugar  
o espólio de Maria  
Litiga até hoje em dia  
Com Allianz Ultramar.

Bem se sabe, pra que haja  
Estelionato consumado  
Impõe-se que o agente  
Alcance o fim planejado  
Pois como o tipo é descrito  
Na norma em que está inscrito [9]  
É crime de resultado.

Tendo, assim, convicção  
De que o fato tratado  
Como crime nestes autos  
Foi simplesmente tentado  
Retorno a minha atenção  
Ao prazo da prescrição  
E como ele é contado.

O transcurso de tal prazo  
Em caso de tentativa  
Expressamente é previsto  
Em locução normativa  
Diz a norma que começa  
No mesmo dia que cessa  
A atividade nociva.

A norma que ora cito  
É de sabença geral  
Bem no artigo cento e onze  
Lá do Código Penal  
o inciso é o segundo  
Não é coisa do outro mundo  
Só disciplina legal.

Sobre o tema MIRABETE  
Dá a seguinte lição:  
Que havendo tentativa  
o prazo de prescrição  
Começa mesmo de fato  
No dia do último ato  
De sua execução. [10]

Partindo dessa premissa  
Resta só verificar  
Qual o ato executório  
Feito em último lugar  
Por parte do acusado  
Pra ser beneficiado  
Pela Allianz Ultramar.

Identificar tal ato  
Não me traz qualquer tormento.  
É claro que a tentativa  
De ter locupletamento  
Encerrou quando o acusado  
Sentindo-se habilitado  
Entregou o requerimento. [11]

O mês em que ocorreu  
o fato acima apontado:  
Setembro de oitenta e quatro  
Isso está bem comprovado [12]  
Sendo um pouco inteligente  
Isto é suficiente  
Pra ser tudo calculado.



Daquele mês de setembro  
Até o outro momento  
Que formulada a denúncia  
Deu-se o seu recebimento  
Foram mais de treze anos  
Não há como ter enganos,  
Este é meu pensamento.

Assim, não se pode mais  
Discutir a autoria.  
A materialidade  
Se, no caso, dolo havia,  
Pois a prejudicial  
Do prazo prescricional  
Impede a pena tardia.

Tem, pois, razão a defesa  
Quando alega prescrição  
Não pode mais o Estado  
Exercer a pretensão  
De punir o acusado  
E assim fundamentado  
Exerço a retratação.

### 3. DISPOSITIVO

POSTO ISTO, julgo extinta  
Toda punibilidade  
Da conduta do acusado,  
Cuja materialidade  
Na denúncia está descrita,  
Mas que hoje está prescrita,  
Livre de penalidade.

Sem custas.  
Publique-se. Registre-se. Intime-se.  
Expedientes de praxe.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2002.

Marcos Mairton da Silva  
Juiz Federal Substituto da 11ª Vara.

[1] Às fls. 212 a douta Procuradora da República ressalta que o delito *somente alcançaria consumação com o dano patrimonial representado, no caso sub examine, pela quitação do imóvel por parte da seguradora* e que o documento de fls. 102 apresentava *evidente indicação de que até aquela data (29 de dezembro de 1992) não se havia consumado o delito.*

[2] Fls. 213v.

[3] 3 Interrogatório às fls. 216/217.

[4] Fls. 221.

[5] Maria Marlúcia da Silva Dantas.

[6] A cláusula décima segunda do contrato de fls. 26/28 contém previsão de contratação de seguro com esse fim.

[7] A carta é enviada pelo BEC à Seguradora Allianz Ultramar, cobrando a cobertura das parcelas do contrato de Maria Marlúcia, a falecida esposa do acusado.

[8] O ofício é do próprio Juiz da 31 a Vara Cível de Fortaleza, e dá conta que naquele Juízo corre uma ação de cobrança do Espólio de Maria Marlúcia da Silva contra Allianz Ultramar, sob o número 00.02.16071-4.

[9] Art. 171, e parágrafos, do Código Penal.

[10] MIRABETE, Júlio Fabrini, Código Penal Interpretado, Atlas, 1999, p. 601.

[11] Pleiteando a cobertura do seguro, obviamente.

[12] Conforme documentos de fls. 17, 19 e 21, dentre outros.

**Caso nº 2:** CARLOS propôs em face de THIAGO ação na qual pediu fosse o réu condenado a pagar-lhe R\$ 200.000,00. THIAGO, em defesa, alegou que já pagara a dívida por inteiro e que, além disto, estava consumada a prescrição. O juiz proferiu sentença acolhendo o pedido no tocante a R\$ 80.000,00, sob o fundamento de que, em relação à outra parcela, se verificara pagamento.

Pergunta-se:

(a) Se no julgamento do recurso de apelação o tribunal decidir toda a dívida estava prescrita, terá o juízo a quo cometido *error in procedendo* ou *error in judicando*.

(b) Caso somente CARLOS apele, poderá o tribunal — entendendo, pelas provas constantes dos autos, estar demonstrado o pagamento integral do débito — reformar a sentença para julgar o pedido totalmente improcedente?

(c) Se somente CARLOS apelar e o tribunal aumentar o valor da indenização para R\$ 150.000,00, que recursos podem ser utilizados pelas partes para impugnar a referida decisão?



## **ANEXO: POLÊMICA SENTENÇA DE TUBARÃO (SC) EM QUE MÃE E FILHA FORAM BARRADAS EM FESTA DE GALA**

Autos nº 075.99.009820-0/0000

Ação: Reparação de Danos/Ordinário

Autor: Juliana Souza Soratto Repr. p/ mãe Rita de Cássia Souza Silva

Réu: Clube 7 de julho

*Vistos, etc.*

*Juliana Souza Soratto, representada por sua mãe Rita de Cássia Souza Silva, ingressou com Ação de Indenização por Danos Morais contra Clube 7 de Julho, todos qualificados.*

*Aduz na inicial ter sido barrada na entrada de um baile, quando sofreu danos morais. Pleiteia uma indenização. Deu à causa o valor de R\$ 5.440,00. Juntou documentos. Recebida a inicial, foi registrada e autuada.*

*Citado, o requerido respondeu, via contestação, quando suscitou preliminar e combateu o mérito. Alega que tratava-se de um baile de gala e que a requerente não estava devidamente trajada. Imputa à mãe da requerente o escândalo ocorrido e, ainda, que a mesma participou, normalmente, do baile. Houve impugnação.*

*Realizada audiência de conciliação sem êxito. Saneador proferido no ato. Designada audiência de instrução e julgamento. Tomou ciência o Ministério Público.*

*Realizada a audiência de instrução e julgamento, com o depoimento das partes e testemunhas.*

*Alegações finais por memoriais, quando as partes analisaram as provas e requereram, respectivamente, a procedência e a improcedência da demanda. O Ministério Público manifestou-se pela improcedência da pretensão inicial. Vieram-me os autos conclusos.*

*É o relatório.*

*Decido.*

*Excuso.*

*No Brasil, morre por subnutrição uma criança a cada dois minutos, mais ou menos. A população de nosso planeta já ultrapassou seis bilhões de pessoas e um terço deste contingente passava fome, diariamente. A miséria se alastrá, os problemas sociais são gigantescos e causam a criminalidade e a violência generalizada. Vivemos em um mundo de exclusão, no qual a brutalidade supera com larga margem os valores humanos. O Poder Judiciário é incapaz de proporcionar um mínimo de Justiça Social e de paz a sociedade. E agora tenho de julgar um conflito surgido em decorrência de um vestido. Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?*

*Moda, gala, coluna social, são bazófias de uma sociedade extremamente dividida em classes, na qual poucos usufruem da inclusão e muitos vivem na exclusão. Mas, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário julgar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito. É o que passo a fazer.*

*Da preliminar.*

*As questões preliminares são referentes às matérias processuais, que inviabilizam a tramitação normal do feito. No presente caso, a preliminar argüida refere-se ao mérito, ou seja, a possível “ausência de qualquer situação que caracterizasse constrangimento, vergonha ou humilhação para a Autora”. (29)*

*Isto refere-se aos fatos e não diz respeito a questões preliminares. Portanto, como preliminar, indefiro o pedido, pois o mesmo será analisado no mérito.*

*Do Mérito.*

*A celeuma refere-se ao fato de a requerente ter sido barrada na entrada de um baile provido pelo requerido. Segundo este, aquela não estava devidamente trajada, pois, nos termos do convite de fls. 11, o traje exigido era de “Gala a Rigor (smoking preto e vestido longo)”, e a indumentária utilizada no dia, pela requerente (fotografias de fls. 12), não se enquadrava neste conceito. Já a requerente alega que sim, seu traje era adequado.*

*Pelas testemunhas inquiridas, vê-se que os fatos não foram além disto, até a presença da mãe da autora, que “esquentou” a polêmica, dando início a um pequeno escândalo, pois exigia o ingresso de sua filha, o que, aliás, acabou ocorrendo, pois ela participou, normalmente, do baile.*

*Diante destes fatos, o julgamento da lide cinge-se a verificar se o fato de a autora ser barrada na entrada do baile constitui-se em um ilícito capaz de gerar danos morais.*

*Um primeiro problema que surge é saber enquadrar o conceito de traje de gala a rigor, vestido longo, aos casos concretos, ou seja, aos vestidos utilizados pelas participantes do evento. Nesta demanda, a pessoa responsável pelo ingresso no baile entendeu, em nome do requerido, que o vestido da autora não se enquadrava no conceito. Já a autora e sua mãe entendem que sim.*

*Como determinar quem tem razão? Nomear um estilista ou um colunista social para, cientificamente, verificar se o vestido portado pela autora era ou não de gala a rigor? Ridículo seria isto.*

*Sob meu ponto de vista, quem consente com a futilidade a ela está submetida. Ora, no momento que uma pessoa aceita participar destes tipos de bailes, aliás, nos quais as indumentárias, muitas vezes, se confundem com fantasias carnavalescas, não pode, após, insurgir-se contra as regras sociais deles emanadas. Se frívolo é o ambiente, frívolos são todos seus atos.*

*Na presente lide, nada ficou provado em relação ao requerido, salvo o fato de que a autora foi impedida, inicialmente, de entrar no baile, sendo, posteriormente, frente às atitudes de sua mãe, autorizada a entrar. Não há prova nos autos de grosserias, ou melhor, já que fala-se de alta sociedade, falta de urbanidade, impolidez ou indelicadeza por parte dos funcionários do requerido.*

*Apenas entenderam que o traje da autora não se enquadrava no conceito de gala a rigor e, por conseguinte, segundo as regras do baile, sua entrada não foi permitida. Isto, sob meu julgamento, não gera danos morais, pois não se tratou de ato ilícito. Para quem tem preocupações sociais, pode até ser um absurdo o ocorrido, mas absurdo também não seria participar de um evento previamente organizado com regras tão estultas?*

*A pretensão inicial é improcedente, pois nos termos do art. 333, I, do CPC, a autora não comprovou qualquer ato ilícito do requerido capaz de lhe causar danos morais.*

*Para finalizar, após analisar as fotografias juntadas aos autos, em especial as de fls. 12, não posso deixar de registrar uma certa indignação de ver uma jovem tão bonita ser submetida, pela sociedade como um todo, incluindo-se sua família e o próprio requerido, a fatos tão frívolos, de uma vulgaridade social sem tamanho. Esta adolescente poderia estar sendo encaminhada nos caminhos da cultura, da literatura, das artes, da boa música. Poderia estar sendo incentivada a lutar por espaços de lazer, de saber e de conhecimento. Mas não. Ao que parece, seus valores estão sendo construídos pela inutilidade de conceitos e práticas de exclusão.*



*Cada cidadão e cidadã é livre para escolher seu próprio caminho. Mas quem trilha as veredas das galas de rigor e das altas sociedades, data venia, que aceite seu tempos e contratempos, e deixe o Poder Judiciário cuidar dos conflitos realmente importantes para a comunidade em geral.*

*Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão inicial e condeno a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.000,00.*

*Publique-se.*

*Registre-se.*

*Intime-se.*

Tubarão, 11 de Julho de 2002.

Lédio Rosa de Andrade

Juiz de Direito

Revista Consultor Jurídico, julho de 2002.

#### **QUESTÕES DE CONCURSO:**

**1. OAB/RJ (22º)** O recurso é:

- a. um dever processual;
- b. um ato processual atípico;
- c. um ônus processual;
- d. uma obrigação processual.

**2. OAB/RJ (17º)** O recurso cabível da decisão que revela a deserção recursal é o de:

- a. Agravo de instrumento;
- b. Apelação;
- c. Não cabe recurso algum;
- d. Embargos Infringentes



**3. Nos juizados especiais cíveis as decisões interlocutórias:**

- a. São irrecorríveis, podendo, entretanto, a parte inconformada valer-se do mandado de segurança dirigido ao presidente do tribunal;
- b. São irrecorríveis, cabendo agravo de petição ao colégio recursal;
- c. Somente são irrecorríveis quando indeferem a denunciação da lide;
- d. São irrecorríveis por falta de previsão específica, entretanto, ante a regra geral da recorribilidade das decisões, consagrando o princípio do duplo grau de jurisdição, cabe agravo de instrumento para o colégio recursal.

**4. São os requisitos essenciais de qualquer sentença:**

- a. Relatório, motivação e condenação em custas;
- b. Fundamentação, condenação em custas e honorários;
- c. Relatório, fundamentação e condenação;
- d. Relatório, fundamentação e dispositivo.

## AULAS 24 E 25: COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA: RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA?

### INTRODUÇÃO

Até pouco tempo, a coisa julgada era tida pela doutrina como dogma insuperável. De modo algum se poderia falar em alguma teoria que tratasse de sua relativização. De fato, o princípio da segurança jurídica justifica que em algum momento não se possa mais discutir determinada matéria, evitando-se, assim, um litígio infinito. Todavia, recentemente, alguns doutrinadores passaram a defender a possibilidade de relativização da coisa julgada.

O assunto é certamente polêmico e deve ser abordado com muita cautela. Eventual relativização não pode ser feita de qualquer forma, haja vista que se coloca em sério risco o próprio instituto da coisa julgada, corolário do princípio da segurança jurídica, um dos principais pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, não se pode deixar de observar que a coisa julgada já recebe certa “relativização”. A ação rescisória e a revisão criminal são exemplos de instrumentos utilizados para desconstituir a coisa julgada.

Ademais, dependendo da natureza do interesse discutido em juízo, a coisa julgada também já possui tratamento diferenciado em nosso ordenamento. É o que acontece na tutela dos interesses de grupo, onde, em certas situações, as decisões de mérito não recebem a proteção da coisa julgada.

Seria então correto afirmar que a coisa julgada constitui um óbice intransponível para o magistrado

### LEITURA BÁSICA

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Capítulo 32: “Processos de Conhecimento, de Execução e Cautelar”, itens 197 até 200. p. 305-311.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Cap. XVI: “Coisa Julgada”, p. 467-495.

MARINONI, Luis Guilherme. “Sobre a chamada relativização da coisa julgada material”. Artigo disponível em [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) e também em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716> no dia 20.02.2007.



### LEITURA COMPLEMENTAR.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo: Forense Universitária, 1998. (ver comentários aos artigos 103 e 104).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.97-109.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. “Dez Anos da Ação Civil Pública. Uma Retrospectiva Geral”. Artigo disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/civel.htm> em 20.02.2007.

### EMENTÁRIO DO TEMA:

- Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material.
- Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada.
- Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada.
- Coisa Julgada e tutela dos interesses de grupo.
- Relativização da Coisa Julgada.

### NOTA AO ALUNO:

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, com o intuito de resguardar a segurança nas relações jurídicas, dispõe em seu art. 5º, inc. XXXVI que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

A *res iudicata* foi definida por notável jurista contemporâneo como a situação jurídica de indiscutibilidade e imutabilidade do conteúdo da norma jurídica formulada na sentença<sup>100</sup>. De fato, em algum momento, não será mais permitido que as partes apresentem novos recursos para impugnar sentença ou acórdão proferido em nossos tribunais. Nesse ponto, é importante realizar a distinção entre coisa julgada formal (atinge toda e qualquer sentença) e coisa julgada material (atinge apenas as sentenças de mérito), pois apenas a segunda dessas modalidades impede que seja ajuizada nova demanda para se discutir o mesmo caso.

Com a formação da coisa julgada material, a sentença não pode ser mais contestada juridicamente e passam a ser tido como irrelevantes outros argumentos que as partes poderiam ter trazido para o processo. Tal fenômeno é conhecido como eficácia preclusiva<sup>101</sup> da coisa julgada.

---

<sup>100</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro*. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.97-109.

<sup>101</sup> Prevista no art. 474 do CPC.



No processo individual, a coisa julgada encontra seus limites objetivos no conteúdo da parte dispositiva da sentença e subjetivos nas partes daquele processo em que foi proferida a decisão, embora haja hipóteses em que esta regra é excepcionada<sup>102</sup>.

Por outro lado, na jurisdição coletiva, foi necessário adequar o instituto da coisa julgada. Com efeito, por intermédio dos instrumentos que compõe a tutela coletiva, são protegidos interesses de toda sociedade. A sistemática existente para a ação popular e para a ação civil pública amplia os efeitos da coisa julgada, que se produzem *erga omnes* ou *ultra partes*, atingindo pessoas que formalmente não participaram da relação jurídica processual<sup>103</sup>. Ademais, a coisa julgada se opera *secundum eventum litis* e *in utilibus*.

Como se sabe, vivemos em uma sociedade massificada, caracterizada pelos avanços tecnológicos e transformações culturais e, ainda, por suas implicações em diferentes setores, tais como meio ambiente, políticas públicas, relações trabalhistas, relações de consumo e moralidade administrativa. Por esses motivos, foi necessário revisitar e reformular os institutos e princípios da Teoria Geral do Processo, até então concebidos e idealizados segundo uma perspectiva que contemplava apenas a tutela individual de direitos. Entre os principais institutos que tiveram que ser “adaptados” para prestação da tutela coletiva, merece especial destaque a coisa julgada.

Em nosso país, a ação popular foi o instrumento pioneiro destinado a tutela de interesses de grupo. Na ação popular, a coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, exceto se ação popular for julgada improcedente por falta de provas, hipótese em que a sentença acarretará coisa julgada meramente formal, podendo o autor popular ou qualquer outro cidadão, neste caso, renovar a ação com base no mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas (Art. 18, Lei nº 4.717/1965).

Na ação civil pública foi utilizada sistemática semelhante e, dessa forma, os efeitos da coisa julgada se operam *secundum eventum litis* e *in utilibus*, atingindo pessoas que formalmente não participaram da relação jurídica processual. Atualmente, no direito pátrio, o tratamento da matéria é dado pelos arts. 103<sup>104</sup> e 104<sup>105</sup> do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo mais recente e abrangente do que o art. 16 da L. 7.347/85 e que por força da “símbiose” existente entre as duas normas aplica-se a qualquer ação civil pública (art. 21. da L. 7.347/85).

## ESTUDO DE CASO:

**Caso nº 1:** Patrícia promove Ação de Alimentos em face de Pedro. O juiz, ao final do processo, na parte dispositiva da sentença, julgou a ação procedente para condenar Pedro a pagar a Patrícia a importância de R\$1.000,00

<sup>102</sup> Como exemplos a eficácia civil da sentença penal condenatória (extensão do limites objetivos) e a figura da substituição processual (extensão dos limites subjetivos).

<sup>103</sup> Nas ações coletivas, atualmente, no direito pátrio, o tratamento da matéria é dado pelos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo mais recente e abrangente do que o art. 16 da L. 7.347/85 e que por força da “símbiose” existente entre as duas normas aplica-se a qualquer ação civil pública (art. 21. da L. 7.347/85).

<sup>104</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

<sup>105</sup> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

(hum mil reais) de pensão mensal, vindo tal sentença a transitar em julgado. Três anos após o trânsito em julgado da sentença, e após Patrícia passar em concurso para magistratura fluminense, Pedro promove ação em face de Patrícia, sustentando que esta última se tornara rica e ele, pobre. Pedro pede exoneração da pensão. Patrícia, em defesa, alega a existência de coisa julgada. Procede tal alegação? Por quê?

**Caso nº 2:** No ano de 1982 Diego da Silva, menor com apenas 2 anos de idade, ajuizou, devidamente representado por sua mãe Maria da Silva, demanda em face de Antenor, conhecido empresário da cidade de Belo Horizonte. Na referida ação, João objetivava que fossem julgados procedentes os pedidos de reconhecimento de paternidade e de prestação alimentícia.

Conforme narrado na inicial, Antenor viajava constantemente para a pacata cidade de Ubá (residência de Maria e Diego), onde mantinha há mais de cinco anos relacionamento extraconjugal com sua mãe. Todos na cidade sabiam da existência de tal fato, haja vista que Antenor chegou a comprar uma casa para Maria e Diego pouco antes de desaparecer.

Em primeira instância, ambos os pedidos foram julgados procedentes, mas, graças à primorosa atuação de seu advogado, Antenor obteve êxito em sua apelação. Assim, em janeiro de 1987, transitou em julgado o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negava haver relação de paternidade entre Diego e Antenor.

Como se sabe, nos anos que se sucederam, o vulgarmente denominado “exame de DNA”, realizou profunda revolução nas demandas investigatórias de paternidade (bem como nos programas de TV de 5<sup>a</sup> categoria!). Antes do advento do “exame de DNA”, o juiz, ao julgar as causas, valia-se das provas das quais dispunha, provas essas, muitas vezes insuficientes para se chegar a uma certeza inequívoca sobre o julgado. Eram realizados exames de sangue e produzidos outros meios de provas a fim de se chegar a uma conclusão sobre a demanda.

No ano de 2007, Diego procura seu escritório de advocacia para realizar uma consulta: deseja saber se há possibilidade de ajuizar nova investigação de paternidade, haja vista que com o exame de DNA sua ação teria total chance de êxito.

Pergunta-se:

- (a) É possível tomar alguma medida para tutelar o direito de Diego? Qual?
- (b) A chamada “relativização da coisa julgada” coloca em risco a estabilidade e segurança das relações jurídicas? Que argumentos podem ser utilizados contra ou a favor dessa teoria?
- (c) Tramita no congresso projeto de alteração do Código Civil onde, entre outras, é proposta a seguinte alteração:

*“Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, cabendo também ao pai e à mãe biológicos.*

*§1º Se iniciada a ação pelo filho ou pelo genitor biológico, os seus herdeiros podem continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.*

*§2º Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1601”*

Seria legítimo que a relativização da coisa julgada fosse feita, pontualmente, apenas pelo legislador (com possibilidade de controle de constitucionalidade pelo STF)?

**Caso nº 03** (MP/RJ. XXVIII Concurso. 2<sup>a</sup> fase — questão adaptada): Em determinado Município do interior do Estado do Rio de Janeiro — Município A — localiza-se uma indústria têxtil, chamada Tecido Forte. Após apurações em processo administrativo, foi ajuizada ação civil pública pelo Município A, visando obter ordem judicial para que a indústria deixasse de despejar em um córrego local alguns resíduos de sua produção, sob o argumento de que se tratava de substâncias tóxicas que poderiam prejudicar a saúde dos moradores da região. As águas dos córregos da área eram utilizadas por muitos para a alimentação ou para irrigar plantações. Ademais, suspeitava-se que os animais aquáticos e as matas ciliares poderiam ser afetados. O pedido foi julgado improcedente, em 1º e 2º graus, na linha preconizada pelo Ministério Público, em vista da prova pericial que indicava que os resíduos despejados no córrego (com as substâncias X, Y e Z) não eram tóxicos a ponto de atingir a saúde humana ou danificar consideravelmente o ecossistema local.

O pedido foi julgado improcedente, em 1º e 2º graus, na linha preconizada pelo Ministério Público, em vista da prova pericial que indicava que os resíduos despejados no córrego (com as substâncias X, Y e Z) não eram tóxicos a ponto de atingir a saúde humana ou danificar consideravelmente o ecossistema local.

Cinco anos após o trânsito em julgado dessa decisão, foi publicado em revistas científicas especializadas, com algum estardalhaço, que as mencionadas substâncias poderiam acarretar gravíssimos males à saúde das pessoas e ao meio-ambiente, de acordo com novas descobertas científicas. De posse dessa informação, funcionários da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Ambiental do Município A encomendaram novo estudo que detectou a presença das referidas substâncias, em níveis intoleráveis, no córrego utilizado pela Tecido Forte.

Indaga-se: É possível tomar alguma medida contra a referida indústria ou a mesma está protegida pelo trânsito em julgado da decisão?

## JURISPRUDÊNCIA:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPE-  
TIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU  
PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS.  
COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DI-  
REITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I — Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II — Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III — A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”.

IV — Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

(Resp 226436 PR, 4<sup>a</sup> Turma, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Publicado no DJ 04.02.2002 p. 370).

**QUESTÕES DE CONCURSO:**

- 1. OAB/RJ (30º)** Quanto à coisa julgada no processo civil, é correto dizer que:
  - a. Impede, se houver modificação no estado de fato ou de direito em relação jurídica continuativa, a revisão do que foi estatuído na sentença;
  - b. Faz coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença;
  - c. Não atinge os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
  - d. Não repele as defesas que seriam dedutíveis no processo, mas não o foram por conveniência da parte.
  
- 2. OAB/RJ (22º Concurso)** Quanto à coisa julgada é correto dizer que:
  - a. é efeito da sentença;
  - b. é qualidade da sentença;
  - c. é decorrência da preclusão;
  - d. só ocorre quanto às sentenças terminativas.
  
- 3. (OAB/RJ 20º)** Quanto à ação rescisória, é CORRETO dizer que:
  - a. É cabível para desfazer decisões interlocutórias atingidas pela preclusão;
  - b. Suspende a execução da sentença rescindenda;
  - c. Quando disser respeito à sentença terminativa, o prazo decadencial de propositura é de quatro anos;
  - d. A petição inicial, se for o caso, deve cumular o pedido de rescisão da sentença com o do novo julgamento da causa
  
- 4. (OAB/RJ 12º)** O prazo para proposição da ação rescisória, se extingue:
  - a. Em 1 ano após o trânsito em julgado da decisão;
  - b. Em 2 anos após o trânsito em julgado da decisão;
  - c. Em 3 anos após o trânsito em julgado da decisão;
  - d. Em 15 dias após o trânsito em julgado da decisão.
  
- 5. (12º)** Após o trânsito em julgado da sentença a parte prejudicada obtém prova de que a parte vencedora se valeu de prova falsa durante a instrução, o que influiu decisivamente no julgamento. Como advogado da parte prejudicada você:
  - a. Sustaria os efeitos da sentença através de Mandado de Segurança, enquanto ingressaria com Ação Rescisória contra referida sentença;
  - b. Ingressaria com Ação Rescisória, não havendo meio legal de impedir os efeitos da sentença em razão do trânsito em julgado;
  - c. Ofereceria Agravo de Instrumento;
  - d. Oporia Embargos contra a decisão, que diante da nulidade seria apreciada diretamente pelo mesmo juiz que proferiu a decisão.



## GABARITO DAS QUESTÕES DE CONCURSO

### AULAS 1 E 2: SURGE UM NOVO DIREITO PROCESSUAL

**1. (TJ/RJ. XX Concurso. Preliminar)** Atendendo a que o art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, dizer se no inquérito policial deve-se observar o contraditório, a partir de 1988.

*As garantias do contraditório e da ampla defesa não são asseguradas no inquérito policial, conforme entendem a doutrina e a jurisprudência. Segundo Alexandre de Moraes, “o contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público”.*

*Em outras palavras, o inquérito não possui natureza jurídica de processo administrativo e, portanto, não se encontra abarcado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Nesse sentido, Tourinho Filho ensina que a expressão “processo administrativo” engloba tão somente processos instaurados pela Administração Pública para apurar infrações administrativas, em cujos casos é possível a aplicação de uma sanção — o que não ocorre com o inquérito policial.*

**2. (TJ/RJ. XXXIV Concurso. Preliminar)** Ante o texto do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição, seria constitucional a lei que cometesse ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes contra as relações de consumo, por exemplo?

*A lei que cometesse ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes contra as relações de consumo seria inconstitucional, visto que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, estabelece de forma clara a competência do Tribunal do Júri para julgar exclusivamente “crimes dolosos contra a vida”, dentre os quais não se incluem aqueles praticados contra as relações de consumo. O Tribunal do Júri é revestido de características singulares que permitem o julgamento daqueles que cometem crimes dolosos contra a vida por seus semelhantes, ou seja, trata-se de um julgamento feito pela própria sociedade.*

**3. (MP/RJ. VIII Concurso).** O Procurador-Geral de Justiça designou um Promotor de Justiça para acompanhar certo inquérito policial e funcionar, até final, em qualquer ação penal que com base nele viesse a ser proposta. Oferecida a denúncia, um dos réus impetrou habeas corpus colimando o trancamen-



to da ação penal, sob o fundamento de que a designação feita seria ilegal, por afastar o Promotor do Juízo junto ao qual tem curso a ação penal, violando assim o princípio do Promotor natural. Dê o seu parecer sobre esta questão.

*O princípio do Promotor natural destina-se, de um lado, a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, ou seja, assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da instituição. Por outro lado, o princípio visa tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. Logo, no caso em questão, o Procurador Geral de Justiça não tem competência para designar um Promotor de Justiça para acompanhar certo inquérito policial, sob pena de violação ao princípio do Promotor natural.*

## AULAS 3 E 4: A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

**1. (MP/RJ. XXIV Concurso. Específica)** Distinguindo a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, enquadre os processos de inventário e os de arrolamento previstos no Capítulo IX, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

*A doutrina clássica entende que, nos processos de jurisdição voluntária, não há o exercício de função jurisdicional propriamente dita, mas sim mera administração de interesses privados. Moacir Amaral Santos, por exemplo, que é partidário deste primeiro entendimento, objeta que a lei civil condiciona a validade de alguns atos jurídicos à chancela do Judiciário. Logo, não existiria litígio nestes procedimentos e, consequentemente, litigantes. Tampouco haveria coisa julgada. Contudo, a doutrina mais atual entende que nestes procedimentos também há o exercício de função jurisdicional, com a formação de coisa julgada. É a posição, dentre outros, de Alexandre Freitas Câmara.*

*Os processos se inventário e de arrolamento encontram-se classificados no CPC como procedimentos de jurisdição contenciosa, o que significa que a lei concede-lhes determinadas peculiaridades formais da função jurisdicional, como o efeito da coisa julgada sobre as sentenças proferidas nestes procedimentos (embora a questão não seja pacífica na jurisprudência). Há, contudo, quem atribua ao inventário e ao arrolamento consensuais a natureza jurídica de jurisdição voluntária.*

**2. (TJ/RJ. XXII Concurso)** Há, na jurisdição voluntária, somente a administração de interesses privados, controvérsia ou litígio, contendores ou litigantes, sucumbência ou vencedor e vencido com condenação em honorários e formação de coisa julgada?

E qual a razão legal da presença obrigatória do Ministério Público? Justificar.

*Quanto às características da jurisdição voluntária, remete-se o leitor à primeira parte da resposta à questão anterior.*

*O Ministério Público intervém no processo como fiscal da lei sempre quando houver interesse público primário, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. Assim, nada impede que a própria lei estabeleça as hipóteses de intervenção do Parquet, tal como ocorre no art. 1.105, CPC.*

## AULAS 5 E 6: A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

**1. (TJ/RJ. Prova Preliminar. XLI Concurso)** Joaquim, na qualidade de vizinho de Auto-Posto Central, foi vencedor em ação de obrigação de fazer, cujo pedido era de realização de obras necessárias à segurança da atividade do réu. Intimado para o cumprimento, o vencido quedou-se inerte, mesmo com a imposição de multa. O Juiz, de ofício, determinou a interdição do estabelecimento, sem que tal medida houvesse sido discutida em qualquer fase do processo. Comente a decisão, indicando os dispositivos legais pertinentes.

*A decisão do juiz coaduna-se com o disposto no Código de Processo Civil, que, com as últimas reformas, tem procurado privilegiar a efetividade do processo e a tutela específica da obrigação. De acordo com o disposto no art. 461, par. 4º, do CPC, o juiz poderá impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, desde que compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. No caso em tela, tendo em vista que nem mesmo a imposição de multa, como meio de coerção, foi capaz de compelir o réu a realizar as obras a que fora condenado, permite-se ao juiz que, de ofício, determine as medidas necessárias para assegurar o resultado prático equivalente (par. 5º).*

**2. (OAB/RJ— 8º CONCURSO)** O *fumus boni iures* e o *periculum in mora* são elementos essenciais à obtenção de:

- a. Sentenças definitivas mandamentais
- b. Tutela cautelar considerando a urgência
- c. Sentenças declaratórias
- d. Decisão interlocutória

*Solução: letra b.*

3. (MP/RJ. 27º Concurso. Específica) Defina e distinga tutela cautelar, tutela antecipatória e julgamento antecipado da lide.

*Tutela antecipada e tutela cautelar são espécies de tutela de urgência, mediante a qual se permite ao órgão jurisdicional, em alguns casos, desde que presentes determinados requisitos exigidos pela lei, independentemente de requerimento do credor, a adoção de medidas tendentes a conservar o estado das coisas, de forma a garantir a efetividade do provimento jurisdicional final ou mesmo a antecipar algum(ns) dos efeitos da tutela jurisdicional que, muito provavelmente, será concedida ao final do processo. Trata-se de formas de cognição não exauriente e, por isso, de caráter provisório, passíveis de revogação a qualquer tempo.*

*A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do CPC consiste na antecipação dos efeitos da sentença de mérito. Possui, portanto, natureza satisfativa. São requisitos para a sua concessão (i) a verossimilhança da alegação, com base em prova inequívoca; e (ii) o fundado receio de dano grave e irreparável. A antecipação de tutela também pode ser concedida por outro motivo, não vinculado à tutela de urgência, qual seja, o abuso do direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório. Pode-se citar, ainda, um requisito negativo, consistente na inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento (par. 2º).*

*A tutela cautelar, por sua vez, não possui natureza satisfativa, limitando-se a assegurar a efetividade de outro tipo de tutela, que esteja ameaçada de tornar-se ineficaz. Para sua concessão, basta a plausibilidade do direito invocado (fumus boni iuris), além do perigo de dano.*

*Finalmente, o julgamento antecipado da lide encontra respaldo no art. 330, do CPC. Nesse caso, o prosseguimento do processo se revela despiciendo, pelo fato de que todos os elementos necessários ao julgamento dos pedidos já se encontram nos autos. Assim, presentes os requisitos expostos no dispositivo mencionado, poderá o juiz proferir sentença definitiva, capaz de extinguir o processo com resolução do mérito, acolhendo ou rejeitando os pedidos do autor.<sup>106</sup> Trata-se de juízo de certeza, e não de probabilidade, fundado em cognição exauriente.*

4. (TJ.RJ XXVI Concurso) Qual o sentido e o alcance dos pressupostos de verossimilhança e irreversibilidade em matéria de antecipação de tutela? Responda, fundamentadamente, referindo os dispositivos legais pertinentes.

*A verossimilhança da alegação e a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado são requisitos necessários à concessão da tutela antecipatória, nos termos do art. 273 do CPC.*

*A verossimilhança consiste na aparência de verdade dos fatos alegados, ou seja, na probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante. Entende-se que é um juízo mais seguro do que o da mera possibilidade (traduzido, por exemplo, na exigência do 'fumus boni iuris' para a concessão da*

<sup>106</sup> CAMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 311

*tutela cautelar) e menos seguro do que o juízo de certeza, que fundamenta as decisões definitivas.*

*Já a irreversibilidade do provimento refere-se à impossibilidade de retorno ao ‘status quo ante’, em caso de decisão de mérito contrária aos interesses do autor. A existência de perigo de irreversibilidade não pode, todavia, servir como óbice à concessão da antecipação da tutela. Presentes os pressupostos autorizadores da tutela antecipatória, caso exista perigo de irreversibilidade, deverá o juiz, diante da situação concreta, identificar o interesse mais relevante e provável, valendo-se dos princípios da proporcionalidade, e sacrificar o direito que se demonstra mais improvável, a fim de garantir a adequada, tempestiva e efetiva tutela jurisdicional.*

## AULAS 7 E 8: COMPETÊNCIA

**1. (MP/RJ. XIII Concurso)** Existe conexão entre a ação de alimentos da Lei nº 5.478/68 e a ação revisional de modificação ou de exoneração? E entre a ação de separação judicial e o pedido de conversão em divórcio?

*Não há conexão em relação a processo findo, de modo que, extinta a ação de alimentos, a revisional deve ser levada à livre distribuição. Isto porque constitui pretensão autônoma e que não guarda relação de acessoria com a ação de alimentos já encerrada (art. 108 do CPC).*

*A contrario sensu, porém, se estiverem em curso, concomitantemente, ações entre as quais haja relação de prejudicialidade e, portanto, possibilidade de decisões conflitantes, haverá conexão. Dá-se o mesmo em relação à ação de separação judicial e o pedido de conversão em divórcio.*

**2. (OAB/RJ. 26º Exame)** Guilherme, indignado com a constante sujeira de sua loja de perfumaria, optou por terceirizar o serviço de limpeza, celebrando, em nome próprio, contrato de prestação de serviço com a empresa KIKI FAXINAS LTDA. Porém, de nada adiantou. Guilherme passou a ouvir freqüentes reclamações não só de seus funcionários, mas, sobretudo, dos próprios clientes da loja, fato que o levou a concluir pela impossibilidade de manutenção do vínculo contratual. Ao lhe procurar, Guilherme recebeu a orientação de notificar a empresa KIKI FAXINAS LTDA., a fim de rescindir o contrato de prestação de serviços, em fiel cumprimento às regras contratuais que, expressamente, autorizavam a denúncia unilateral por qualquer das partes, desde que cientificadas com a antecedência mínima de 30 dias.

Consumada a resolução do contrato, Guilherme, no trigésimo dia subsequente ao da notificação, compareceu à sede da KIKI FAXINAS LTDA. para quitar os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que, no seu entender, eram devidos pelos serviços até então prestados. Quando lá chegou, deparou-se com a recu-

sa da empresa, que se negou a receber os valores ao simples argumento de que fazia jus, além da quantia ofertada, a uma indenização por lucros cessantes.

Na qualidade de advogado, adote a providência judicial que melhor atenda aos interesses de Guilherme, atentando se para as seguintes informações:

- a) Guilherme tem domicílio no Município de São Gonçalo;
- b) KIKI FAXINAS LTDA. tem sede no Município de Magé;
- c) o local do pagamento das prestações mensais, a teor do contrato, é a loja de Guilherme, localizada na cidade do Rio de Janeiro, no bairro de Copacabana;
- d) Cristiane, dona da empresa prestadora de serviço, tem domicílio no Município de Petrópolis;
- e) KIKI FAXINAS LTDA. pretende receber, a título de indenização, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

ADVOGADO: EDMAR LOPES

INSC. Nº: 1.100

*Para atender os interesses de Guilherme, a providência judicial adequada será ajuizar uma ação de consignação em pagamento (art. 890 e seguintes, do CPC) em face da empresa KIKI FAXINAS LTDA. O foro competente será o da sede da pessoa jurídica que figura como ré na ação, isto é, o Município de Magé, conforme o art. 100, inciso IV, alínea “a”.*

**3. (OAB/RJ. 5º CONCURSO)** Nos termos da Lei nº 9.099/95, quanto aos Juizados Especiais Cíveis, podemos afirmar:

- a. Somente as pessoas físicas podem figurar no pólo ativo da relação processual, sendo absoluta a competência desse juizado para dirimir causas de valor até 40 (quarenta) salários mínimos;
- b. A competência não é absoluta, sendo opcional para o autor o processamento e julgamento de referidas causas, podendo figurar pessoas jurídicas no pólo ativo.
- c. A competência é absoluta, cabendo às pessoas jurídicas fazer pedido contraposto.
- d. A competência não é absoluta, cabendo opção de ingresso somente ao autor, pessoa física.

*Solução: letra d.*



**4. (OAB/RJ. 21º CONCURSO)** A prevenção, em relação a duas ou mais causas conexas que tem curso na mesma comarca, se estabelece pela:

- a. Distribuição da ação em primeiro lugar.
- b. Pela sentença.
- c. Pela audiência de conciliação.
- d. Pelo despacho positivo.

*Solução: letra d.*

**5. (OAB/RJ. 19º CONCURSO)** Acerca da litispendência, NÃO é correto dizer que:

- a. É motivo de extinção do processo sem julgamento do mérito.
- b. É repetição de lide idêntica.
- c. É faculdade do juiz reconhecê-la.
- d. Exige, para sua configuração, identidade das partes, pedido e causa de pedir das demandas.

*Solução: letra c.*

**6. (OAB/RJ. 4º CONCURSO)** A incompetência relativa deve ser alegada:

- a. Em preliminar de contestação.
- b. A qualquer tempo.
- c. 10 (dez) dias após a citação.
- d. Por meio de exceção.

*Solução: letra d.*

**7. (TJ/RJ. XXXI Concurso)** O que é foro de eleição? Dê exemplo.

*Foro de eleição é a faculdade de as partes acordarem o foro competente para eventuais litígios futuros. Embora a competência em razão da matéria e da hierarquia seja inderrogável por convenção das partes, elas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. O acordo produz efeitos apenas quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico, de acordo com o exposto no art. 111, § 1º, do CPC.*



## AULAS 9 E 10: PROBLEMÁTICA DA AÇÃO

1. (MP/RJ. Preliminar. 12º Concurso) Agripina, em nome próprio, na qualidade de mãe de nascituro, propôs ação de investigação de paternidade em face de Mévio. Este, contestando o pedido, alega preliminar de ilegitimação para a causa, pois a autora não seria titular da pretensão de direito material e não lhe socorreria o art. 6º do Código de Processo Civil. Autos com vista ao Ministério Público. OPINE, OBJETIVA E JUSTIFICADAMENTE, SOBRE A ARGÜIÇÃO PRELIMINAR.

*Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, o nascituro tem personalidade jurídica e dispõe de legitimidade processual, porquanto titular de direitos da personalidade e de direitos potenciais. É, todavia, absolutamente incapaz para propor a ação de investigação de paternidade, devendo ser representado por sua mãe, conforme estabelece o art. 8º, do CPC. Desse modo, Agripina não deve propor a ação em nome próprio, senão em nome do nascituro, representando-o legalmente. A tutela jurisdicional do direito subjetivo, afinal, beneficiará o nascituro, como detentor da relação jurídica afirmada.*

2. (OAB-RJ. 27º Concurso) Guilherme propôs ação em face de Flávio cobrando, cumulativamente, duas dívidas, sendo uma decorrente de um contrato de compra e venda e a outra oriunda de um contrato de mútuo. Identifique, nesta hipótese, a espécie de cumulação de pedidos:

- a. Cumulação simples de pedidos.
- b. Cumulação alternativa de pedidos.
- c. Cumulação sucessiva de pedidos.
- d. Por serem contratos distintos, não poderá haver cumulação de pedidos.

*Solução: letra a.*

3. (OAB/RJ. 22º Concurso) A perempção do direito de demandar é:

- a. a improcedência do pedido.
- b. o acolhimento do pedido.
- c. a perda do direito de demandar após a mesma lide ser extinta por três vezes por abandono de causa.
- d. a homologação de um acordo.

*Solução: letra c.*

4. (MP/RJ. 25º Concurso. Específica) Conceitue pedido implícito, identificando as hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

*Nas lições de Freddie Didier Jr., o pedido implícito é aquele que, embora não explicitado na demanda, compõe o objeto do processo por força de lei, devendo ser*

*examinado e decidido pelo juiz. São hipóteses de pedido implícito os juros legais (arts. 405 e 406 do CC); o resarcimento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 20 do CPC); a correção monetária (art. 404 do CC); o pedido relativo a obrigações com prestações periódicas (art. 290, CPC).*

## AULAS 11 E 12: INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, RELAÇÃO PROCESSUAL E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

**1. (MP/RJ, 13º Concurso. Preliminar)** Qual a natureza jurídica da atribuição do órgão de atuação do Ministério Público no processo penal?

*O Ministério Público é o órgão estatal legitimado ao ajuizamento da ação penal pública, para defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais. Diz-se que sua legitimidade é política, pois decorrente de preceito constitucional (arts. 127 e 129 da CF), oriundo da vontade popular expressa pelos constituintes de conferir-lhe a privatividade da ação penal; e processual, no que diz respeito à capacidade de estar em Juízo, em nome do Estado, titular do direito material e de ação. Em outras palavras, O Estado conferiu ao Ministério Público o encargo do exercício das pretensões punitiva e executória estatais.*

**2. (OAB/RJ, 14º Concurso)** A representação da parte por advogado é:

- a. Uma condição ao exercício do direito de ação;
- b. Um pressuposto processual subjetivo;
- c. Uma matéria de exame de mérito;
- d. Um pressuposto processual objetivo.

*Solução: letra b.*

**3. (OAB/RJ, 14º Concurso)** Quanto ao processo cautelar, é incorreto afirmar que:

- a. Pode, em alguns casos, ter natureza satisfativa;
- b. Pode ser ajuizado em caráter preparatório ou incidental;
- c. Representa antecipação da providência de mérito da ação principal, *em situ*— ações de urgência e relevância;
- d. Pode o juiz, ao deferir liminarmente a cautela pretendida, determinar à parte que preste, em contracautele, caução real ou fidejussória.

*Solução: letra c.*

**4. (OAB/RJ, 7º Concurso)** Ocorre a representação processual legal:

- a. Sempre que aqueles que têm capacidade para ser parte não possuem capacidade processual de estar em juízo;
- b. Assim é chamado o mandato conferido ao advogado em razão da capacidade postulatória;
- c. Sempre que no instrumento de mandato houver esse tipo de convenção entre o outorgante e o outorgado;
- d. Nos casos dos incapazes sempre que não tenham curador especial.

*Solução: letra a.*

**5. (OAB/RJ, 6º Concurso)** A morte de uma das partes e o indeferimento da petição inicial pelo juiz são, respectivamente, casos de:

- a. Suspensão do processo / extinção do processo sem julgamento do mérito;
- b. Suspensão do processo / extinção do processo com julgamento do mérito;
- c. Extinção do processo sem julgamento do mérito / suspensão do processo;
- d. Extinção do processo com julgamento do mérito / extinção do processo sem julgamento do mérito.

*Solução: letra a.*

**6. (OAB/RJ, 4º Concurso)** Constituem tipos de processo:

- a. Sumário, especial e ordinário;
- b. Inventário, família e civil;
- c. Cautelar, execução e conhecimento;
- d. Consignatário, monitório, antecipação de tutela.

*Solução: letra c.*



## AULAS 13, 14 E 15: OS PERSONAGENS DO PROCESSO

**1. (OAB/RJ, 19º Concurso)** A gratuidade das custas e honorários advocatícios derivada da Lei nº 1.060/50:

- a. Só é concedida se a perícia comprovar a impossibilidade de pagamento de tais verbas;
- b. Só é cabível em favor do autor da ação;
- c. Gera, se vencido for o hipossuficiente na demanda, condenação em honorários e custas que fica sobrestada, na forma do artigo 12 da Lei nº 1060/50;
- d. Tem, se não for concedida, como consequência a irrecorribilidade da decisão.

*Solução: letra c.*

**2. (OAB/RJ, 12º Concurso)** É facultado ao advogado renunciar ao mandato que lhe foi outorgado, a qualquer tempo, desde que:

- a. Já tenha recebido os honorários advocatícios contratados em seu valor total ou, proporcionalmente, até a fase em que se encontre o processo;
- b. Comprove ter cientificado o mandante a fim de que nomeie substituto, ainda que tal ciência tenha sido por meio de carta, comunicação telefônica, fac-símile etc., permanecendo, entretanto, por mais 10 dias seguintes após a notificação, representando-o, desde que necessário para lhe evitar prejuízo;
- c. Conste do instrumento do mandato, de forma expressa e clara, a possibilidade de renúncia a qualquer tempo, de modo que o outorgante já fique ciente de tal direito, no ato da assinatura da procuração;
- d. Promova a notificação prévia do outorgante, através de procedimento específico — fico, no qual assuma o compromisso de continuar com a representação pelo prazo mínimo de 15 dias, de modo a evitar prejuízos para o mesmo.

*Solução: letra b.*

**3. (OAB/RJ, 8º Concurso)** O juiz que procede a instrução fica vinculado à decisão, envolvendo assim os princípios:

- a. Do livre convencimento e da bilateralidade da audiência;
- b. Da oralidade, da imediatidate, da identidade física do juiz e da concentração;
- c. Da demanda e da verossimilhança;
- d. Da ação, da oralidade e da bilateralidade da audiência.

*Solução: letra b.*

**4. (OAB/RJ, 8º Concurso)** Havendo comprovado receio quanto à não-imparcialidade do juiz na causa, a parte interessada deverá:

- a. Argüir por meio de exceção a incompetência do juiz;
- b. Argüir também por exceção o impedimento do juiz;
- c. Argüir igualmente por exceção a suspeição do juiz;
- d. Argüir, concomitantemente, o impedimento e a suspeição do juiz.

*Solução: letra c.*

**5. (OAB/RJ, 7º Concurso)** O princípio regulado pelo artigo 132 do CPC: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide...” diz respeito ao:

- a. Princípio da imediatidate, que vincula o juiz da audiência ao subsequente julgamento da mesma;
- b. Princípio da concentração, face ao liame vinculatório estabelecido pelo próprio ato de realização da audiência;
- c. Princípio da identidade física do juiz, vez que estará melhor habilitado a proferir a sentença aquele que tomou as provas;
- d. Princípio da oralidade, que consagra os debates orais em audiência culminando pelo proferimento de sentença no final da audiência.

*Solução: letra c.*

**6. (OAB/RJ, 7º Concurso)** Havendo impedimento comprovado de comparecimento do advogado à audiência, o juiz deverá:

- a. Designar desde logo um defensor *ad hoc* para prosseguir nos trabalhos;
- b. Ouvir as partes e testemunhas, adiando somente os debates orais;
- c. Adiar a audiência na sua totalidade;
- d. Prosseguir normalmente a audiência sem, no entanto, cominar censura ao advogado.

*Solução: letra c.*

7. (OAB/RJ, 5º Concurso) Dentre outros, pode-se afirmar que é direito inerente a todos os profissionais regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil:

- a. Examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo, inclusive os que tramitem em segredo de justiça;
- b. Requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de 5 (cinco) dias;
- c. Retirar autos de cartório, sempre que necessitar peticionar em defesa de in— teresse de seu cliente, independentemente da fase em que se encontre o pro—cesso;
- d. Retirar os autos de cartório ou secretaria de tribunal independentemente de assinatura em livro de carga, desde que possua procuração com poderes da cláusula *ad judicia* outorgada por uma das partes litigantes ou que seja noto— riamente conhecido na comarca ou tribunal pelos respectivos juízes e demais serventuários.

*Solução: letra b.*

## AULAS 16 E 17: LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1. (MP/RJ. 19º Concurso.) Pode o Juiz, convencido da responsabilidade exclusiva do denunciado à lide, condená-lo diretamente a pagar a indenização pleiteada pelo Autor e julgar improcedente o pedido em face do réu—denunciante? Resposta objetivamente justificada.

*A denunciação à lide consiste em uma demanda incidental de garantia, cujo julgamento está condicionado à sucumbência do litisdenunciante (réu-denunciante) na demanda principal, de modo que não se pode admitir a condenação do litisdenunciado (parte denunciada) diretamente em favor do adversário do litisdenunciante (autor).*

2. (MP/RJ. 6º Concurso. Preliminar) O litisconsórcio passivo formado em ação de anulação de negócio jurídico é necessário? É unitário? (Resposta objetivamente justificada).

*Quanto à indeclinabilidade de sua formação, o litisconsórcio é necessário. A decisão judicial produzirá seus efeitos em relação a todos os sujeitos da relação jurídica, por isso exige-se a participação de todos. Quanto à necessidade de idêntico resultado para todos os litisconsortes que ocupam o mesmo pólo processual, o litisconsórcio é unitário, ou seja, em razão da natureza da relação jurídica, a*

*decisão deverá ser uniforme para todos os litisconsortes. Assim, de acordo com os ensinamentos de Alexandre Câmara, a mesma relação jurídica que fez com que o litisconsórcio fosse necessário, ‘in casu’, faz também com que ele seja unitário.*

**3. (OAB/RJ, 31º Concurso)** A pluralidade de partes no pólo passivo, possibilitada pela natureza da relação jurídica substancial, na hipótese de sentença uniforme para todos os demandados, é considerada espécie de litisconsórcio:

- a. Simples;
- b. Unitário;
- c. Necessário;
- d. Facultativo.

*Solução: letra b.*

**4. (OAB/RJ, 22º Concurso)** A ação regressiva exercida pelo réu em face de terceiro dentro do processo em que é demandado é a:

- a. oposição;
- b. assistência;
- c. nomeação à autoria;
- d. denunciação da lide.

*Solução: letra d.*

**5. (OAB/RJ, 18º Concurso)** Acerca de denunciação da lide, é correto dizer que:

- a. Configura incidente da execução de sentença;
- b. É instituto assemelhado à ação monitória;
- c. É o instituto pelo qual um terceiro, pretendendo no todo ou em parte o bem objeto da lide, postula-o no processo das partes primitivas;
- d. É ação antecipada de regresso exercida por uma das partes, nos mesmos autos da ação primitiva, para se resguardarem das consequências de insucesso na demanda.

*Solução: letra d.*

**6. (OAB/RJ, 15º Concurso)** A ação regressiva, exercida como modalidade de intervenção de terceiros, configura o(a):

- a. Chamamento ao processo;
- b. Nomeação à autoria;
- c. Denunciação da lide;
- d. Oposição.

*Solução: letra c.*

7. (OAB/RJ, 14º Concurso) O fiador de contrato de locação, na ação de despejo cumulada com cobrança ajuizada em face apenas do locatário, pode ou deve intervir no feito com base em qual dos institutos abaixo:

- a. Recurso do terceiro prejudicado;
- b. Assistência
- c. Denúncia da lide;
- d. Litisconsórcio necessário.

*Solução: letra b.*

## AULAS 18 E 19: OS ATOS PROCESSUAIS E SEUS VÍCIOS

1. (OAB-RJ, 18º Concurso) A preclusão lógica se revela:

- a. Pela prática de ato incompatível com aquele que poderia ser praticado no prazo legal;
- b. Na ultrapassagem do prazo para prática de um ato processual;
- c. Pelo exercício de uma faculdade processual;
- d. Pela propositura da ação no prazo legalmente previsto.

*Solução: letra a.*

2. (OAB-RJ, 16º Concurso) A preclusão lógica para prática de um ato processual deriva:

- a. Do escoamento do prazo para prática de um ato processual;
- b. Da manifestação expressa da parte no sentido de conformar-se com o ato ou decisão judicial;
- c. Da revelia;
- d. Da prática de ato processual incompatível com o ato que poderia ser praticado.

*Solução: letra b.*

3. (OAB/RJ, 9º Concurso) As publicações dos atos processuais no Diário Oficial do Poder Judiciário consistem necessariamente em:

- a. Proceder as intimações do réu para que venha a juízo se defender;
- b. Forma legal pela qual se dá ciência a alguém dos termos do processo;
- c. Existem para dar publicidade dos atos judiciais a terceiros;
- d. Mera formalidade burocrática, vez que as intimações devem ser feitas pessoalmente.

*Solução: letra b.*



## AULAS 20 E 21: DIREITO PROBATÓRIO

1. (OAB/RJ, 30º Concurso) Quanto à inversão do ônus da prova no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), assinale a alternativa correta:

- a. O CDC prevê apenas a inversão *ope legis*;
- b. O CDC prevê apenas a inversão *ope judice*;
- c. O CDC não prevê a inversão do ônus da prova;
- d. O CDC prevê a inversão *ope legis* e a inversão *ope judice*.

*Solução: letra d.*

2. (OAB/RJ, 17º Concurso) Quanto ao sistema processual vigente em nosso país, no que diz respeito à valoração da prova, é correto dizer ser ele o do critério:

- a. Legal;
- b. Positivo;
- c. Livre convencimento do magistrado;
- d. Persuasão racional.

*Solução: letra d.*

3. (OAB/RJ, 17º Concurso) Quanto à inversão do ônus da prova nos processos fundados no Código de Defesa do Consumidor, é CORRETO dizer:

- a. É ela automática;
- b. Exige decisão do Juiz para produzir efeitos;
- c. Depende de concordância do fornecedor para ser decretada;
- d. Não prevalece se o fornecedor for hipossuficiente.

*Solução: letra b.*

## AULAS 22 E 23: SENTENÇA E RECURSOS

1. (OAB/RJ, 22º Concurso) O recurso é:

- a. um dever processual;
- b. um ato processual atípico;
- c. um ônus processual;
- d. uma obrigação processual.

*Solução: letra c.*



2. A decisão que revela a deserção é:

- a. Atacável por agravo de instrumento;
- b. Passível de oferecimento de apelação cível;
- c. Impugnável por recurso em sentido estrito;
- d. Irrecorrível.

*Solução: letra a.*

3. (OAB/RJ, 15º Concurso) Nos juizados especiais cíveis as decisões interlocutórias:

- a. São irrecorríveis, podendo, entretanto, a parte inconformada valer-se do mandado de segurança dirigido ao presidente do tribunal;
- b. São irrecorríveis, cabendo agravo de petição ao colégio recursal;
- c. Somente são irrecorríveis quando indeferem a denunciação da lide;
- d. São irrecorríveis por falta de previsão específica, entretanto, ante a regra geral da recorribilidade das decisões, consagrando o princípio do duplo grau de jurisdição, cabe agravo de instrumento para o colégio recursal.

*Solução: letra a.*

4. (OAB/RJ, 4º Concurso) São os requisitos essenciais de qualquer sentença:

- a. Relatório, motivação e condenação em custas;
- b. Fundamentação, condenação em custas e honorários;
- c. Relatório, fundamentação e condenação;
- d. Relatório, fundamentação e dispositivo.

*Solução: letra d.*

## AULAS 24 E 25: COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

1. (OAB/RJ, 30º Concurso) Quanto à coisa julgada no processo civil, é correto dizer que:

- a. Impede, se houver modificação no estado de fato ou de direito em relação jurídica continuativa, a revisão do que foi estatuído na sentença;
- b. Faz coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença;
- c. Não atinge os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;



- d. Não repele as defesas que seriam dedutíveis no processo, mas não o foram por conveniência da parte.

*Solução: letra c.*

**2. (OAB/RJ, 22º Concurso)** Quanto à coisa julgada é correto dizer que:

- a. é efeito da sentença;
- b. é qualidade da sentença;
- c. é decorrência da preclusão;
- d. só ocorre quanto às sentenças terminativas.

*Solução: letra b.*

**3. (OAB/RJ, 20º Concurso)** Quanto à ação rescisória, é CORRETO dizer que:

- a. É cabível para desfazer decisões interlocutórias atingidas pela preclusão;
- b. Suspende a execução da sentença rescindenda;
- c. Quando disser respeito à sentença terminativa, o prazo decadencial de propositura é de quatro anos;
- d. A petição inicial, se for o caso, deve cumular o pedido de rescisão da sentença com o do novo julgamento da causa

*Solução: letra d.*

**4. (OAB/RJ, 12º Concurso)** O prazo para proposição da ação rescisória, se extingue:

- a. Em 1 ano após o trânsito em julgado da decisão;
- b. Em 2 anos após o trânsito em julgado da decisão;
- c. Em 3 anos após o trânsito em julgado da decisão;
- d. Em 15 dias após o trânsito em julgado da decisão.

*Solução: letra b.*



**LUIZ ROBERTO AYOUB**

Mestre em Direito processual civil pela Universidade Estácio de Sá.  
Coordenador do programa de capacitação para Magistrados da FGV  
DIREITO RIO e Juiz Titular da 1º Vara Empresarial do Tribunal de Justiça  
do Rio de Janeiro.



## FICHA TÉCNICA

**Fundação Getúlio Vargas**

**Carlos Ivan Simonsen Leal**  
**PRESIDENTE**

**FGV DIREITO RIO**

**Joaquim Falcão**  
**DIRETOR**

**Fernando Penteado**  
VICE-DIRETOR DA GRADUAÇÃO

**Sérgio Guerra**  
VICE-DIRETOR DE PÓS-GRADUAÇÃO

**Luiz Roberto Ayoub**  
PROFESSOR COORDENADOR DO PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO EM PODER JUDICIÁRIO

**Ronaldo Lemos**  
COORDENADOR CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE

**Evandro Menezes De Carvalho**  
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

**Rogério Barcelos Alves**  
COORDENADOR DE METODOLOGIA MATERIAL DIDÁTICO

**Lígia Fabris e Thiago Bottino do Amaral**  
COORDENADORES DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

**Wania Torres**  
COORDENADORA DE SECRETARIA DE GRADUAÇÃO

**Diogo Pinheiro**  
COORDENADOR DE FINANÇAS

**Milena Brant**  
COORDENADORA DE MARKETING ESTRATÉGICO E PLANEJAMENTO