

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – U.F.M.G.
FACULDADE DE DIREITO

***MODIFICAÇÕES DE COMPETÊNCIA NO
PROCESSO CIVIL***

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

BELO HORIZONTE
FEVEREIRO DE 2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – U.F.M.G.
FACULDADE DE DIREITO

***MODIFICAÇÕES DE COMPETÊNCIA NO
PROCESSO CIVIL***

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – U.F.M.G., como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Direito Constitucional.

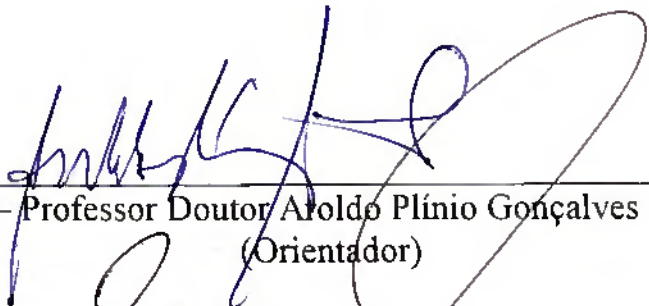
Mestrando: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

Orientador: Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves

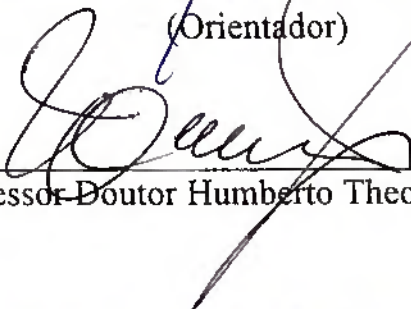
Belo Horizonte
Fevereiro de 2000

Dissertação defendida e aprovada em 13 de março de 2000

Banca Examinadora:



- Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves -
(Orientador) nota 10,0



- Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior - nota 10,0



- Professora Doutora Elza Maria Miranda Afonso - nota 10,0



- Professor Doutor Manuel Galdino da Paixão Júnior - nota 10,0

Ao ALEXANDRE. Seu sorriso,
com certeza, ilumina a dimensão em que se encontra.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 JURISDIÇÃO	
1.1 A função jurisdicional.....	4
1.2 Conceito.....	10
1.3 Princípios da jurisdição.....	16
1.3.1 Princípio do direito à tutela jurisdicional.....	16
1.3.2 Princípio da inércia.....	33
1.3.3 Princípio da investidura.....	35
1.3.4 Princípio da aderência ao território.....	36
1.3.5 Princípio da indelegabilidade.....	37
1.3.6 Princípio da inevitabilidade.....	38
1.3.7 Princípio do juiz natural.....	39
1.3.8 Princípio do promotor natural.....	42
2 PROCESSO.....	47
3 COMPETÊNCIA	
3.1 Conceito.....	57
3.2 Critérios de fixação da competência.....	60
3.3 Competência absoluta e competência relativa.....	63
3.4 Prorrogação da competência.....	65
3.5 A declaração de incompetência.....	67
3.6 A declaração <i>ex officio</i> da incompetência relativa.....	70
3.7 O conflito de competência.....	78
3.8 O conflito de atribuições.....	81

4 MODIFICAÇÕES DE COMPETÊNCIA

4.1 Conceito.....	85
4.2 Conexão.....	88
4.3 Continência.....	94
4.4 Acessoriedade.....	95
4.5 Prejudicialidade.....	97
4.6 Ações incidentais.....	98
4.7 Foro de eleição.....	10

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO.....	103
---------------------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109
---------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Há quase trinta anos entrava em vigor no país o novo Código de Processo Civil. De lá para cá vários estudos foram feitos a respeito das grandes inovações surgidas com a nova lei, de institutos recém-criados e de antigos pontos que foram aprimorados. Sobre competência e, principalmente, sobre modificações de competência quase nada foi escrito. Daí o interesse em desvendar o caminho não muito claro dessa parte do Processo Civil. Se por um lado a investigação no escuro é desafiante, por outro é amedrontadora. Firmar certos posicionamentos no início de uma vida acadêmica representa uma audácia reprovável, mas a ousadia, desde que acompanhada da necessária prudência do eterno aluno, é benéfica para o desenvolvimento intelectual. É com a convicção dessas dificuldades que se pretendeu escrever sobre modificações de competência.

A metodologia utilizada foi a da interpretação da norma jurídica, juntamente com a análise de situações concretas, advindas das demandas examinadas quando do exercício da assessoria jurídica e da judicatura federal. Foram coletados acórdãos de tribunais, principalmente superiores, relacionados

com o tema, bem como decisões de primeira e segunda instâncias, que, agregados aos ensinamentos dos doutrinadores, serviram como base da pesquisa.

O presente trabalho visa ao estudo de situações¹ processuais que fazem modificar a competência prevista na lei, a partir de uma análise dos conceitos de conexão, continência, acessoriedade, prejudicialidade, ações incidentais e foro de eleição, fazendo-se ainda uma incursão prévia e necessária nos aspectos gerais da jurisdição e na teoria geral da competência.

É de suma importância a delimitação desses conceitos, seja para evitar tramitações defeituosas das demandas, seja para buscar uma rápida e efetiva solução dos conflitos, o fundamento de existência da função jurisdicional do Estado.

¹ Como bem lembra GONÇALVES (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 85 et seq.), a doutrina das situações jurídicas não teve grande aceitação no Brasil, ainda que instituída na ab-rogada Lei de Introdução, embora se tenha aprimorado depois da formulação inicial de Bonnetcase, sobretudo pela contribuição de Duguit e Jèze e pelo aprimoramento final de Roubier. Sem perder de vista a garantia do direito adquirido, constitucionalmente assegurada, o grande mérito da teoria das situações jurídicas é eliminar a vinculação estrita entre dois sujeitos, extirpando o poder de exigibilidade de um sobre a conduta do outro.

-CAPÍTULO I-

JURISDIÇÃO

1.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Estado e poder são figuras inseparáveis. O poder, como elemento do Estado, tanto pode ser exercido de forma una quanto distribuída. Se por um lado a concentração do poder em um único órgão leva à estabilidade e à segurança das posições políticas, por outro favorece o arbítrio do estadista, que age sem regras e independentemente de qualquer sistema de controle de seus atos. Assim, de notável sabedoria o propósito de “parcelar” o poder, dividindo-o segundo os critérios geográfico (federalismo) e funcional, o que, além de contribuir para o aprimoramento do encargo, com a especialização de funções, proporciona o controle e fiscalização dos órgãos sobre si mesmos ou sobre os outros, por meio do princípio dos *checks and balances*, garantindo a liberdade individual.

O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), surgido a partir da divisão dos poderes, que teve como grande divulgador BOLINGBROKE, em sua obra *The Craftsmann*,² objetivou regular o exercício legal do poder, na medida em que proporcionou uma interação entre os diversos órgãos, com vistas à liberdade política dos cidadãos. Sem dúvida, o seu maior exemplo consistiu no controle de constitucionalidade de leis, seja o político, que

² BARACHO. *Processo Constitucional*, p. 40.

se iniciou com o *Sénat Conservateur* francês,³ seja o jurisdicional, pelos sistemas difuso⁴ e concentrado.⁵

A divisão funcional do poder, ordinária e equivocadamente chamada de “teoria da separação dos poderes”, tem origem na evolução do constitucionalismo inglês, notadamente com a Revolução Gloriosa, que culminou por delegar ao parlamento algumas funções reservadas ao monarca, até então detentor de autoridade absoluta.⁶ Embora já visualizada por ARISTÓTELES, que repartia as funções do Estado em deliberante (tomada de decisões fundamentais), executiva (aplicação pelos magistrados dessas decisões) e judiciária (fazer justiça),⁷ e esboçada na China pela dinastia Tang (século VII),⁸ bem como delineada por LOCKE no *Segundo Tratado do Governo Civil*, a doutrina teve como embaixador MONTESQUIEU, que a sistematizou e a divulgou na obra *L'Esprit des Lois* (1748), tornando-a uma das mais notáveis doutrinas filosófico-políticas de todos os tempos.⁹

³ HORTA. *Estudos de Direito Constitucional*, p. 148.

⁴ O sistema difuso de controle de constitucionalidade, obra do constitucionalismo norte-americano, principalmente pela contribuição do *Chief Justice Marshall* no caso *Marbury vs. Madison*, caracteriza-se pela possibilidade de pronúncia de inconstitucionalidade por qualquer juiz.

⁵ Já o sistema concentrado tem como pai Kelsen, idealizador de uma corte constitucional competente para examinar as arguições de inconstitucionalidade das leis.

⁶ FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*, p. 125.

⁷ FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*, p. 125.

⁸ CUNHA. *Teoria Geral do Estado*, 1990, p. 447.

⁹ Repercutiu, inclusive, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que a converteu em dogma constitucional. O art. 16 preconizava: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*”

Segundo a referida teoria, os poderes do Estado, melhor caracterizados como funções, dada a unidade do poder, deveriam ser exercidos por órgãos distintos e autônomos, sendo que essa separação funcionaria como forma e meio de limite do poder, assegurando uma medida jurídica ao poder do Estado.¹⁰ Seriam três as atividades fundamentais do Estado: a legislativa, responsável pela edição de normas gerais de conduta; a administrativa ou executiva, na qual o Estado executaria atividade primária, aplicando o direito por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria Administração; e a jurisdicional, cujo objetivo seria compor os conflitos.

DINAMARCO, lembrando assertiva de JELLINEK (*Allgemeine Staatslehre*) sobre a indivisibilidade do poder do Estado, discorda da caracterização da jurisdição como *um poder* do Estado, preferindo inseri-la como *uma das expressões* do poder uno estatal.¹¹ Afirma ele:

“Pois das premissas postas, inserindo a jurisdição no quadro da política e do poder, decorre com muita naturalidade que ela não é e não pode ser, como costuma ser dito, um poder do Estado. O poder é uma inerência deste e chega-se a afirmar, até, que ‘o Estado é poder’. Se poder é a capacidade de impor as próprias decisões, nem logicamente se pode conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma só entidade: dispondo ela de poder, ou seja, dessa capacidade, exercê-lo-á em variadas direções, conforme os objetivos específicos e portanto as funções assumidas. Por isso é que, em vez de definir-se como um poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno.”

¹⁰ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 246.

¹¹ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 115.

E prossegue o professor:

“Vista assim, ontologicamente a jurisdição não difere da administração e da legislação; a insistência com que a doutrina processualista se empenha em distingui-las é consequência das distorções inerentes à interpretação ortodoxa da clássica doutrina da ‘separação dos Poderes do Estado’. A diferença está, verdadeiramente, nas variadas funções que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas.”

Critica-se muito a rigidez da separação estanque dos poderes, chegando-se a preconizar a sua imprestabilidade dentro de um sistema político. LOEWENSTEIN¹² é um dos maiores censores da doutrina. Após abordá-la em título de sua obra como uma *antiga teoria* e posicionar-se contra a nomenclatura “separação de poderes”, conclui não ser ela necessária para o exercício do poder político. Diz ele:

“Lo que en realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión ‘separación de funciones’ a la de ‘separación de poderes’.

¹² LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*, p. 55.

Es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo”.

Embora efetivamente seja preferível utilizar a expressão¹³ “separação de funções” ou mesmo “divisão de funções”, haja vista a unicidade do poder, não é de se desmerecer a brilhante sistematização da teoria, que muito contribuiu para a formação do Estado moderno, sendo de ressaltar, como fez BARACHO,¹⁴ que a rigidez da doutrina nunca esteve em MONTESQUIEU, mas nos seus intérpretes mais críticos.

A função jurisdicional caracteriza-se, portanto, como a atividade estatal encarregada de solucionar as controvérsias que lhe são postas, dizendo o direito incidível e garantindo sua aplicação.

O Estado exerce a função jurisdicional sob o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e executiva.¹⁵ Por outro lado, não se pode utilizar o critério orgânico, isoladamente, para diferenciar as funções estatais, uma vez que a função

¹³ Os ordenamentos positivos, em sua grande parte, acataram a mencionada teoria como “separação de poderes”, como fez a Constituição Brasileira de 1988, no artigo 2º, que diz: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹⁴ BARACHO. *Processo Constitucional*, p. 27.

¹⁵ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 50.

jurisdicional pode ser exercida por outro “poder” estatal, como o Legislativo, ao processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade (artigo 52, I e II, da Constituição). Da mesma forma, o Judiciário exerce outras funções não-jurisdicionais, como, por exemplo, eleger os dirigentes dos tribunais e elaborar os respectivos regimentos internos (artigo 96, I, da Constituição).

A distinção entre a função jurisdicional e a legislativa é de fácil percepção. O mesmo não ocorre, no entanto, ao se comparar a função jurisdicional com a função executiva, porque ambas visam à aplicação do direito criado pelo legislador. Não há uma satisfatória distinção epistemológica entre função aplicativa-jurisdicional e função aplicativa-administrativa, mas uma nítida percepção entre uma função e outra no exame do contexto do ato jurisdicional e do ato administrativo.¹⁶

¹⁶ OLIVEIRA. A ampliação do conceito de cidadania por meio da efetiva tutela jurisdicional como fundamento do Estado Democrático de Direito, p. 278.

1.2 CONCEITO

A sociedade antiga depositava no misticismo religioso significativa parcela da praxe judiciária, ainda sem qualquer sistematização. Assim, à época da formação da *civitas* romana,¹⁷ aos pontífices coube dar forma ao procedimento, através de simbolismos e rituais, nascendo, por isso, a jurisdição, que era exercida pelos referidos sacerdotes com o objetivo de disciplinar a autotutela dos litigantes.¹⁸

Também se vislumbra o embrião da jurisdição no julgamento feito pelas tribos, que solucionavam os conflitos após reunião de seus membros em assembleia, prática comum entre os povos germanos, no dizer de TÁCITO, e entre os gregos dos tempos homéricos, conforme relatado na *Odisséia*.¹⁹

Já no Egito, o julgamento das questões menos e mais graves era feito de forma diferenciada. As primeiras estavam afetas aos juízes singulares, dispersos pelas cidades. As segundas eram resolvidas por um tribunal composto

¹⁷ O processo civil romano pode ser delimitado em três períodos: o das *legis actiones*, que vai da fundação de Roma (754 a. C.) até o fim da República; o *per formulas*, que formou com o antecedente o *ordo iudiciorum privatorum* (149 a. C. a 305 d. C.); e o último, da *cognitio extra ordinem*, que nasceu com o Principado (27 a. C.) e findou com o Império Romano do Ocidente.

¹⁸ TUCCI & AZEVEDO. *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 41.

¹⁹ GUIMARÃES. *O juiz e a função jurisdicional*, p. 20.

de trinta sacerdotes, chamados de *soutnou en os kat en mã*²⁰ (auditores das queixas do Tribunal de Justiça), os quais se reuniam secretamente para a decisão, que era proclamada pelo presidente após se dirigir à parte vencedora exibindo a efígie de Mã, a deusa da Verdade.

Embora o direito romano possuísse dois institutos ordinários de defesa de direitos, a *actio* e os *interdicta*, somente o primeiro possuía natureza jurisdicional.²¹ A jurisdição era concebida como simples *declaração* de direitos, como aliás se depreende de sua significação morfológica (dicção do direito), o que a afastou dos interditos, cuja característica básica – a ordem que deles emana – nada mais era que ato de vontade do pretor, não de inteligência, que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito.²²

Essa concepção de jurisdição do direito romano perpetuou-se até nossos tempos, no sentido de que ela só estaria presente no processo de conhecimento, em razão do efeito declaratório do provimento. Todavia, de forma equivocada. A jurisdição também está presente nas tutelas cautelar e executiva. O juiz, além de dizer o direito aplicável, igualmente exerce jurisdição ao fazer atuar a norma jurídica concreta definida na sentença (tutela jurisdicional imediata),

²⁰ LENORMANT. *Histoire Antique des Peuples de l'Orient*, p. 343, apud GUIMARÃES. *O juiz e a função jurisdicional*, p. 20.

²¹ Os extraordinários - *stipulationes praetoriae* e *restitutio in integrum* - juntamente com os *interdicta* nada mais eram que providências de natureza administrativa, exercidas pelo pretor.

²² SILVA. *Jurisdição e Execução*, p. 26-27.

bem como ao assegurar eficácia prática a providências cognitivas ou executivas (tutela jurisdicional mediata).

DINAMARCO, após demonstrar que vários fatores contribuíram para a adoção da referida e ultrapassada teoria, como a confusão entre juízo e processo, a função complementar da jurisdição em relação ao comando abstrato da lei, a atribuição do poder de executar a órgãos desligados do juiz, pontifica que seus pregadores não levaram em conta que na atividade estatal desenvolvida na execução encontram-se características próprias da jurisdição, como o escopo jurídico de atuação da vontade da lei e o traço de substitutividade.²³

Como dito, uma das funções do Estado seria a pacificação com justiça, por meio da jurisdição, que, no dizer de LIEBMAN, seria a “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.²⁴

FROCHAM entende por jurisdição “el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas *autónomas*, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus *órganos* las personas físicas o

²³ DINAMARCO, *Execução Civil*, p. 189-190.

²⁴ LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 7, v. I.

jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como *partes*, a los cuales el orden jurídico transfiere el *deber* de resolverlos conforme a la ley, como así la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal”.²⁵

CHIOVENDA, a seu turno, define 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 públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.²⁶

O cunho de substituição da vontade das partes também está presente na definição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, que entendem como jurisdição “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.²⁷

PAIXÃO JR. comunga da existência do efeito substitutivo da jurisdição, sob o argumento de que a ordem jurídica como um todo já ostentaria a

²⁵ FROCHAM. *La Jurisdicción*, p. 47.

²⁶ CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 8, v. 2

²⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 125.

idéia de substituição, e define jurisdição como a “atividade soberana do Estado, com que este, através de órgãos competentes e meios pré-determinados, por provocação do interessado, em caráter absolutamente definitivo, protege a ordem jurídica, faz atuar a lei em casos concretos, dirimindo ou evitando conflitos particulares de interesses, agasalhando indiretamente direitos subjetivos”.²⁸

No que concerne ao caráter substitutivo e secundário da jurisdição, uma vez que as partes deveriam, em primeiro plano, cumprir as normas de conduta, para somente depois agir o Estado, em substituição, não se adota, com todo respeito, a tese defendida por tão ilustres processualistas, preferindo-se a observação de LACERDA.²⁹

Com efeito, mostra-se insatisfatório ligar a jurisdição à função de substituição, seja porque não explicaria a natureza jurisdicional dos processos em que estão envolvidos direitos indisponíveis, como por exemplo a demanda que busca a anulação de casamento, seja porque deixaria de fora da jurisdição os atos em que o juiz resolve questões tipicamente processuais, como a decisão sobre competência.

²⁸ PAIXÃO JR. *As Três Figuras Básicas da Teoria Geral do Processo*, p. 41.

²⁹ LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 13.

Lembrando que na normalidade da vida social as situações jurídicas de vínculo entre pessoas se estabelecem e se findam sem qualquer litígio, sem portanto acionar-se o Estado, pode-se conceituar jurisdição como a função estatal encarregada de compor, de forma ampla, os conflitos de interesses levados a seu conhecimento.

A jurisdição, numa visão mais moderna³⁰ e como função estatal, tem por objetivo a atuação da vontade do direito objetivo, buscada através da técnica, sendo indevido sustentar que além do escopo jurídico estaria ela dotada de finalidades sociais e políticas.³¹ Os aspectos metajurídicos do processo (em consequência, da jurisdição) estão sintonizados na lei material, não na lei instrumental.

³⁰ MANDRIOLI, com uma visão antiquada, sincretista, ainda acredita que a atividade jurisdicional visa à tutela de direitos "come attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali" (apud YARSHELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, p. 16).

³¹ Reside neste ponto a grande controvérsia entre os ilustres professores titulares de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, DINAMARCO (cf. *A Instrumentalidade do Processo*) e da Universidade Federal de Minas Gerais, GONÇALVES (cf. *Técnica Processual e Teoria do Processo*). Para o primeiro, a jurisdição tem escopos jurídicos, sociais, políticos e éticos, enquanto que para o segundo, a finalidade é única, jurídica.

1.3 PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

1.3.1 PRINCÍPIO DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

A Constituição de 5 de outubro de 1988 consagrou, no inciso XXXV do artigo 5º, que a lei não pode excluir da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não se trata de novidade em sede constitucional, pois que já fazia parte dos Textos Constitucionais de 1946 e 1967, contudo com redação e alcance diferentes. A distinção entre aqueles e o atual reside na ausência, lá, da expressão “ou ameaça”, bem como de ter sido retirada da redação atual a qualificação direito “individual”. A uma comparação apressada das mencionadas constituições extrai-se que diferença não há. Todavia, não é bem desta forma. Duas novidades podem ser vistas.³²

A primeira é que não se fala em direito individual, mas somente em direito. O Brasil se achava atrasado frente aos países do continente europeu; enquanto eles se preocupavam com os direitos coletivos, aqui a tendência era tutelar somente direitos individuais. Percebe-se, com a nova redação, a busca da

³² BARBI. Garantias Constitucionais Processuais, p. 89.

proteção não mais de direitos individuais, mas de direitos amplos, inerentes aos cidadãos como grupos, advindo, assim, o nascedouro da disposição constitucional a respeito dos interesses coletivos, difusos e homogêneos. Permite-se com isso o controle de legalidade dos atos da Administração, impedindo-a de praticar atos ilegais que firam tanto os direitos concernentes a um cidadão como aqueles que dizem respeito à coletividade.

A segunda novidade trazida com a remodelação do princípio de acesso à justiça está na generalização dos chamados juízos preventivos, até então contemplados somente na legislação infraconstitucional, que não continha qualquer princípio de caráter amplo. A partir da modificação, está o Estado-juiz autorizado a intervir quando simples ameaça a direito for perpetrada, sendo despidendo esperar-se a configuração da lesão.

Informa BARBI que os juristas há muito pugnavam por esta generalização do juízo preventivo, tendo até sido aprovada declaração³³ nesse sentido, à unanimidade, no Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas, em 1958, *in verbis*:

“É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de ameaça objetiva e atual”.

³³ BARBI. Garantias Constitucionais Processuais. p. 89.

O direito à jurisdição ou mais precisamente direito à tutela jurisdicional é e sempre foi preocupação de todos os Estados, como corolário do regime democrático. E tanto é que está definido no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como se segue:

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal competente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal”.

Assim também o artigo 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, reza que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, no seu artigo 14, 1, prescreve:

“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”.

No mesmo diapasão, o artigo 8º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, no sentido de que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”.³⁴

Os doutrinadores admitem como marco do reconhecimento do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça o Código Austríaco de 1895, o qual conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes.³⁵

Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito de acesso à justiça correspondia a um direito natural, preexistente ao Estado, que refletia a ideologia da época, lastreada na preocupação com direitos individuais. Sendo direito natural, o Estado permanecia passivo, sem nada resolver, transformando o direito à justiça em um direito meramente formal à ação e à defesa, ainda mais considerando-se que a justiça, como outros bens no sistema do *laissez-faire*, não estavam ao alcance do cidadão, em razão de seu alto

³⁴ TUCCI & TUCCI. *Constituição de 1988 e Processo*, p. 11-12.

³⁵ CAPPELLETTI & GARTH. *Acesso à Justiça*, p. 11.

custo. Era, efetivamente, um acesso formal e não efetivo, como pretendiam os cidadãos.

Itália e Alemanha, nações onde mais se estudou direito processual neste século, inseriram em seus textos fundamentais a garantia em tela. A Constituição italiana de 1947 defendeu abertamente o direito à tutela jurisdicional, dizendo no seu artigo 24 que “todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos”. Na alemã de 1949,³⁶ denominada Lei Fundamental de Bonn, a garantia foi inserida no artigo 103, que previu que “todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais...”.

Também tiveram o cuidado de incluir a nominada garantia em seus estatutos políticos básicos Espanha e Portugal. O artigo 24 da Constituição espanhola de 1978 salientava que “todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos seus direitos e interesses legítimos pelos juízes e tribunais, não podendo em nenhum caso ser denegada justiça”. Já a Constituição portuguesa de 1976, com a alteração introduzida pela Primeira Lei de Revisão de 1982,³⁷ dispôs no artigo 20, 2, que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

³⁶ MIRANDA. *Constituições Políticas de Diversos Países*, p. 379.

³⁷ THEODORO JR.. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil, p. 19.

Embora o princípio goze de *status* constitucional, ainda é preocupante a situação do Estado frente ao direito de acesso à justiça, uma vez que ele vem-se mantendo indiferente às realidades do sistema judiciário.

O efetivo acesso à justiça deve estar disponível a todos.³⁸ Contudo, primeiramente, mister se faz conscientizar a população de que uma gama de direitos e garantias lhe é oferecida, indicando a fonte e explanando a consistência de tais direitos. Isso porque de nada adianta a compilação de garantias sem que os jurisdicionados saibam de sua existência.³⁹

Em segundo plano, no tocante tão-só ao aspecto político da questão, abstraindo os aspectos processuais, pugna-se por uma justiça menos onerosa, com real acessibilidade dos desafortunados que dela necessitam. Nisso, a novel Constituição brasileira deu altos saltos: garantiu o direito de certidão aos órgãos públicos independentemente do pagamento de taxas, garantiu a assistência judiciária gratuita aos necessitados e traçou as regras básicas para se organizar a Defensoria Pública da União, infelizmente ainda não-implementada, órgão que

³⁸ Louvável a iniciativa da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) de confeccionar 700 mil cartilhas, intituladas "Passe Livre do Cidadão", para distribuição em todo o estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade de conscientizar a população dos direitos fundamentais existentes (cf. nota publicada no jornal *Folha de São Paulo*, do dia 27-11-99, caderno cotidiano, p. 3).

³⁹ ROCHA. O Direito Constitucional à Jurisdição, p. 34.

seria incumbido de prestar assistência jurídica aos que não têm condições de arcar com os honorários do advogado particular.

CAPPELLETTI e GARTH, em interessante estudo do acesso à justiça, formularam a teoria das três ondas⁴⁰ e demonstraram que, a partir da segunda metade deste século, os países do mundo ocidental⁴¹ se preocuparam com as soluções práticas para os problemas referentes ao mencionado direito à jurisdição. A primeira dessas ondas, que tem como marco o *Office of Economic Opportunity*, do ano de 1965, nos Estados Unidos da América, preocupava-se com a assistência judiciária. A segunda teve como tônica a defesa dos interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ao consumidor e ambiental. A terceira e mais recente, chamada pelos referidos autores como “enfoque de acesso à justiça”, enfatizou o conjunto de instituições e mecanismos usados para processar e até mesmo prevenir disputas na sociedade, buscando melhorar sobremaneira o dito acesso.

Essa preocupação atingiu o legislador brasileiro, que votou as Leis 7.115/83 e 7.510/86, alterando a então Lei 1.060/50, para dar mais crédito ao necessitado que, às vezes, não conseguia provar sua condição de miserabilidade. Embora previsse a norma a simples declaração da parte, ou de seu advogado, de

⁴⁰ CAPPELLETTI & GARTH. *Acesso à Justiça*, p. 31.

⁴¹ Bem é verdade que a partir da queda do Muro de Berlin, que desencadeou o fenômeno da abertura político-econômica do oeste europeu, não se justifica mais a divisão entre países ocidentais e orientais. De qualquer forma, a conceituação ainda serve como marco histórico da época anterior a 1990.

estar sem condições de arcar com as despesas processuais e os honorários profissionais sem prejuízo do sustento de sua família, inúmeros juízes, não se sabe se por precaução ou por desconhecimento, continuaram a exigir atestados de pobreza e patrocínio pela Defensoria Pública organizada. Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, como uniformizador da interpretação da lei federal, deu grande contribuição, rechaçando as teses da necessidade de apresentação do mencionado atestado e da impossibilidade de o advogado particular ter seu cliente amparado pelo benefício da justiça gratuita. Interessante acórdão da quarta turma⁴² foi enfático na questão, assinalando, inclusive, que a garantia constitucional do acesso à justiça não poderia ser restringida por questões não abordadas na lei.

Há, atualmente, uma forte tendência de todos os doutrinadores em facilitar em grande monta o acesso à tutela jurisdicional, bem como em utilizar o processo como instrumento para realização da justiça.

A abertura da justiça a todos, indiscriminadamente e sem controle, deve ser vista com restrições, ainda que mínimas, pois a tal pretexto vários institutos de processo constitucional podem se desmoronar. O maior risco é que

⁴² RMS 600-RJ (RSTJ 24/230), relator o ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, com a seguinte ementa: “- Ao necessitado a legislação assegura o direito de ser assistido em juízo, gratuitamente, por advogado de sua escolha, quando este aceita o encargo, independentemente da existência de Defensoria Pública. - A garantia constitucional não merece ser restringida por mera suposição de anomalias, para as quais a lei prevê as sanções adequadas”.

sejam abandonados, por exemplo, o princípio do julgador imparcial, o da reserva legal e o do contraditório, tendo em vista que o direito de acesso à justiça seria um supra-princípio, uma regra onipotente.

THEODORO JR.,⁴³ também preocupado com a abolição da mínima forma, lembra VESCOVI, autor uruguaio que se mostrou apreensivo com o princípio da celeridade inserido no Código Geral de Processo daquela República, datado de 1988, ao doutrinar:

“Sin embargo, en la búsqueda de una Justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un limite en la supresión o dismimición de trámites (recursos, incidentiais) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio...”

Na Itália, por meio da Lei 353, de 26-11-90, que entrou em vigor em 1-1-92, profundas alterações foram introduzidas no processo civil, com escopo de imprimir maior celeridade procedimental, diminuindo a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado. A primorosa lei, amplamente discutida entre os juristas peninsulares desde a apresentação do projeto ao Senado, em agosto de 1988, procurou possibilitar o acesso à justiça, satisfazendo melhor o interesse dos jurisdicionados, com uma reestruturação do sistema até então deficiente.

⁴³ THEODORO JR., A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios da efetiva e adequada tutela jurisdicional, p. 11.

No final de 1991, a imprensa escrita e falada noticiou que nos Estados Unidos da América, federação que prima pela democracia, o setor estatal competente estava atento ao crescimento de demandas, responsável pela criação da tão criticada “indústria do litígio”. Grande parcela da culpa foi atribuída aos advogados, que ficavam sempre esperando uma situação de desrespeito a direitos para intervirem e auferirem dinheiro fácil. Criticou-se não o desrespeito a direitos, mas a não-profissionalidade dos causídicos que buscavam a desgraça alheia para se promoverem. A população americana desacretidou da justiça.

Direito de petição e direito à tutela jurisdicional não se confundem, uma vez que o primeiro consiste na faculdade de uma pessoa ou grupo de pessoas apresentar reclamação aos órgãos públicos, em relação a deveres de incumbência da Administração. NOSETE leciona que, embora de origem comum, não se pode “asimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, con el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender reclamaciones en vía de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la acutación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición”.⁴⁴

⁴⁴ NOSETE. Protección procesal de los derechos humanos en España, *apud* TUCCI & TUCCI. *Constituição de 1988 e Processo*, p. 11.

O direito ao acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de vital importância numa sociedade democrática, haja vista a possibilidade de utilizá-lo como um rígido controle de abusos e ilegalidades praticados pelo Estado. Não basta, entretanto, sua capitulação no direito positivo, pois perdem sentido os direitos se desprovida fica a população de meios para reivindicá-los.

Nesses termos, ressalta-se a inovação da Constituição vigente, que armou os jurisdicionados de meios para efetivação dos seus direitos, visando ao tão pedido acesso à justiça, que pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e equânime, que pretenda efetivamente garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴⁵

PAIXÃO JR., lembrando o aspecto temporal da efetiva entrega da tutela jurisdicional, afirma que o acesso à justiça compreende “as garantias de que a coisa julgada chegará em tempo hábil, sem retardamentos, e, se for o caso, de que a execução se encerrará com a efetiva satisfação do título e em processos em que tiveram oportunidades reais de participação todos os interessados, que encontraram abertas e desimpedidas as portas do Poder Judiciário”.⁴⁶

⁴⁵ CAPPELLETTI & GARTH. *Acesso à Justiça*, p. 12.

⁴⁶ PAIXÃO JR. *As Três Figuras Básicas da Teoria Geral do Processo*, p. 117.

A prestação⁴⁷ jurisdicional em tempo razoável tem sido a preocupação de vários juristas. O Estado é responsável pela demora na solução dos conflitos? Sem dúvida. A responsabilidade é inconteste.⁴⁸

O Estado, ao proibir que as pessoas fizessem justiça pelas próprias mãos, tomou para si a função jurisdicional e assumiu o dever de prestar essa relevante função aos cidadãos com a maior eficiência possível. A realidade nos dias atuais demonstra, no entanto, que o poder público, uno e indivisível, descuidou-se da função jurisdicional que lhe é afeta, garantindo somente o mínimo para considerar-se existente dita atividade. Existem vários entraves que impossibilitam a celeridade pretendida para o deslinde das ações levadas à apreciação do Judiciário, tais como o número reduzido de magistrados, o grande volume de processos em tramitação, a quantidade de recursos existentes e a falta de aparelhamento necessário ao bom desempenho das atividades. E isso é tarefa do Estado, que, não se desincumbindo do seu mister de compor os conflitos que lhe são submetidos em tempo razoável, deve ser responsabilizado.

As grandes transformações político-sociais ocorridas em todas as

⁴⁷ Embora o uso constante da expressão "prestação jurisdicional", sempre deve ser lembrado que prestação pressupõe obrigação, vinculado ao direito civil. O vocábulo "prestação" é empregado então no sentido impróprio e diz respeito ao dever de o Estado outorgar a tutela jurisdicional, sem qualquer relação com o direito das obrigações.

⁴⁸ Conquanto não se desconheça que atualmente a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder Judiciário, em sua função jurisdicional, a não ser nas hipóteses expressamente previstas em lei, conforme RE 219.117-PR (j. 3-8-99), do qual foi relator o ministro ILMAR GALVÃO, a questão ainda suscita muita discussão e não se encontra pacificada.

nações civilizadas refletiram-se de forma direta na Administração pública e, conseqüentemente, no poder Judiciário, que passou a participar de forma mais ativa e direta da sociedade, devido à maior conscientização das pessoas que a ele recorrem para defesa de seus direitos. Já não se admite mais o juiz quieto, omissivo e que se limita a analisar a situação dos autos sem a menor consideração do que ocorre no mundo dos homens. O juiz, como agente político e partícipe do poder central, deve estar ciente do seu papel constitucionalmente consagrado, de defensor das liberdades democráticas e do bem comum. Não pode ser relapso com o direito do povo, que justifica a sua existência e que o remunera. Daí a necessidade de controle do ato omissivo do juiz de todas as instâncias, seja interno seja externo, a fim de evitar os retardos na apreciação das demandas.

Discute-se às vezes que a culpa no retardo não é do juiz, mas da máquina administrativa que não consegue solucionar o elevado número de conflitos que lhe são submetidos. Ao ato omissivo e culposo do juiz soma-se o ato culposo da Administração, que não se preocupa em simplificar a legislação processual e em dotar os serviços judiciários com os recursos materiais suficientes.

A responsabilidade do Estado evoluiu ao longo do tempo. Passou-se do princípio da irresponsabilidade para o da responsabilidade subjetiva até atingir-se o princípio da responsabilidade objetiva, consistente na obrigação de

indenizar pela simples lesão causada por ato ilícito da Administração, sem necessidade de demonstração de culpa.

Inadmissível, diante disso, a irresponsabilidade da Administração por atos de seus agentes, independentemente do fato de estarem eles vinculados ao Executivo, ao Judiciário e até mesmo ao Legislativo, ressaltando inclusive a tendência hoje existente de responsabilizar o Estado pela feitura de leis inconstitucionais que ocasionem lesão ao particular. Ao discorrer sobre o tema, MELLO,⁴⁹ acompanhando, sem restrições, a lição de KLOSS segundo a qual “quem diz Direito diz, pois, responsabilidade”, leciona:

“Perfilhamos ainda seu entendimento de que a idéia de República (res publica – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, ‘onde não há sujeitos fora do Direito’. Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo.

Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do direito privado para sustentar-lhe a existência, uma vez que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito.”

Apesar de sua importância, a prestação jurisdicional é antes de tudo um serviço público como qualquer outro. Impossível afastar-se a

⁴⁹ MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 574.

responsabilidade do Estado, se ficar caracterizado que o mau funcionamento de sua função pacificadora de conflitos ou a demora na prestação jurisdicional causa dano ao cidadão. MACIEL,⁵⁰ após abordar o tema da responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional de forma bastante profunda e abrangente, conclui:

“Se examinarmos a doutrina e, sobretudo, alguns grandes votos (vencidos) de nossos tribunais, verificaremos que num Estado de Direito democrático não há mais lugar para a irresponsabilidade de entidades públicas por ato de seus agentes, quer sejam eles do Poder Executivo, do Judiciário e até mesmo do Legislativo. A evolução tem sido lenta, mas continua. Hoje, já há uma tendência, mesmo em se tratando de ato normativo geral e abstrato, de responsabilizar o próprio Estado pela feitura de leis inconstitucionais lesivas ao patrimônio do particular. Se o risco é coletivizado, também a responsabilidade deve ser socializada. Não é justo que uma só pessoa ou um grupo arquem, sozinhos, com prejuízos, enquanto a coletividade, de um modo geral, se beneficia. Na verdadeira democracia, não há lugar para irresponsabilidades.

.....
Penso que o jurisdicionado tem direito de pedir indenização ao Estado quando tiver, comprovadamente, prejuízo pelo mau funcionamento do Judiciário, ou funcionamento atrasado. Não se tem de perquirir se o juiz agiu culposamente ou não. O serviço da Justiça é, de todos os serviços públicos, o mais essencial, pois ele diz respeito à paz, à coexistência pacífica do próprio homem.”

Assim, a responsabilidade objetiva adotada pelo direito positivo brasileiro e prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição, é suficiente⁵¹ para

⁵⁰ MACIEL. Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, p. 133.

⁵¹ No mesmo entendimento, assinala-se a doutrina de DIAS. *Da Responsabilidade Civil*, p. 637. v. II (nota 31), CAHALI. *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 628 e DELGADO. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional, p. 409-410.

albergar a posição defendida.⁵²

Discute-se muito na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de se estabelecer restrições, via legislação infraconstitucional, à revisão dos processos administrativos, como a exigência do pagamento da multa aplicada, na totalidade ou não, como pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso não-jurisdicional.

A Constituição, ao assegurar a ampla defesa e ao propiciar a todos o direito de insurgirem-se contra atos ilegais ou praticados com abuso de poder (incisos XXXIV e LV do artigo 5º), não impediu a possibilidade de norma inferior criar pressupostos extrínsecos de admissibilidade de recursos administrativos. A vedação consistiria somente na imposição de requisito que pudesse caracterizar empecilho ao direito de petição, o qual, se existente, seria inequivocamente reconhecido como inconstitucional.

Desta forma, se a própria lei prevê a exigência do depósito (como, por exemplo, o artigo 636, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei 8.870/94 e a Lei 9.640/98), não há que se falar em infringência ao direito de

⁵² Com esse fundamento, foi a União condenada pelo juízo federal substituto da 8ª vara da seção judiciária de Minas Gerais ao pagamento de indenização (vinte mil reais) pela demora na prestação jurisdicional, por meio de sentença datada de 17-11-99, nos autos n. 1997.38.00.027349-8. Ajuizada uma reclamatória trabalhista em 1978, com sentença de procedência passada em julgado, sem mais prazo para propositura da ação rescisória, não tinha a reclamante, até então, recebido as diferenças salariais reconhecidas.

petição e à ampla defesa, porque plenamente exercidos na primeira instância administrativa.⁵³ A obrigatoriedade do depósito, longe de configurar violação do princípio do *due process of law* instrumental, com ele se conforma, por estar a determinação de acordo com o processo administrativo⁵⁴ regulado em lei.⁵⁵

Ainda que se alegue que o depósito de parte do valor da exação, instituído por lei ordinária, estaria ferindo o disposto no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, que prevê as reclamações e os recursos como modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o argumento seria improcedente. A uma, porque o próprio dispositivo do Código Tributário remete a regulamentação às normas legais definidoras do processo tributário-administrativo. A duas, porque, não sendo matéria de lei complementar, a instituição do processo tributário-administrativo, o Código, nesse ponto, não teria

⁵³ O Supremo Tribunal Federal, no RE 210.246 (j. 12-11-97), relator o ministro Nelson Jobim, deu pela constitucionalidade do artigo 636, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe da necessidade do pagamento da multa imposta pela fiscalização para aceitação do recurso administrativo. Mesmo entendimento deflagrou dita Corte na ADIn 1.049-DF (DJ 25-8-95) que, contra o voto do relator, ministro Carlos Velloso (continuou como relator do acórdão, porque vencido em pequena parte), indeferiu a suspensão cautelar da eficácia do art. 93 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 8.870/94, que prevê o depósito garantidor da instância, reconhecendo, mesmo que *a contrario sensu* a constitucionalidade da exigência.

⁵⁴ A Lei 9.784, de 29-1-99 (DO 1-2-99), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, além de ter por importantes escopos a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins do Estado, é de boa redação, pondo inclusive fim à ultrapassada terminologia ainda reinante que insiste em classificar o processo administrativo como mero procedimento administrativo, inaceitável ante a presença do contraditório.

⁵⁵ A maior discussão nesse ponto diz respeito à conformidade da imposição legal do depósito garantidor com o devido processo legal material (*substantive due process*). A pergunta a ser feita seria: é justo exigir-se o depósito tal como fez o legislador? Sim. A Administração ficaria resguardada em caso de eventual inadimplência do contribuinte, já autuado, e este teria a via judicial para questionar a infração capitulada, se não se conformar em fazer o depósito.

status de lei de *quorum* qualificado, podendo, assim, ser alterada por lei ordinária.

1.3.2 PRINCÍPIO DA INÉRCIA

Os órgãos jurisdicionais são inertes por natureza. Somente há o funcionamento da atividade jurisdicional depois da provocação por parte do interessado, valendo os conhecidos princípios do direito romano *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. Para que uma questão seja apreciada pelo Judiciário é necessário que a controvérsia de direito material seja levada ao conhecimento do Estado, que, a partir de então, age como ente político por excelência, transformando-se em Estado-juiz, com o dever-poder de aplicar o direito.

Erigido à condição de norma de direito positivo (artigo 2º do Código de Processo Civil), o princípio da inércia merece algumas exceções, ditadas pela lei, levando em consideração a natureza do direito em jogo, como, por exemplo, a abertura de inventário (artigo 989), a arrecadação de bens de ausente (artigo 1.160, também do Código de Processo Civil), a decretação da falência se não satisfeitos os requisitos para a concessão da concordata (artigo

162 do Decreto-lei 7.661/45) e a concessão de *habeas-corpus* de ofício (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal).

ALVIM⁵⁶ lembra, contudo, que essa regra tem sofrido alterações, não propriamente no tocante aos limites da causa, mas no que concerne ao poder do juiz de coerção para cumprimento de sua decisão. Assim é que o Código do Consumidor instituiu a possibilidade de o juiz aplicar *astreintes* independentemente do pedido da parte (artigo 84, § 4º), transportada posteriormente para o Código de Processo Civil, com a Lei 8.952/94 (artigo 461, § 4º).

O princípio da inércia guarda estreita relação com a imparcialidade do juiz, pois se se deixasse à mercê da referida autoridade a instauração do processo, sem provocação, fatalmente estaria ele comprometido com uma posição jurídica, afetando o senso de retidão de qualquer julgador.

⁵⁶ ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 154, nota 14, v. 1.

1.3.3 PRINCÍPIO DA INVESTIDURA

Consiste o princípio da investidura na idéia de que a jurisdição somente pode ser exercida por aquele que tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. O Estado organiza o quadro de agentes, os juizes, que, recebendo a chancela do Estado, serão os responsáveis pela aplicação do direito.

De acordo com a Constituição (artigo 93, I), o provimento dos cargos de juiz se faz por meio de concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, não subsistindo mais as nomeações por livre escolha do chefe do Executivo que já tiveram assento no país.⁵⁷ Excepcionam-se as investiduras dos juizes que ingressam nos tribunais oriundos da advocacia ou do Ministério Público e os juizes membros do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ Na justiça federal, somente a partir da Lei 5.010/66, por força de seu artigo 20, os juizes passaram a ser recrutados por meio de concursos públicos, que foram realizados no início da década de 70. Anteriormente eram nomeados por livre indicação do presidente da República, depois de aprovado o nome pelo Senado Federal.

1.3.4 PRINCÍPIO DA ADERÊNCIA AO TERRITÓRIO

Pelo princípio da aderência ao território são estabelecidas limitações territoriais à autoridade dos juízes. Assim como os órgãos do Executivo e do Legislativo, os magistrados somente têm autoridade em determinada parcela de território. Os membros dos tribunais superiores têm atuação em todo o território nacional; os dos Tribunais de Justiça e Alçada, no território do respectivo estado; os dos Tribunais Regionais Federais, na respectiva região; os juízes de direito, nas comarcas e os juízes federais, nas seções judiciárias.

Em razão desse princípio, a prática de atos jurisdicionais fora da área de atuação do juiz é restrita somente aos casos de citação por via postal e em comarca contígua. O juiz depende, portanto, da cooperação do juiz investido nas funções judicantes do local em que deve ocorrer o ato, utilizando para tanto as cartas precatórias (dentro do território nacional) e as cartas rogatórias (entre países com os quais o Brasil mantém tratados específicos).

Recentemente, a Lei 9.494/97 alterou o artigo 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), impondo limites territoriais à decisão judicial, prescrevendo que a sentença faz coisa julgada nos limites da competência

territorial do órgão prolator. Ora, tal norma fere a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, porque restringe a eficácia do provimento. A partir do momento em que as regras de competência foram observadas corretamente, eventual decisão, seja a final do processo de conhecimento, a liminar do processo cautelar ou mesmo uma antecipação dos efeitos da tutela, não pode ter sua eficácia reduzida, não restando outra saída senão tachar de inconstitucional a mencionada norma restritiva.

1.3.5 PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE

O princípio da indelegabilidade vem expresso na impossibilidade de delegação de atribuições pelos poderes do Estado. A outorga de atribuições ao poder Judiciário é fixada na Constituição Federal e resta defeso à lei ou aos próprios membros do Judiciário delegar as atribuições já delineadas no texto básico.

Em outro plano, já no seio do próprio Judiciário, não pode o juiz, por conveniência própria, delegar funções a outro órgão, tendo em vista que cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em seu próprio nome, mas age representando o Estado, como um dos seus agentes políticos.

O princípio também comporta exceções, como a ditada pelo artigo 102, I, *m*), da Constituição – delegação de atribuições para a prática de atos processuais na execução das decisões de competência originária do Supremo Tribunal Federal – e pelos artigos 201 e 492 do Código de Processo Civil – cartas de ordem, instrumentos oriundos da instância superior e dirigidos à instância inferior. É de salientar-se que as cartas precatórias não constituem delegação da função jurisdicional, mas tão-somente solicitação para a prática do ato pelo órgão competente. Conforme assinalam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO⁵⁸, seria ilógico dizer que o juiz deprecante delega, transfere o poder de julgar, porque não o detém justamente em função de sua não-competência.

1.3.6 PRINCÍPIO DA INEVITABILIDADE

Pelo princípio da inevitabilidade, todos os jurisdicionados estão sujeitos à autoridade dos órgãos jurisdicionais, uma vez que, sendo emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo.

⁵⁸ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 133.

Constitui ele reflexo da situação de supremacia do próprio Estado, detentor do poder supremo. Desta forma, “a *inevitabilidade* do poder estatal, em que reside o núcleo da explicação da imperatividade de suas decisões, revela-se em dois aspectos: na capacidade de impô-las e na ‘impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair ao poder’. Isso quer dizer que não só as pessoas sob o poder de dado Estado se consideram em estado de *sujeição*, sendo-lhes impossível afastar a ineficácia das decisões estatais, como ainda lhes é, em princípio, trancada qualquer oportunidade de ‘quebrar o vínculo de submissão’.”⁵⁹

1.3.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A Constituição Federal, nos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º, consagra que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ficando vedada a criação de juízo ou tribunal de exceção. Trata-se do princípio do juiz natural, que passou a ser incorporado nos textos constitucionais dos países cultos a partir do século XVIII.

⁵⁹ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 96.

Costuma-se dizer que a origem do juiz natural remonta à Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, que o teria implementado ao fazer constar nos artigos 21 e 39 que “condes e barões não serão multados *senão pelos seus pares*, e somente de conformidade com o grau da transgressão” e que “nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por *juízo legítimo de seus pares e pela lei da terra*”. Todavia, diante do sistema jurisdicional saxão da época, eminentemente feudal e sem grande influência dos juízes itinerantes que proliferaram tempos depois, não se justificava a instituição da garantia contra os juízos extraordinários, porque praticamente inexistentes. O que se assegurava era, portanto, o direito à tutela jurisdicional nas cortes feudais e não a proibição dos juízes itinerantes.⁶⁰

Embora se defenda que o primeiro texto de direito positivo a adotar o princípio do juiz natural tenha sido a Constituição francesa de 1791,⁶¹ constata-se referências a ele tanto na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) quanto nas Constituições dos Estados independentes (1776 a 1784), isso sem levar em consideração a *Petition of Rights*, de 1627, e o *Bill of Rights*, de 1688. Por influência da experiência inglesa, os norte-americanos desenvolveram a

⁶⁰ GRINOVER. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, p. 14.

⁶¹ SCHWAB. Divisão de Funções e o Juiz Natural, p. 124.

garantia da exigência do *iudicium parium suorum* e da composição do órgão jurisdicional por pessoas da “vizinhança”, dando ainda especial relevo à inderrogabilidade da competência, preocupação não-verificada pelos seus patrícios europeus. Com efeito, a Emenda VI de 1791 à Constituição da Federação (1787) preconizou:

“Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento pronto e público por um Júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei”.

Do direito norte-americano, a garantia irradiou-se para o ordenamento francês⁶² (Lei de 24 de agosto de 1790, artigo 17 do Título II, e Constituição de 1791, artigo 4º do Capítulo V), influenciando a Constituição Imperial brasileira de 1824, que a inseriu nos artigos 179, XVII (“À exceção das causas que por sua natureza pertençam a juízos especiais, não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais”) e 149, II (“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela estabelecida”), bem como as seguintes, à exceção da Carta de 37, que refletiu o período ditatorial ocorrido no país.

⁶² Interessante observação foi feita por PALADIN no sentido de que historicamente a idéia das Cartas constitucionais pertence aos Estados Unidos (ou, antes, à Inglaterra), pelo que as Constituições francesas, promulgadas na mesma época, sob influência de idéias semelhantes, não poderiam senão repetir o conteúdo das americanas. *Apud* GRINOVER. O principio do juiz natural e sua dupla garantia, p. 14.

Assim, toda pessoa tem direito de ser julgada por um juiz independente e imparcial, previamente designado para aquela função, ficando vedada a instituição de tribunais de exceção, utilizados geralmente para punição em época ditatorial, na qual os direitos individuais são relegados a segundo plano.

É de salientar-se, por outro lado, que não se confundem os tribunais de exceção e as justiças especializadas, estas previstas no próprio ordenamento constitucional. O que se veda é a criação de um juízo *post factum*, não a divisão de competências, de modo que o julgamento se dê por órgão pré-constituído e integrante do poder Judiciário.

1.3.8 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

Corolário do princípio do juiz natural, a doutrina construiu o princípio do promotor natural, pelo qual ninguém pode ser processado senão por um acusador que já tivesse sido, anteriormente aos fatos, designado para a função, ficando vedada qualquer designação posterior à instauração do processo.

O princípio ganhou grande força na última Assembléia Nacional Constituinte, que valorizou o trabalho do Ministério Público e o consagrou como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, recebendo a incumbência de, sobretudo, defender o regime democrático. De mero fiscal da lei e órgão acusador, o *parquet* ganhou legitimidade popular para velar pela intangibilidade e integridade da ordem jurídica.

No dizer do ministro CELSO DE MELLO,⁶³ “a essencialidade dessa posição político-jurídica do Ministério Público assume tamanho relevo que ele, deixando de ser o fiscal de *qualquer* lei, converte-se no guardião da ordem jurídica cujos fundamentos repousam na vontade soberana do Povo. O Ministério Público deixa, pois, de fiscalizar a lei pela lei, num inútil exercício de mero legalismo. Requer-se dele, agora, que avalie, criticamente, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, para, assim, neutralizar o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, idéias e concepções vigentes na comunidade, em dado momento histórico-cultural”.

⁶³ Trecho do voto proferido no HC 67.759-RJ, pleno, Supremo Tribunal Federal (RTJ 146/801).

Em memorável *leading case*,⁶⁴ o Supremo Tribunal Federal consagrou a existência do princípio do promotor natural, sustentando sua imanência à ordem constitucional vigente. Os julgadores divergiram somente no tocante à necessidade ou não de lei regulamentadora, posição adotada pelo relator, ministro CELSO DE MELLO, bem como pelo ministro SYDNEY SANCHES, lei essa que veio a ser promulgada posteriormente, em 15 de fevereiro de 1993, recebendo o número 8.625, sob a rubrica de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. O mencionado texto consagrou, explicitamente, o princípio do promotor natural, ao dispor sobre a vedação dos órgãos auxiliares de atuar como órgãos de execução (artigo 33, V) e ao vincular a designação para acompanhamento de inquérito policial ou diligência investigatória ao membro que, em tese, pudesse officiar posteriormente na demanda (artigo 10, IX, e)).

O Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de examinar a alegação de posituação do princípio, tendo majoritariamente

⁶⁴ HC 67.759-RJ, pleno, Supremo Tribunal Federal (RTJ 146/794), relator ministro CELSO DE MELLO, assim ementado, no que interessa: "*Habeas corpus*. Ministério Público. Sua destinação constitucional. Princípios institucionais. A questão do promotor natural em face da Constituição de 1988. Alegado excesso no exercício do poder de denunciar. Inocorrência. Constrangimento injusto não caracterizado. pedido indeferido.

- O postulado do Poder 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 pré-determinados, estabelecidos em lei. - A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural 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 hegemônico e incontrastável."

Mais recentemente: HC 71.429-SC (DJU 25-8-95), primeira turma, relator ministro CELSO DE MELLO, e HC 74.052-RJ (DJU 13-12-96), segunda turma, relator ministro MARCO AURÉLIO.

afirmado sua sede constitucional, conquanto divergências tenham surgido inicialmente naquela Corte.⁶⁵

Funcionando como garantia dos membros do Ministério Público de não serem deslocados de suas funções por simples vontade do chefe da instituição, mas sobretudo como garantia da própria sociedade, no sentido de se buscar a verdade sem qualquer tipo de pressão sobre o órgão atuante, com apuração dos fatos que realmente ocorreram, o princípio merece aplicação. Da mesma forma que qualquer pessoa tem direito a um julgamento imparcial, por um magistrado naturalmente⁶⁶ competente, o indiciado tem direito de ser acusado por um promotor sem vínculo com os fatos, sem orientação pré-definida.

Conforme doutrina CARNEIRO,⁶⁷ a teoria do promotor natural decorre do princípio da independência, que faz parte da essência da própria instituição. Diz ele:

“Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime

⁶⁵ RHC 11.722-SP (DJU 19-10-92 e RSTJ 39/461), sexta turma, relator ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO e RHC 6.294-PR (DJU 26-5-97), sexta turma, relator ministro FERNANDO GONÇALVES. Contra: RHC 3.061-MT (DJU 28-2-94 e RSTJ 58/133), sexta turma, relator ministro ADHEMAR MACIEL.

⁶⁶ “Naturalmente”, sem apologia ao direito natural, mas de acordo com regras de competência previamente definidas. Conquanto o positivismo seja, em princípio, uma garantia do cidadão que se encontra ciente da regra de conduta, não se pode esquecer que o mesmo intuito que levou Antígona a dar sepultura a seu irmão, morto em combate por outro irmão, mesmo contra as ordens do soberano, está no senso comum de todos nós. Daí o mérito de KANT, ao tentar conciliar o direito natural com o direito positivo (Cf. MACIEL, Um pouco de Antígona e de direito natural, p. 38).

⁶⁷ CARNEIRO. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Promotor Natural. Atribuição e Conflito*, p. 51.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qual a garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida, na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar a conveniência ou não de promover ação penal em face de alta autoridade pública; para promover ou não ação cível contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para promover ação visando a apurar abuso e omissões de autoridades; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma.”

Com a mesma preocupação, MAZZILLI⁶⁸ defendeu, mesmo antes de 1988, o princípio do promotor natural, rechaçando os promotores de encomenda, como ele próprio faz referência. Afirmou que os “*promotores de encomenda*, longe de serem prévia e abstratamente eleitos pela lei, são da livre escolha do procurador-geral de justiça, que os designa e os afasta *ad nutum*. Na verdade, a verdadeira *inamovibilidade* do Ministério Público não teria o menor sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: é mister agregar-lhe as *respectivas funções*: esse é o fundamento maior da garantia constitucional.”

⁶⁸ MAZZILLI. *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 82.

-CAPÍTULO II-

PROCESSO

O estudo histórico do processo civil tem como marco o direito romano, aliás eminentemente processual, porque era por meio da atividade jurisdicional que se formava o direito material⁶⁹. Distinguem-se três fases no quadro evolutivo: a sincretista, a autonomista ou conceitual e a instrumentalista.

Do início do processo civil romano, que se deu em 754 a.C., passando pelo período das *legis actiones*,⁷⁰ do processo formulário,⁷¹ da *extraordinaria cognitio*,⁷² e dos glosadores,⁷³ até o questionamento dos alemães a respeito da natureza jurídica da ação e do processo em meados do século XIX, teve lugar a corrente sincretista do processo. O processo era intimamente ligado ao direito material e por isso era chamado de direito adjetivo, nomenclatura hoje grotesca. Não se pensava em autonomia dos institutos processuais, imiscuindo-se

⁶⁹ ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 38-39, v. 1.

⁷⁰ A ação era identificada com a lei, denotando-se mais um sistema de ações do que um sistema de direitos. As ações da lei eram classificadas em *legis actio per sacramentum*, *legis actio per conditionem*, *legis actio iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per pignoris capionem* e *actio per manus iniunctionem*. (ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 39, v. 1.)

⁷¹ Esse período foi marcado pela expansão do direito romano por toda a península itálica. Era necessário, além da conquista política, impor um sistema de pacificação dos conflitos aos povos então incorporados. Com isso, os não-romanos, que não estavam abrangidos pelo *ius civile* e não tinham direito às *legis actiones*, passaram a submeter suas pretensões ao *praetor*. Posteriormente, em razão da superioridade das formas ao regime anterior, passaram elas a ser aplicadas também aos próprios romanos (ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 41, v. 1.)

⁷² Caracterizou-se pela influência do Estado, que passou a ditar normas específicas para chegar-se ao término do processo, figurando o juiz como titular da função pública que visava à composição dos conflitos, denominada *iurisdictio*. Consta-se nesse período a existência do embrião da desvinculação do processo, do direito privado para o direito público, e da formação de uma ciência autônoma.

⁷³ Eram chamados glosadores os acadêmicos, reunidos nas universidades recém implantadas, que estudaram os textos romanos, principalmente as *Pandectas*, e anotavam-nos com as chamadas glosas.

a noção de relação jurídica de direito material com a de relação jurídica de direito processual.

Em 1868 iniciou-se a fase conceitualista, com a publicação da obra de von BÜLLOW denominada *Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais*. Já se divisava, na época, a partir da polêmica travada entre WINDSCHEID e MUTHER a respeito do conceito de ação, a formação de institutos próprios do direito processual. Nasceu a ação, desvinculada do direito material, e o processo, como meio de atuação deste direito. A discussão, antes feita no âmbito do direito privado, passou a se dar com escopo publicístico, haja vista o interesse do Estado em solucionar os conflitos a ele submetidos.

Nesse segundo período, que durou aproximadamente um século, foram desenvolvidas as grandes teorias do direito processual, todas fundadas na autonomia científica dos institutos. A conceituação exacerbada até se justificou, uma vez que a nova ciência precisava se afirmar como ciência, construindo seus pilares básicos, por meio dos conceitos de ação e processo.

Passadas as duas guerras mundiais e iniciada a reconstrução do mundo arruinado, ainda que moralmente, percebeu-se que o processo civil não estava sendo suficiente para atender os anseios básicos da população. Os destinatários finais da função jurisdicional do Estado, que se avolumavam nos

grandes centros urbanos, não estavam tendo seus problemas solucionados, seja pela ausência de serviço público de assistência judiciária, seja pela inexistência de instrumento de tutela coletiva, ou mesmo pela demora em atingir-se o resultado final.

Surgiu, então, a fase instrumentalista do processo. Extremamente crítica, tem ela como objetivo precípua reparar os defeitos da função jurisdicional amplamente considerada, a partir de um exame acurado sobre seus efetivos resultados práticos.⁷⁴

No Brasil também se detectaram três subfases, equivalentes às três ondas de CAPPELLETTI e GARTH antes referidas. A primeira, tendente a aprimorar o serviço de assistência judiciária gratuita, com organização da defensoria pública federal e maior aparelhamento dos órgãos estaduais, além de facilitação legal para obtenção do benefício.⁷⁵ A segunda, que procurou desenvolver a tutela coletiva de direitos subjetivos, introduzindo a demanda coletiva de proteção ao consumidor e ampliando as hipóteses de cabimento da

⁷⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 43.

⁷⁵ A Lei 7.510/86 veio simplificar o modo de se postular os benefícios da assistência judiciária. Por simples requerimento do advogado na petição inicial (da mesma forma, na contestação ou em outro momento processual), declarando que a parte não está em condições de arcar com o pagamento das despesas processuais sem o prejuízo do sustento de sua família, e independentemente de declaração de próprio punho, tem o demandante (ou demandado) o direito de ser favorecido com a justiça gratuita.

ação civil pública.⁷⁶ E a terceira, que envolve uma série de estudos e discussões para a melhoria do direito processual civil, implementada por força de alteração legislativa.⁷⁷

A problemática⁷⁸ científica atual do processo civil reside na concepção de sua natureza jurídica. O moderno processo civil, lido a partir do regramento constitucional sobre a matéria,⁷⁹ tem na figura do contraditório sua alma. O processo, espécie do gênero procedimento, caracteriza-se pela participação paritária das partes na formação do provimento.⁸⁰

Desmantela-se a noção de relação jurídica processual para chegar-se à situação jurídica processual. A tradicional concepção do processo como relação jurídica teve como difundidor CHIOVENDA,⁸¹ que tomou por

⁷⁶ A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, além de dispor, no artigo 81, sobre a tutela coletiva dos direitos dos consumidores, deu maior efetividade à ação civil pública, introduzindo na Lei 7.347/85 diversos dispositivos com tal finalidade, notadamente o artigo 21, que explicita a possibilidade de defesa dos interesses coletivos e individuais.

⁷⁷ Foram tantas as modificações do Código de Processo Civil de 1973 que já não se pode dizer como outrora que se trata do Código Buzaid, em homenagem ao seu criador. Essas alterações, que tiveram como defensor incansável o eminente professor e jurista SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que pontifica o Superior Tribunal de Justiça como um de seus membros, buscaram de todas as formas melhorar o sistema processual. Os projetos de lei sempre foram precedidos de acaloradas discussões entre os membros de uma comissão especialmente designada pelo ministro da Justiça, os professores, as associações de juizes, os advogados, os membros do Ministério Público e a comunidade jurídica em geral. Críticas arrasadoras aos projetos, muitos deles já promulgados como leis, somente podem ter saído de pessoas descompromissadas com o Direito e incapazes de formular uma idéia construtiva: isso porque não se sabe a dificuldade de acompanhar a tramitação de um projeto de lei no Parlamento e porque a Comissão Revisora do Código de Processo Civil oportunizou a vários juristas sugestões sobre a nova norma.

⁷⁸ Terminologia usada por CARREIRA ALVIM para tratar de questionamentos a respeito do processo (Cf. ALVIM, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, *passim*).

⁷⁹ Terminologia usada por ANDOLINA e VIGNERA, *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*, *passim*.

⁸⁰ FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, p. 83.

⁸¹ CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 20, v. 1.

empréstimo a teoria da relação jurídica material, do direito civil. Mesmo ultrapassando a idéia de que no processo civil o pedido não seria dirigido contra determinada pessoa, mas sim formulado ao Estado-juiz, a teoria da relação jurídica não resolve o questionamento da natureza jurídica do processo. A característica principal dessa teoria – existência de direitos e deveres de uma parte sobre outra – é incompatível com o direito processual,⁸² pela ausência de vínculos entre os seus sujeitos, o que permitiria a um deles exigir a conduta do outro.⁸³

A teoria da situação jurídica, por sua vez, não explica a natureza jurídica do processo. Funciona ela como uma ponte entre a relação jurídica, já ultrapassada, e a moderna teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes.

DINAMARCO,⁸⁴ embora reconheça a relevância da garantia do contraditório, aduz que não haveria motivos para a formulação de uma nova teoria a respeito da natureza jurídica do processo, que tivesse o contraditório como figura central. No seu entendimento, o contraditório estaria inserido na teoria da relação jurídica e seria parte integrante de seu todo.

⁸² No próprio direito civil, como lembra GONÇALVES (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 78), a teoria da situação jurídica não pode ser utilizada de forma irrestrita. Ela não serve para explicar os direitos personalíssimos, o pátrio poder, a nacionalidade e tantos outros.

⁸³ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 98.

⁸⁴ DINAMARCO. *Execução Civil*, p. 119.

Bem é verdade que o contraditório deve sempre ser implementado, por configurar garantia constitucional, seja qual for a teoria adotada a respeito da natureza jurídica do processo. Todavia, a tentativa feita no sentido de dizer que para alguns atos valeria a teoria da relação jurídica e para outros, a da situação processual e a do procedimento em contraditório, é desarrazoada. A utilização de conceitos pertencentes a categorias distintas, como ressalta GONÇALVES,⁸⁵ cria dificuldades para a compreensão dos próprios fundamentos informadores da tese. A mistura de institutos jurídicos deve ser então evitada, adotando-se a posição que melhor representa a categoria estudada, como é o caso do processo como procedimento em contraditório entre as partes.

A nova concepção do processo destrói a idéia de que o procedimento, mero conjunto de atos,⁸⁶ seria espécie do gênero processo. A situação se inverte. O processo é que integra o procedimento e é caracterizado pelo contraditório. Havendo contraditório, garantia de participação das partes em igualdade de oportunidades,⁸⁷ está presente processo e, não, como se afirmava

⁸⁵ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. p. 100.

⁸⁶ GONÇALVES. (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 111), ressalta que o procedimento não pode ser tomado apenas como uma sucessão de normas, atos e posições subjetivas. Ele é caracterizado pela existência de atos, que se relacionam entre si e que guardam uma dependência jurídica. A regularidade do ato antecedente é pressuposto da validade do ato que o sucede.

⁸⁷ FAZZALARI (*Istituzioni di Diritto Processuale*, p. 83) prefere o termo participação em "simétrica paridade".

antigamente, o procedimento. Tem-se, assim, um processo administrativo⁸⁸ e um processo legislativo.⁸⁹

O posicionamento do contraditório como figura central do processo, além de representar a moderna concepção da ciência do direito processual, adequa o tema ao regramento constitucional vigente no país. Mesmo ciente de que o princípio estrutural se sobrepõe à norma escrita,⁹⁰ e de que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma,⁹¹ de extrema valia é a sua constitucionalização, notadamente com a inserção em capítulo destinado aos direitos fundamentais do cidadão, como ocorre com a Constituição de 1988,⁹² significando com isso o reconhecimento explícito da importância do princípio na vida social.

A revisitação da natureza jurídica do processo fez com que a ciência processual pusesse em relevo o instituto do contraditório, mas não o contraditório tão-somente como direito à participação. As partes têm sobretudo garantia de participação no processo em simétrica igualdade, atuando ativamente.

⁸⁸ O processo administrativo é utilizado tanto para a análise de infração por parte de servidores quanto para o exame de direitos deles e dos administrados frente à Administração. Como dito na nota 53, a Lei 9.784/99 regulamentou o processo administrativo no âmbito federal.

⁸⁹ GALUPPO. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo, p. 26.

⁹⁰ OLIVEIRA. *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma Justificação Democrática do Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo*, p. 163.

⁹¹ MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 546.

⁹² Artigo 5º, LV.

Ajudam na formação da convicção do juiz, com pedidos e impugnações mútuos, com o propósito de se chegar à solução juridicamente correta.

-CAPÍTULO III-

COMPETÊNCIA

3.1 CONCEITO

Embora fosse ideal, pela possibilidade de advirem decisões homogêneas, é inviável o exercício de toda a atividade jurisdicional por um só órgão, em razão da dimensão territorial do país e do número de habitantes.⁹³ O Estado cria então diversos órgãos e estabelece critérios para a distribuição das causas, com vistas a uma melhor outorga da tutela jurisdicional. O juiz, encarregado da solução dos conflitos, tem sua atividade limitada a determinada matéria ou a determinada parcela territorial.

A jurisdição é uma e corresponde ao dever de julgar. A competência, a seu turno, é a quantidade de jurisdição afeta a cada órgão. TORNAGHI atesta a distinção entre ambos os institutos e afirma que o poder de julgar e de praticar os atos específicos é a jurisdição, enquanto a competência seria a possibilidade, não o poder, de exercer a jurisdição. Diz ele que “o poder é positivo, é presença forçada; a possibilidade é a ausência de impedimento”.⁹⁴

⁹³ CARNELUTTI, em meados do século, ressaltava que a jurisdição poderia se desenvolver somente entre um órgão inicial e um órgão superior. Isso se o Estado fosse minúsculo, como a República de San Marino, na qual há um juiz, um escrivão, um oficial judiciário e um órgão de apelação (*apud* ROCHA, A Competência e o novo Código de Processo Civil, p. 40).

⁹⁴ TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 289.

CARNELUTTI,⁹⁵ após definir competência como a extensão do poder que compete a cada órgão ou a cada componente do órgão, estabelece a diferença entre competência e jurisdição. A jurisdição é o poder pertencente, não a cada órgão, mas a todos os órgãos em conjunto, enquanto a competência é o poder pertencente ao órgão ou ao agente do órgão considerado em si mesmo.

À quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos, LIEBMAN⁹⁶ denomina de competência.

MANDRIOLI,⁹⁷ professor da Universidade de Gênova, discorrendo sobre a competência, ao final assevera: “...*quella frazione di giurisdizione che in concreto spetta ad un determinato giudice rispetto ad una determinata causa.*”

As definições mais claras de competência vêm de THEODORO JR., que a vislumbra como o “critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”,⁹⁸ e de GONÇALVES, para quem a jurisdição pode ser vista como competência abstrata de declarar o direito e a competência, como jurisdição concretizada.⁹⁹

⁹⁵ CARNELUTTI. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, p. 286-287. v. II

⁹⁶ LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 56. v. I.

⁹⁷ MANDRIOLI. *Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 128. v. I.

⁹⁸ THEODORO JR.. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 153. v. I.

⁹⁹ GONÇALVES. *Direito Judiciário do Trabalho: organização judiciária: instância única: competência material e processual*, p. 46.

Os autores brasileiros, seguindo os ensinamentos dos italianos, costumam referir-se à competência como uma parte da jurisdição. MARQUES,¹⁰⁰ CARNEIRO,¹⁰¹ SILVA¹⁰² e CARVALHO¹⁰³ enfatizam a competência como a medida da jurisdição, a porção da jurisdição atribuída a cada magistrado. No entanto, a jurisdição, como poder e personificação do Estado, não é suscetível de ser medida ou dividida. O juiz, no seu ofício, representa o próprio Estado e exerce o poder jurisdicional em sua plenitude. A concepção da competência como medida da jurisdição significaria, em última análise, aceitar uma pluralidade de soberanias dentro do mesmo Estado, o que é de todo inadmissível. Daí a crítica de DINAMARCO, no sentido de que a conceituação liebmaniana de competência, apegada à “quantidade” de jurisdição, superaria a tradicional, ligada à “medida”,¹⁰⁴ que é seguida por GONÇALVES.¹⁰⁵

A partir de uma análise dos vários conceitos de competência, chega-se a um conceito próprio. A competência é o poder do órgão jurisdicional de solucionar os conflitos que lhe são submetidos, no âmbito do exercício da jurisdição atribuída pela norma.

¹⁰⁰ MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 320. v. I.

¹⁰¹ CARNEIRO. *Jurisdição e Competência*, p. 45.

¹⁰² SILVA. *Curso de Processo Civil*, p. 40. v. I.

¹⁰³ CARVALHO. *Manual da Competência Civil*, p. 1.

¹⁰⁴ DINAMARCO, nota 32. In: LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 56. v. I.

¹⁰⁵ GONÇALVES. *Direito Judiciário do Trabalho: organização judiciária: instância única: competência material e processual*, p. 46.

3.2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNA

Para a fixação da competência interna dos diversos órgãos jurisdicionais, o legislador estabeleceu critérios básicos. O sistema brasileiro seguiu o posicionamento de CHIOVENDA,¹⁰⁶ adotando três critérios diversos: a) o objetivo (pela matéria, pela qualidade das partes e pelo valor da causa); b) o funcional; e c) o territorial. O Código de Processo Civil de 1973, diferentemente do de 1939, que tinha falhas substanciais,¹⁰⁷ sistematizou bem a matéria, tratando da competência em razão da matéria e do valor no artigo 91, da competência funcional no artigo 93 e da competência territorial nos artigos 94 a 101. A competência em razão da pessoa já era disciplinada pela Constituição Federal.

Embora o direito brasileiro tenha importado da Itália esses critérios, a realidade aqui é bem diferente da peninsular. Lá não há o que aqui se chama de “justiças” e a divisão das causas entre a jurisdição ordinária e a especial seria questão atinente à jurisdição e, não, à competência. Antes de aferirmos qual o órgão territorialmente competente para processar a demanda, temos que analisar qual a “justiça” que irá receber o processo. O critério objetivo interfere nesses

¹⁰⁶ CHIOVENDA. *Principios de Derecho Procesal Civil*, p. 622.

¹⁰⁷ MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 322. v. I.

dois momentos e não só na distribuição vertical das demandas, como ocorre na Itália.¹⁰⁸

No Brasil, a primeira pergunta a se fazer é: qual a “justiça” competente? A justiça federal é especializada em relação à justiça estadual. Dentro da própria justiça federal, temos as justiças especializadas (do trabalho, militar e eleitoral), que concorrem em primeiro lugar para o recebimento das demandas. Somente se não se tratar de causa trabalhista, militar das Forças Armadas, eleitoral e não envolver a União ou as autarquias, empresas públicas¹⁰⁹ e fundações públicas¹¹⁰ federais, é que se chega à justiça estadual. E na justiça estadual também há a justiça especializada militar, competente para julgar os policiais e bombeiros militares. Depois de percorrer todo esse caminho tem-se, então, a atuação da justiça comum estadual, responsável pelo maior número de processos e cuja menor unidade, a comarca, está espalhada por todo o território brasileiro.

O critério objetivo leva em conta elementos que dizem respeito à demanda proposta em juízo. A competência em razão da matéria se fixa pelo conteúdo do processo, pela pretensão, de modo que um pedido de divórcio será

¹⁰⁸ DINAMARCO, nota 34. In: LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 58-59. v. I.

¹⁰⁹ Artigo 109, I, da Constituição.

¹¹⁰ Interpretação extensiva do artigo 109, I, da Constituição Federal feita pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes julgados: CC 78-DF (DJ 4-9-89) e CC 194-RJ (DJ 11-9-89), ambos da segunda seção, relatados respectivamente pelos ministros NILSON NAVES e ATHOS CARNEIRO.

juizado pelo juízo de família ou um pedido que envolva benefício previdenciário será decidido pelo juízo previdenciário. Da mesma forma a competência pela qualidade das pessoas; proposta a demanda em face do estado-membro, será ela resolvida pelo juízo de fazenda pública estadual. A competência pelo valor da causa não tem mais a importância que teve na época em que coexistiam os juízes municipais com os estaduais ou quando os tribunais de alçada detinham competência recursal para apreciar causas de baixo valor. Após 1995, no entanto, com a promulgação da Lei 9.099, que criou os juizados especiais, o assunto voltou a ser debatido, tendo em vista que esses juizados são competentes para examinar as causas inferiores a quarenta salários mínimos.

O critério funcional (ou hierárquico), por sua vez, leva em conta o fato de que em determinado processo podem funcionar diversos juízes, que terão delimitado o seu campo de atuação. A competência funcional classifica-se:¹¹¹ a) pelas fases do procedimento; b) pelo grau de jurisdição; c) pelo objeto do juízo. Quanto ao primeiro tópico, o juiz que processa a demanda pode não ter competência para todos os atos de execução, como por exemplo, penhorar, avaliar e levar à hasta pública um bem situado em outra comarca ou seção judiciária. Conquanto competente o juízo federal para compor o conflito, essa competência pode ser não do órgão de primeira instância, mas sim do de segunda — classificação pelo grau de jurisdição. Pode ocorrer ainda que o órgão

¹¹¹ THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 168, v. I.

jurisdicional não tenha competência plena para julgar a demanda, como nos casos em que se suscita a inconstitucionalidade de determinada norma perante o órgão fracionário do tribunal. O julgamento é suspenso e os autos seguem para o órgão especial ou para o plenário, órgãos esses que têm competência exclusiva para pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.

Pelo critério territorial procura-se fixar competência tendo em vista o território afeto à jurisdição do juízo. O propósito é a busca do local correto em que a pessoa deve ser demandada. O legislador preocupou-se muito com o acerto quanto ao local do acionamento em juízo, disciplinando em diversos artigos do Código de Processo Civil as exceções à regra geral de que o réu é demandado no seu domicílio (artigo 94).

3.3 COMPETÊNCIA ABSOLUTA E COMPETÊNCIA RELATIVA

A distribuição da função jurisdicional entre órgãos do poder Judiciário atende à conveniência da própria administração da justiça ou, às vezes, ao interesse e à comodidade das partes, segundo ensinamento de MOREIRA.¹¹²

¹¹² MOREIRA. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?, p. 64.

Para ARAGÃO,¹¹³ todas as regras de competência são, em princípio, firmadas no exclusivo interesse do Estado, para maior efetividade da função jurisdicional.

E é tal interesse público que prevalece na distribuição da competência em razão da pessoa e em razão da matéria (*ratione personae* e *ratione materiae*) e quando se tem em discussão o critério funcional. Ancorando-se na supremacia do interesse público, a lei não tolera intervenção das partes visando à modificação dos critérios então estabelecidos – é a chamada competência absoluta, que jamais pode ser modificada.

Por outro lado, se inexistir interesse público dominante, apesar de prever a lei um critério específico para se apurar a competência, têm as partes a possibilidade de alterar o que vinha definido, o que se dá na distribuição territorial da competência e na competência pelo valor da causa.¹¹⁴ Isto porque o legislador pensou, preponderantemente, no interesse de uma das partes em se defender melhor.¹¹⁵ Fala-se, então, em competência relativa.

A competência absoluta é, portanto, improrrogável, enquanto que a

¹¹³ ARAGÃO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 263. v. II.

¹¹⁴ Depois de discussões iniciais a respeito da obrigatoriedade de se submeter aos juizados especiais, desde que a demanda estivesse incluída no rol do artigo 3º da Lei 9.099/95, doutrina e jurisprudência já se sedimentaram no sentido de o juizado especial ser uma opção da parte. A propósito, o REsp 146.189-RJ (DJ 29-6-98), da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o ministro BARROS MONTEIRO.

¹¹⁵ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 238.

relativa é prorrogável, entendendo prorrogação de competência como a extensão da competência para um juízo que não poderia originariamente processar e julgar uma causa.

3.4 PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Apesar de o legislador instituir regras para distribuição da competência territorial (e com relação ao valor), podem as partes desvincular-se dessas regras e entender que deveriam litigar em foro diferente daquele preestabelecido – é a prorrogação de competência.

A prorrogação pode ser legal, também chamada de necessária, ou voluntária, que ainda se subdivide em expressa ou tácita.¹¹⁶

Na prorrogação legal, por motivos de ordem pública, o próprio legislador determina a modificação da competência - ocorre quando se dá conexão ou continência entre as demandas. O objetivo é, em síntese, e diante da similaridade das causas, evitar decisões contraditórias, relegando a um único juiz

¹¹⁶ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 240.

a apreciação de todas as demandas que sejam relacionadas entre si.

Na prorrogação voluntária, os titulares da situação jurídica controvertida fazem acordo expresso e prévio para que a demanda a ser aforada o seja em local diverso do previsto na lei. Seu fundamento está no poder dispositivo das partes. A prorrogação voluntária expressa se dá com a adoção, pelas partes, do foro de eleição, permitida pelo artigo 111 do Código de Processo Civil.

Para se contrapor à expressa, costuma a doutrina adotar a denominação de prorrogação voluntária tácita ao ato omissivo, praticado pelo requerido, de não-excepcionar a incompetência. Proposta a demanda em foro incompetente, pelos termos do artigo 305 do Código de Processo Civil, tem o requerido a faculdade de se insurgir quanto ao foro pretendido pelo requerente, o que deve ser feito no prazo de quinze dias contados do fato que ocasionou a incompetência (geralmente no prazo da contestação), sob pena de se ter como válida a designação de competência dada pelo requerente (artigo 114 do Código de Processo Civil).

O juiz, que não teria em princípio competência para processar e julgar a causa, adquire-a, porque tem ampliado o seu ofício,¹¹⁷ ressaltando que

¹¹⁷ THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 186. v. I.

somente a competência relativa pode ser ampliada.

3.5 A DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

A competência do juízo se apura no momento da propositura da demanda. Eventuais modificações no estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente não são levadas em consideração, diz o artigo 87 do Código de Processo Civil,¹¹⁸ salvo de houver supressão do órgão judiciário¹¹⁹ ou alteração da competência em razão da matéria¹²⁰ ou da hierarquia.

Interessante discussão surgiu, ao tempo da promulgação da Lei 5.869/73, no que concerne ao momento da propositura, não obstante a regra do artigo 263, que estabelece a propositura pelo despacho na petição inicial ou pela

¹¹⁸ MS 4.271-DF (DJ 9-9-96), terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

¹¹⁹ Não se tem dúvida quanto à alteração da competência no caso de extinção do órgão judiciário. O órgão que deixou de existir fica tanto física quanto materialmente impossibilitado de analisar as causas. Foi o que se deu com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a implantação do Superior Tribunal de Justiça e dos cinco Tribunais Regionais Federais, em abril de 1989. Os processos que estavam no TFR foram, em um primeiro momento, encaminhados ao STJ e depois repassados aos TRF, que passaram a representar a segunda instância da justiça federal.

¹²⁰ Instalada vara do trabalho em município em que o juiz de direito estava investido de jurisdição trabalhista, a ela passa a competência para processamento das causas especializadas (enunciado n. 10 da súmula/STJ), tendo em vista a alteração da competência em razão da matéria. Já a divisão da circunscrição judiciária, com criação de outra comarca ou de outra vara da justiça federal, não altera a competência anterior, haja vista não ter ocorrido modificação da competência em razão da matéria (CC 8.382-SC, DJ 3-4-89, segunda seção do Tribunal Federal de Recursos, relator o ministro EDUARDO RIBEIRO).

distribuição, onde houver mais de uma vara. Antigamente, nas comarcas de um juiz, o advogado despachava diretamente com ele a inicial e só depois fazia o recolhimento das custas e entregava a petição em cartório, que não-raro era serventia particular. Daí o entendimento de que a apresentação em juízo da petição já despachada um ano depois não faria com que o ajuizamento tivesse se dado quando do despacho.¹²¹ O fato de serem os cartórios particulares, que atendiam até mesmo duas ou três varas, levou também à preocupação de se ressaltar que a distribuição prevista no referido artigo 263 era a distribuição para o juiz e, não, para o escrivão.¹²²

Hoje, no entanto, a situação se modificou. Com a informatização do serviço e a norma de que as custas processuais, ainda que metade delas,¹²³ seja paga antes da distribuição, todas as petições são submetidas a registro computadorizado ou, na pior das hipóteses, a registro mecânico. Após o registro é que o advogado despachará com o juiz, nos casos de urgência. Desta forma, a ação considerar-se-á proposta a partir do momento em que a parte, por meio do seu advogado, leva ao conhecimento do Estado-juiz um conflito de interesses para ser resolvido. A partir do registro daquele documento, então particular, que se tornou público, e que recebeu o nome de petição inicial.

¹²¹ SANTOS. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 127. v. 1.

¹²² BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 237. v. I.

¹²³ Na justiça federal, diferentemente da justiça estadual em Minas Gerais, o autor paga metade das custas no ato da propositura, tal como dispõe a Lei 9.289/96, artigo 14, inciso I.

A declaração de incompetência se dá de forma diferenciada se se tratar de incompetência absoluta ou se estivermos diante de hipótese de incompetência relativa.

A incompetência absoluta deve ser suscitada pela parte na defesa (artigo 301, II, do Código de Processo Civil) ou em qualquer outro momento do processo, constituindo até mesmo caso de cabimento de ação rescisória (artigo 485, II). O juiz absolutamente incompetente (em razão da matéria, da pessoa ou pelo critério funcional) que recebe uma causa para análise e decisão não só tem a faculdade de declarar-se incompetente como o dever de se dar por incompetente. A lei é clara (artigo 113, primeira parte, do Código de Processo Civil) ao dispor que deve o juiz, de ofício, declarar-se incompetente (incompetência absoluta) para processar e julgar uma demanda, sob pena de anulação¹²⁴ dos atos do processo.

A incompetência relativa deve ser levantada pela parte, em exceção instrumental.¹²⁵ Não argüida ou não deduzida como incidente no processo, prorroga-se a competência naquele juízo, que, pelas regras gerais, não poderia julgar a demanda.

¹²⁴ Sobre a distinção que se faz na doutrina em declarar-se a nulidade (pré-existente) ou anular-se os atos do processo, ver a lição magistral de GONÇALVES, em sua obra *Nulidades no Processo*, p. 12 *et seq.*, na qual há a inserção da nulidade na ampla categoria das sanções.

¹²⁵ COSTA, *Manual de Processo Civil*, p. 229, v. I, usa a expressão instrumental para referir-se à forma, em peça autônoma, para levantar a incompetência relativa, e contrapor-se à exceção como defesa *lato sensu*.

3.6 A DECLARAÇÃO *EX OFFICIO* DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA

Estando em discussão a declaração da incompetência relativa, a doutrina diverge sobre a possibilidade da denúncia *ex officio*.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, escreveu COSTA,¹²⁶ sustentando que se lei alguma impõe ao juiz o dever de officiar em causas que não lhe são atribuídas pelas leis de processo, apesar de não *dever* declarar-se incompetente (competência relativa), *pode* fazê-lo.

ARAGÃO,¹²⁷ professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná e comentarista do Código de 1973, após criticar a posição de processualistas brasileiros que se inspiram na lição de juristas italianos, o que se tem como equívoco, pois no Brasil a situação quanto ao modo de se fazer a citação inicial é diversa da Itália, assevera:

“No Brasil, lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência, por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento que atuem no caso, ao apreciar a petição inicial, pois

¹²⁶ COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, p.191, v. I.

¹²⁷ ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 144, v. II.

ai se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar."

Perfilham o mesmo entendimento, LIMA¹²⁸ e TORNAGHI.¹²⁹

Este último, conquanto não se tenha expressamente filiado à corrente positiva do tema em enfoque, argumentou que "o que torna a incompetência absoluta ou relativa não é o fato de ela ser ou não ser declarável de ofício e sim o de poder ou não poder ser mudada pela vontade das partes. Mas essa vontade tem de vir expressa em contrato escrito (artigo 111, § 1º), anterior ao ingresso em juízo. A competência já deve estar prorrogada no momento em que o autor propõe a ação."

Por outro lado, dois não menos ilustres juristas defendem a impossibilidade da declaração *ex officio* da incompetência relativa. São eles: DINAMARCO,¹³⁰ da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e MOREIRA,¹³¹ da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a cujos argumentos se adere para com eles concluir. Tanto um como outro derrubam as teses em sentido contrário, como se verá a seguir.

Bom é salientar, por primeiro, que cuidando-se de normas sobre prorrogação da competência, elas facultam aos seus destinatários dispor de

¹²⁸ LIMA. *Direito Processual Civil*, p. 64.

¹²⁹ TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 360, v. I.

¹³⁰ DINAMARCO. *Declaração ex officio da incompetência relativa*, p. 370-377.

¹³¹ MOREIRA. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?*, p. 63-76.

maneira diversa, podendo eles mesmos disciplinar a relação social, ou, não o fazendo, submeter-se ao já fixado,¹³² caracterizando-se a exceção como ônus do réu.

Dispõe o artigo 114 do Código de Processo Civil brasileiro que “prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória de foro e de juízo, no caso e prazo legais.” Se o mencionado diploma legal fixa a maleabilidade das regras sobre competência territorial, não cabe ao juiz tolher, ao examinar a inicial, o direito do requerido de não se insurgir contra a competência preferida do autor, permitindo-se a prorrogação daquela. Agindo o magistrado dessa forma, estaria ele infringindo o princípio dispositivo.

COSTA, ARAGÃO e LIMA participam do entendimento de que se o juiz pretende declarar *ex officio* a incompetência relativa, deve fazê-lo na primeira oportunidade, sob pena de ter que aceitar a competência até que advenha o pedido de exceção declinatória do requerido. DINAMARCO¹³³ refuta o argumento, questionando: “qual seria o critério para a abstenção de ofício?” e traz à baila a assertiva de COSTA, na qual ele diz que o juiz se absterá da pronúncia se entender que processos estranhos à sua jurisdição venham impor excesso de trabalho.

¹³² REALE. *Lições Preliminares de Direito*. Apud DINAMARCO. Declaração *ex officio* da incompetência relativa, p. 371.

¹³³ DINAMARCO. Declaração *ex officio* da incompetência relativa, p. 374.

A tese que entende possível a declaração de ofício no primeiro contato do juiz com o processo não vinga, com todo respeito às posições divergentes. Pelo sentido de dispositividade da norma do artigo 114 do Código de Processo Civil, até mesmo a permitir a eleição de foro, o juiz tem a obrigação de esperar a manifestação do requerido, o que contraria a posição de TORNAGHI, de que a competência deve estar prorrogada no momento em que se afora a demanda e a de COSTA, de que nenhuma lei impõe ao juiz funcionar, apesar da incompetência.¹³⁴

No direito comparado, deixando de lado os sistemas em que a convocação do requerido a juízo efetua-se por ato promovido pelo autor, sem mediação do órgão jurisdicional, porque não transplantável para o nosso, conclui-se pela inaceitabilidade da declaração *ex officio* da incompetência relativa. Entre os diplomas processuais mais recentes, encontra-se disposição idêntica no da Venezuela, de 1985, no qual a terceira alínea do artigo 60 estabelece que a incompetência em razão do território precisa ser alegada como questão prévia; e no do Uruguai, de 1988, que, ao dispor que o órgão jurisdicional conheça de ofício da incompetência absoluta, *a contrario sensu* exclui tal conhecimento com referência à competência relativa, a qual deve ser alegada como questão prévia. Da mesma forma tem-se o *Código Procesal Civil*

¹³⁴ DINAMARCO. Declaração *ex officio* da incompetência relativa, p. 374.

y Comercial de la Nación, da Argentina, que, embora nada preconize com relação à incompetência “absoluta” ou “relativa”, conclui que incompetência absoluta se declara de ofício, enquanto que a relativa, só após a iniciativa da parte.¹³⁵

A jurisprudência, refletindo a análise da doutrina de um passado não muito distante, acatou inicialmente a posição de ARAGÃO e LIMA. Deflagrou-se a tese segundo a qual o juiz poderia reconhecer a incompetência relativa de ofício, desde que não tivesse praticado nenhum ato relevante até então.¹³⁶

A matéria chegou a exame do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Após reiterados julgados, editou ele a súmula de sua jurisprudência de n. 28, segundo a qual: “Pode o Juiz declarar de ofício a incompetência relativa, desde que o faça em sua primeira intervenção no processo.”

O Superior Tribunal de Justiça reviu, no entanto, o posicionamento da jurisprudência dominante. Após acalorados debates, a

¹³⁵ MOREIRA. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?, p. 69-70.

¹³⁶ AI 9.056-0, câmara especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 20-10-88 (RT 636/61-63), relator o desembargador MARTINIANO DE AZEVEDO, e CC 5.275-0, câmara especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 21-11-85, relator o desembargador CÉSAR DE MORAES.

conclusão veio espelhada no enunciado de n. 33 de sua súmula, assim disposto: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.” Mais uma vez contribuiu o tribunal encarregado de interpretar as normas infraconstitucionais para fazer valer os ditames da lei processual, pela qual não se pode declarar de ofício a incompetência relativa.

Depois da uniformização dos julgados, surgiu uma situação nova. Com a estabilização da moeda brasileira, em 1994 e 1995, foi grande a corrida para a aquisição de veículos, tanto para uso próprio quanto para investimento. Os carros desapareceram. A saída para as concessionárias foi então fomentar o sistema de consórcio, revitalizando grupos antigos e abrindo novos grupos. A classe média participou em peso do regime de consórcio, utilizando-o até mesmo como uma poupança forçada. Entretanto, a economia não se manteve nos anos seguintes. O salário perdeu seu valor de compra, os servidores públicos não tiveram aumento na remuneração e a carga tributária foi majorada. As prestações do consórcio ficaram para trás, obrigando os bancos que emprestaram dinheiro para a compra dos automóveis a recuperá-los como parte do pagamento. “Pipocaram” as ações de busca e apreensão.

Os agentes financeiros, baseando-se nos foros de eleição previstos nos contratos de alienação fiduciária firmados com os consorciados de todo o país, ajuizavam, nos locais de suas sedes, as ações para reaver os carros. As

demandas eram em grande parte propostas na capital paulista, indicando como réus consorciados residentes do Oiapoque ao Chuí. Os juízes, sensíveis à dificuldade de defesa dos requeridos, passaram a declarar-se incompetentes para processar as causas, ainda no exame da inicial, sem provocação. Estariam eles contrariando a jurisprudência já sedimentada? Não.

O fundamento da instituição das regras de competência territorial está na conveniência de o réu ser demandado no local de seu domicílio. Só ele poderia, em princípio, excepcionar a competência. O que se visa é, portanto, permitir que o réu possa melhor defender-se, de acordo com sua vontade.

Ora, impossível concordar que o réu, demandado em São Paulo e residente em Teresina, possa impugnar o pedido do autor, ainda mais se já tiver sido autorizada a busca e apreensão do veículo. A dificuldade para contratação de advogado a 3.000 km de distância e o custo para tanto impediriam o exercício de qualquer tipo de impugnação pelo requerido. A manutenção da competência em São Paulo significaria a negação do próprio direito de defesa. O juiz, que tem na Constituição a justificativa para exercício do seu mister, não pode fazer tábula rasa de uma garantia constitucional.

A competência territorial nesse caso é absoluta, porque tem em voga uma melhor administração da justiça, tal como a competência disciplinada

no artigo 95 do Código de Processo Civil, que, não obstante territorial, é absoluta e se baseia na facilidade de o juiz decidir bem a causa, por se encontrar mais perto dos elementos do litígio.

Estando o contrato sob a regência do Código do Consumidor, a solução fica ainda mais clara. O consumidor tem direito à facilitação da defesa (artigo 6º), de modo que qualquer estipulação contratual que contrarie esse princípio está fadada à nulidade, nulidade essa de pleno direito (artigo 51, IV e XV) e que pode ser reconhecida de ofício, tendo em vista que todas as normas de proteção ao consumidor são de ordem pública e de interesse social (artigo 1º).

A conclusão a que se chega é a de que, se o juiz está diante de uma hipótese de competência territorial, caracterizada por foro de eleição, e se a manutenção da competência vai trazer dificuldade na defesa da parte, é seu dever pronunciar de ofício a sua incompetência. E essa assertiva não maltrata o enunciado n. 33 da súmula/STJ, porque a competência no caso é absoluta.

O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente firme no propósito de seguir o posicionamento já cristalizado, terminou por consagrar a tese da possibilidade de declaração da incompetência relativa de ofício, se a cláusula de

eleição de foro estiver chocando com normas de ordem pública.¹³⁷

3.7 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Cada demanda é julgada por um único órgão jurisdicional. Salvo a atribuição hierárquica da primeira e da segunda instâncias e da instância especial, não se admite que dois órgãos distintos possam solucionar a mesma “pendenga”. Não obstante essa unicidade no julgamento, diversas vezes ocorrem dúvidas a respeito de qual seria o órgão correto para resolver a causa. Surge aí o conflito de competência.

O conflito de competência se dá quando dois juízes se declaram competentes – conflito positivo – ou quando dois juízes se declaram incompetentes – conflito negativo – para o julgamento da demanda. No conflito negativo, há a recusa expressa dos juízes em processar o feito, cada qual dizendo-se incompetente. Já no conflito positivo, nem sempre os juízes afirmam sua competência. Basta que pratiquem atos em demandas idênticas para estar-se

¹³⁷ CC 17.735-CE (j. 13-5-98 e p. DJ 16-11-98) e CC 20.826-RS (j. 13-5-98 e p. DJ 24-5-99), ambos da segunda seção, relatados respectivamente pelos ministros COSTA LEITE e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

diante do conflito,¹³⁸ tendo em vista que, assim agindo, estariam reconhecendo implicitamente sua própria competência.

Na prática, dificilmente se vê o ajuizamento de duas causas idênticas perante órgãos jurisdicionais diversos, a não ser que esteja o autor de má-fé. O conflito positivo comumente nasce, então, nos casos em que deveria haver a reunião dos processos, por conexão ou continência, e eles se encontram separados.

O conflito pode ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público nas causas em que ele funcionar¹³⁹ ou pelo juiz.¹⁴⁰ A competência para análise do conflito é sempre do órgão hierarquicamente superior aos juízes questionados. Se a discussão sobre a competência tiver sido travada por juízes vinculados a “justiças” diferentes, entre tribunais de segunda instância e entre tribunais e juízes não-vinculados, a decisão cabe ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, *d*), da Constituição. Se, por outro lado, a divergência for entre tribunais superiores ou entre estes com qualquer outro tribunal, o

¹³⁸ THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 190, v. I.

¹³⁹ Embora o Ministério Público tenha que funcionar em todos os conflitos de competência, sua legitimidade para suscitar o conflito fica limitada, além dos casos em que figura como parte, àqueles em que está atuando como fiscal da lei. Não se evidenciando qualquer hipótese de intervenção do Ministério Público no processo originário, não lhe é dado suscitar o conflito.

¹⁴⁰ O juiz suscita o conflito por meio de ofício. Não há necessidade de remeter os autos da demanda para o tribunal, juntamente com o ofício, mas tão somente cópias das peças essenciais.

incidente¹⁴¹ será resolvido pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, o), da Constituição).

Algumas vezes surgem decisões divergentes, proferidas por juízes distintos, em causas que deveriam estar reunidas. Cabe à parte prejudicada suscitar o conflito e requerer ao relator no tribunal que suspenda a decisão, porque proferida por juízo que não seria competente, e que indique um dos juízos para resolver os pedidos urgentes – medida essa possível tanto no conflito positivo quanto no negativo, tal como previsto no artigo 120 do Código de Processo Civil.

Decidindo o conflito, o tribunal declarará o juízo competente, com remessa a ele dos autos da demanda, se já não estiver correndo lá. O órgão julgador deve também pronunciar-se sobre a validade dos atos do juízo incompetente, porque a simples declaração de incompetência não leva à nulidade pura e simples de todos os atos do processo. Tratando-se de incompetência absoluta do juízo que proferiu eventual decisão, essa decisão é nula, nos termos do artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil.¹⁴² Sendo

¹⁴¹ A natureza jurídica do conflito de competência é de incidente processual e, não, de ação incidental. Seria de ação se se formasse uma nova relação jurídica, com citação e procedimento próprios, o que não é o caso.

¹⁴² O Supremo Tribunal Federal (CJ 6.923-SP, RTJ 128/624, pleno, relator o ministro OCTAVIO GALLOTTI) entende que essa nulidade, na incompetência absoluta, é automática. Todavia, como visto, ancorando na doutrina de GONÇALVES, nulidade não é vício do ato, mas sanção, imprescindendo assim de declaração judicial. A propósito, também com fundamento em GONÇALVES, entendendo essencial o decreto de nulidade do ato pelo juiz, o REsp 40.434-SP (DJ 24-3-97), da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

relativa a incompetência, o silêncio do tribunal ao julgar o conflito impõe a manutenção da decisão até que o juízo competente possa analisá-la,¹⁴³ para mantê-la ou revogá-la.

3.8 O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

O conflito de atribuições, regulado pelo artigo 124 do Código de Processo Civil e disciplinado pelos regimentos internos dos tribunais, ocorre nos casos em que autoridade judiciária e autoridade administrativa declaram-se competentes ou incompetentes para a prática de um ato. Pode, da mesma forma, que o conflito de competência, ser positivo (ambas autoridades competentes) ou negativo (ambas incompetentes).

Conquanto o referido diploma processual e a Constituição (artigo 105, I, g)) refiram-se a “autoridade judiciária”, o conflito de atribuições jamais será admitido se de um lado estiver a autoridade judiciária investida de função jurisdicional.¹⁴⁴ O descumprimento de decisão judicial leva às sanções

¹⁴³ EDcICC 7.432-DF (RSTJ 68/63), da primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro HÉLIO MOSIMANN.

¹⁴⁴ Nesse sentido. CA 19-MG (RSTJ 28/30), primeira seção, relator o ministro GARCIA VIEIRA, e CA 8-PE (RSTJ 55/25), segunda seção, ambas do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro BUENO DE SOUZA.

administrativas e penais pertinentes, não podendo ser deduzido o conflito se a autoridade administrativa discorda do provimento emitido. O conflito se dá, desta forma, entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária, desde que esta esteja exercendo funções administrativas.

Interessante incidente de atribuições foi submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Concedida aposentadoria para um juiz classista e comunicado o fato ao Tribunal de Contas da União, este órgão determinou que o Tribunal Regional do Trabalho a que o juiz estava vinculado retificasse a aposentadoria. O presidente do Regional se recusou a efetuar a alteração e suscitou o conflito. É o típico caso de conflito de atribuições; de um lado, uma autoridade judiciária desempenhando papel de administrador; de outro, um órgão que, embora leve o nome de tribunal, não integra o Judiciário.

Nesse caso concreto,¹⁴⁵ o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não seria competente para processar o conflito, uma vez que envolveria tribunal superior – Tribunal de Contas da União. Interpretando o artigo 102, I, o), da Constituição, remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal, embora de forma equivocada, com todo respeito aos seus membros. Primeiro, porque as normas sobre a competência dos tribunais superiores estão taxativamente inseridas na Constituição Federal, de modo que não se lhes interpreta

¹⁴⁵ CA 11-SC (RSTJ 17/47), primeira seção. relator o ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

extensivamente. Segundo, porque o Tribunal de Contas da União não faz parte do Judiciário, não podendo ser considerado assim tribunal superior. E terceiro, porque o legislador constituinte, quando se referiu ao Tribunal de Contas da União nesse aspecto, tratou-o diferenciadamente dos tribunais superiores, tal como dispõe a alínea *q*) do inciso I do mencionado artigo 102.¹⁴⁶

Atualmente, são raros os casos de conflito de atribuições, tendo em vista que aos tribunais foi assegurada autonomia administrativa, de acordo com o artigo 99 da Constituição. Não pode haver assim interferência nas suas atribuições de administrador, tanto na regulamentação dos seus serviços quanto na organização funcional dos juízes e dos servidores a ele vinculados.

¹⁴⁶ Em um primeiro julgamento (CJ 6.989-DF, DJ 21-8-92, pleno, relator o ministro MOREIRA ALVES), o Supremo deu-se por incompetente para processar qualquer conflito de atribuições. Num segundo (CA 40-DF, DJ 20-8-93, pleno, relator o ministro MARCO AURÉLIO), afirmou que o envolvimento do Tribunal de Contas era suficiente para considerar dele a competência.

-CAPÍTULO IV-

MODIFICAÇÕES

DE

COMPETÊNCIA

4.1 CONCEITO

A lei¹⁴⁷ disciplina as regras de competência, objetivando a melhor administração da função jurisdicional, da forma mais conveniente para as partes. Não obstante essa normalização, admite a própria lei que haja uma desvinculação da regra básica. Um juízo distinto do juízo natural será competente para conhecer e decidir a demanda, porque a superveniência de certas circunstâncias recomenda a alteração.

A modificação da competência é então a alteração da regra de competência prevista na lei por fatos e atos¹⁴⁸ jurídicos processuais. Os fatos modificadores são a conexão, a continência, a acessoriedade e a prejudicialidade. Os atos modificadores, por sua vez, consistem nas ações incidentais e no foro de eleição.

O fenômeno da prorrogação identifica-se com a modificação da competência, embora alguns doutrinadores afirmem que a prorrogação só se dá nas hipóteses de mudança da competência por ato das partes.¹⁴⁹ A modificação

¹⁴⁷ As normas sobre competência constam basicamente da Constituição Federal e do Código de Processo Civil e de leis de organização judiciária estadual, no caso da competência da justiça estadual.

¹⁴⁸ TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 342, v. I.

¹⁴⁹ MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 417, v. I.

da competência não se resume, todavia, à conexão, à continência ou à existência de foro de eleição. Ela abrange ainda, como visto, a acessoriedade, a prejudicialidade e as ações incidentais.

A competência modificável é a relativa, fixada pelo território ou pelo valor da causa. A competência absoluta não se modifica pela existência de outra demanda, ainda que fosse conexa com a primeira, pela identidade do objeto ou da causa de pedir.¹⁵⁰ Assim, inviável é a reunião de ações que tramitam, uma, na justiça estadual, na qual não figura nenhuma das pessoas a que se refere o artigo 109, I, da Constituição, e outra, na justiça federal, porque são competências absolutas.¹⁵¹

A modificação da competência, que tem por premissa a existência de, no mínimo, duas demandas, faz com que elas sejam reunidas para julgamento por um só juízo. Essa reunião tem por escopo evitar decisões conflitantes, que poderiam ocorrer caso as demandas tivessem tramitando em diferentes juízos, e a multiplicação de atos processuais, que se chocaria com o princípio da economia processual. Esse objetivo funciona como pressuposto

¹⁵⁰ THEODORO JR., bascando-se em ANDRIOLI, participa da opinião de que a competência de uma demanda pode ser prorrogada no juízo que a recebeu, mesmo sendo ele absolutamente competente para processar outra causa conexa.

¹⁵¹ Nesse sentido, CC 14.460-PR (DJ 18-3-96) e CC 15.059-RS (DJ 15-4-96), ambos da segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, relatados respectivamente pelos ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO e TEIXEIRA e BARROS MONTEIRO, e RE 93.843-BA (DJ 3-4-81, RTJ 102/308), primeira turma, e CJ 6.345-SP (DJ 2-4-82, RTJ 104/981), pleno, do Supremo Tribunal Federal, relatados respectivamente pelos ministros SOARES MUÑOZ e MOREIRA ALVES). Em sentido contrário, o REsp 37.467-RS (DJ 26-2-96), terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro CLÁUDIO SANTOS.

para o deslocamento da competência de um juízo para outro, de modo que, julgada uma das causas, não há que se falar mais em reunião de ações.¹⁵² Com o advento do provimento em uma das demandas, desaparece a justificativa para que as ações sejam processadas e resolvidas por um só juízo, uma vez que não haverá risco, pelo menos em princípio, de serem as decisões conflitantes.¹⁵³

Caso a ação ainda não julgada esteja intimamente ligada à demanda decidida, dela dependendo juridicamente, compete ao julgador suspender o seu processamento, com suporte no artigo 265, IV, *a*), do Código de Processo Civil. O que não se pode fazer é determinar que aquele juiz que já sentenciou uma das causas sentencie a outra, que não foi originariamente distribuída a ele. Não se vislumbra aí a ocorrência do pressuposto para que fosse modificada a competência – possibilidade de advirem decisões conflitantes – e o deslocamento da demanda ainda não julgada para o juízo daquela resolvida é inviável.¹⁵⁴ A saída é suscitar o conflito negativo de competência.

Diversas vezes depara-se também com a distribuição de uma

¹⁵² O Superior Tribunal de Justiça editou em 11-2-00 o enunciado n. 235 de sua súmula, que diz: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado."

¹⁵³ GONÇALVES (Direito Judiciário do Trabalho: organização judiciária; instância única; competência material e processual, p. 52) entende que não haveria motivo para reunião de ações até mesmo se uma delas já estiver instruída ou em fase de instrução.

¹⁵⁴ CC 3.075-BA (DJ 14-9-92), segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro DIAS TRINDADE.

demanda nova por dependência a uma antiga, sentenciada. A fuga à distribuição por sorteio, prevista no artigo 252 do Código de Processo Civil, somente se dá se houver conexão entre a nova ação e a antiga, já ajuizada. Essa exceção – distribuição por dependência, foi instituída com o propósito também de se evitar decisões contraditórias. Julgada a ação anterior, impossível juridicamente a conexão, haja vista inexistir probabilidade de ocorrerem decisões conflitantes. A aceitação de tal procedimento – distribuição por dependência em qualquer tempo – levaria à desconsideração da garantia constitucional do juiz natural, que, segundo as normas vigentes, deve ser encontrado por sorteio.

4.2 CONEXÃO

O Código de 1973 foi superior ao de 1939 quanto à disposição legal da matéria. O antigo diploma não definiu, em caráter geral, o que seria a conexão, configurando-a somente para modificação da competência nas hipóteses de litisconsórcio passivo.¹⁵⁵ Já o atual, que adotou no ponto a antiga doutrina de PESCATORE, que teve em MATTIROLO seu divulgador,¹⁵⁶ embora igualmente não conceitue a conexão, indica os elementos para sua

¹⁵⁵ BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 284. v. I.

¹⁵⁶ SANTOS. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 254. v. I.

configuração – objeto e causa de pedir comuns –, declinando-os no artigo 103.

A doutrina geralmente não conceitua conexão. Limita-se a explicitar e comentar cada elemento. REZENDE FILHO, no entanto, definiu o instituto como sendo “o vínculo entre duas ou mais causas de tal modo relacionadas entre si, que reclamam ser decididas por uma só sentença”.¹⁵⁷ FERRAZ, em monografia sobre o tema, afirmou que a conexão seria o laço envolvente que se insinua entre as relações jurídicas, ora pendendo-as de um modo indissolúvel, exigindo uma única decisão, ora criando entre elas pontos de contato mais ou menos íntimos, que aconselham a reunião em um só processo.¹⁵⁸ SANTOS, a seu turno, diz que conexão é um “vínculo, um nexos, um elo entre duas ou mais ações, de tal maneira relacionadas entre si que faz com que sejam conhecidas e decididas pelo mesmo juiz, e, às vezes, até no mesmo processo.”¹⁵⁹

A conexão é, desta forma, a ligação de demandas pela identidade do objeto ou da causa de pedir, que serão reunidas para serem julgadas por um só juízo.

CARNELUTTI¹⁶⁰ diferencia a conexão material da conexão

¹⁵⁷ REZENDE FILHO. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 131, v. I. Apud FADEL. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 226, v. I.

¹⁵⁸ FERRAZ. *Notas Sobre a Competência por Conexão*, p. 10. Apud FADEL. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 226, v. I.

¹⁵⁹ SANTOS. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 253, v. I.

¹⁶⁰ CARNELUTTI. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, p. 18-19, v. II.

instrumental. A conexão material, que se caracterizaria pela existência de elementos comuns em litígios diversos, se subdividiria em: a) conexão pessoal, identidade de pelo menos uma das partes de dois ou mais litígios; b) conexão real, identidade do bem objeto do litígio; c) conexão causal, identidade da pretensão. A conexão instrumental, a seu turno, se consubstanciaria quando dois ou mais litígios tivessem a sua composição adstrita aos mesmos instrumentos, ou seja, às mesmas razões, às mesmas provas ou aos mesmos bens.

A conexão instrumental não seria, na verdade, uma espécie de conexão, mas um complemento do que se entenderia como conexão. Ela está entrelaçada à conexão material, que deve ser preexistente, exurgindo daí uma relação de dependência jurídica ou “interdependência”. Somente seria atestada a existência da conexão instrumental se duas ações, além de terem em comum o objeto ou a causa de pedir, demandarem os mesmos instrumentos para sua solução.¹⁶¹

Correndo separadamente duas ações conexas, torna-se necessário saber qual o juízo será competente para processá-las e julgá-las. A aferição da competência se dá pela prevenção, instituto processual próprio para averiguar qual o juízo competente para decidir as demandas.

¹⁶¹ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, p. 287, v. I.

A prevenção é encontrada, em princípio, pela primeira citação válida. O juízo da causa em que se efetivou a primeira citação válida será competente também para julgar a ação conexa, ainda que esta tenha sido ajuizada anteriormente à primeira. Mas como conciliar essa regra, insculpida no artigo 219 do Código de Processo Civil, com a constante do artigo 106, pela qual “correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar”?

Nos primeiros anos de vigência do atual Código de Processo Civil, muito se discutiu a respeito dessa matéria. MIRANDA,¹⁶² BARBI,¹⁶³ MOREIRA,¹⁶⁴ THEODORO JR.,¹⁶⁵ TORNAGHI,¹⁶⁶ ALVIM¹⁶⁷ e FADEL¹⁶⁸ entenderam que não haveria contradição entre as normas do Código e que a questão se resolveria pela especialidade da regra do artigo 106 com relação à do artigo 219. Com opinião contrária, ARAGÃO¹⁶⁹ e BERMUDES,¹⁷⁰ que afirmam que a fixação da competência foi disciplinada pelo artigo 219 do Código de Processo Civil, de modo que o critério a ser analisado será sempre o da citação válida, utilizando-se o do artigo 106 somente se as citações tiverem ocorrido no

¹⁶² MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 303. t. II.

¹⁶³ BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 287. v. I.

¹⁶⁴ MOREIRA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 26.

¹⁶⁵ THEODORO JR.. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 183. v. I.

¹⁶⁶ TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 348. v. I.

¹⁶⁷ ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 300. v. I.

¹⁶⁸ FADEL. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 231. v. I.

¹⁶⁹ ARAGÃO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 172. v. II.

¹⁷⁰ BERMUDES. *Prevenção de Competência nas Ações Conexas*, p. 87.

mesmo dia.

Com razão os defensores da primeira corrente. A regra geral é a da prevenção pelo juízo em que primeiro se efetivou a citação, que passa então a ser competente para analisar e decidir a segunda causa. Tratando-se, porém, de demandas que correm perante juízos de mesma competência territorial, a prevenção se dá no juízo que despachou em primeiro lugar.¹⁷¹ E o “despacho” a que se refere o artigo 106 não é o despacho que determina a distribuição ou a autuação, ou o que manda emendar a petição inicial, mas sim o que ordena a citação.¹⁷²

Ocorrendo no mesmo dia as citações, em caso de competência territorial diversa, ou os despachos iniciais, no caso de mesma competência territorial, a prevenção se dá pela primeira distribuição, uma vez que, pela distribuição, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Civil, considera-se proposta a demanda. BERMUDES,¹⁷³ com posição diversa, doutrina que a data do despacho inicial, não a da distribuição, deveria ser considerada, caso não se pudesse aferir qual a citação feita em primeiro lugar. Todavia, como visto, o critério do artigo 106 não é subsidiário do critério do artigo 219. Sendo

¹⁷¹ CC 160-PR (DJ 11-9-89, RSTJ 3/725) e CC 1.395-SP (DJ 4-3-91), ambos da segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, relatados pelo ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

¹⁷² BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 287. v. I. Na jurisprudência. REsp 2.099-PA (DJ 2-4-90, RSTJ 10/462), da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

¹⁷³ BERMUDES. *Prevenção de Competência nas Ações Conexas*, p. 87.

regras distintas, é melhor estabelecer uma norma geral – data ou hora da distribuição – que atenda a ambas as hipóteses.

Dispõe o artigo 105 do Código de Processo Civil que, ocorrendo um dos motivos que levem à modificação de competência originária, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ordenar a reunião das ações propostas em separado. A reunião das demandas previstas na mencionada norma somente será possível se houver consentimento do outro magistrado, porque ao juiz é defeso avocar demanda que esteja sendo processada por outra unidade jurisdicional. Um dos juízos envolvidos pode perfeitamente declarar sua incompetência para processar e julgar a demanda e determinar a remessa dos autos para o outro juízo, a quem compete aceitar a causa ou recusá-la, hipótese em que suscitará o conflito negativo de competência. O que se afigura impossível é o juízo declarar-se competente para analisar e resolver tanto a causa que está sob sua jurisdição como a outra, que tramita perante outro juízo, e ordenar que esta segunda seja remetida a ele.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região teve oportunidade de decidir conflito negativo de competência¹⁷⁴ instaurado por iniciativa de uma das partes, no qual um juiz do trabalho avocou demanda que corria perante

¹⁷⁴ CN 4/94 (Minas Gerais 23-9-94).

outra vara do trabalho.¹⁷⁵ O juiz AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, relator do conflito, com sua percuciente análise dos temas processuais, reconheceu a impossibilidade de um juízo, ao declarar sua competência para processar a reclamatória trabalhista que corria na sua junta e a outra, que tramitava em outra junta, avocar esta última. Na hipótese examinada, no entanto, o segundo juízo consentiu em remeter os autos ao juízo que os tinha avocado, desaparecendo qualquer conflito. De qualquer forma, restou assentado corretamente, como sói acontecer, o despropósito de se requisitar demanda a que foi distribuída observando-se o princípio do juiz natural, ou seja, pela distribuição.

4.3 CONTINÊNCIA

A continência, segundo a lei processual,¹⁷⁶ ocorre pela identidade de partes e de causa de pedir em duas ou mais ações, sendo que o objeto de uma, por mais amplo, abrange o das outras.

Comparando o instituto da continência com o da conexão, constata-se que, embora diferentes, eles têm uma relação de gênero e espécie. A

¹⁷⁵ Na época, a denominação era ainda junta de conciliação e julgamento. A mudança para vara adveio com a Emenda 24/99, que extinguiu a representação classista na justiça do trabalho.

¹⁷⁶ Artigo 104 do Código de Processo Civil.

conexão, que tem por pressuposto a existência de mesmo objeto ou mesma causa de pedir em duas ou mais ações, é mais ampla que a continência, que requer, além da mesma causa de pedir, as mesmas partes e mesmo objeto.¹⁷⁷ Duas causas que têm a mesma causa de pedir já podem ser consideradas conexas, mesmo que possam ter partes idênticas e objetos comuns.

A continência nada mais é que uma espécie de conexão e só teria razão de existir se a própria lei outorgasse tratamento diferenciado para o instituto, em relação à conexão. Não havendo a distinção, nem mesmo quanto a possíveis efeitos de uma ou de outra, desnecessária a regulamentação diversificada, o que torna inútil a definição enunciada no artigo 104 do Código de Processo Civil sobre continência.¹⁷⁸

4.4 ACESSORIEDADE

Outro fato modificador da competência é a acessoriedade, prevista no artigo 108 do Código de Processo Civil. A acessoriedade também depende da existência de duas causas, uma das quais, porque mais importante o objetivo

¹⁷⁷ Se o objeto de uma demanda abrange o da outra, é evidente que pelo menos em algum ponto eles se coincidem.

¹⁷⁸ BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 285. v. I.

que o autor dela pretenda, será a principal.¹⁷⁹ As outras que se seguem, cujo escopo é simplesmente complementar a pretensão inicial, são consideradas acessórias e serão julgadas pelo juízo da demanda principal.

A ação acessória, se ainda não tiver sido ajuizada, deverá sê-lo por dependência à principal, que lhe é anterior. Se foi proposta sem a indicação da existência da anterior, o juízo que a recebeu não será competente para processá-la. Deverá declarar sua incompetência e remeter os autos ao juízo da causa principal.

THEODORO JR.¹⁸⁰ sustenta que as ações acessórias são aquelas que “resultam da decisão de um outro processo ou que se prestam a colaborar na eficácia de outro processo”. Partindo desse conceito, o eminente processualista classifica como acessórias as demandas cautelares, além de outras como a demanda de conhecimento que vise a liquidar a sentença,¹⁸¹ a restauração de autos e a habilitação incidente.

¹⁷⁹ BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 288. v. I.

¹⁸⁰ THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 183. v. I.

¹⁸¹ DINAMARCO. *Execução Civil*, p. 535. entende que somente a liquidação por artigos seria um processo de conhecimento autônomo.

4.5 PREJUDICIALIDADE

A prejudicialidade de uma demanda com relação a outra ocorre quando o julgamento da primeira representa um prejulgamento da segunda.¹⁸²

Embora possa se dar a prejudicialidade sem interdependência das causas,¹⁸³ somente as demandas interdependentes podem levar à modificação da competência para julgar uma delas. É necessário para alterar a competência, portanto, que existam questões comuns e que estas questões se refiram ao mesmo título ou ao mesmo objeto da demanda.

A prejudicialidade também representa uma espécie de conexão, porque, para se cogitar de interdependência, pelo menos objeto ou causa de pedir devem ser comuns. Daí a referência não só à prejudicialidade, mas à conexão por prejudicialidade, e a sua definição como a “espécie de conexão na qual existe uma relação de prejudicialidade entre as causas.”¹⁸⁴

¹⁸² TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 353. v. I.

¹⁸³ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, p. 296. v. I.

¹⁸⁴ OLIVEIRA NETO. *Conexão por Prejudicialidade*. p. 85.

4.6 AÇÕES INCIDENTAIS

As ações incidentais a serem ajuizadas deverão ser propostas no juízo em que corre a demanda que lhe é dependente. A competência para o seu processamento não será buscada pela distribuição por sorteio, porque a relação entre ela e a causa principal faz com que se modifique a competência originariamente prevista. E se eventualmente tiver sido distribuída a demanda em juízo outro que não o da causa principal, deverão elas ser reunidas neste, que as decidirá. Em função disso, prevê o artigo 109 do Código de Processo Civil a competência do juízo da causa principal para o processamento da reconvenção, da ação declaratória incidente, das ações de garantia e de outras ações relacionadas com o terceiro interveniente, como a oposição e os embargos de terceiro.

A reconvenção, disciplinada no artigo 315 do Código de Processo Civil, é a ação do réu contra o autor, movida dentro da demanda já instaurada. A reconvenção pressupõe a conexão de causas, ou seja, mesmo objeto ou mesma causa de pedir. Ao invés de se instaurar uma nova ação, tem o réu a faculdade de propor a reconvenção, junto ao mesmo processo em que está sendo demandado, e que será examinada na mesma sentença em que o juiz analisará o pleito principal.

A ação declaratória incidental, que teve origem na França, foi introduzida no ordenamento positivo brasileiro pelo artigo 5º do vigente Código de Processo Civil. Ela tem por escopo a solução de questões prévias que surgirem no curso do processo, necessárias para o deslinde da controvérsia.

Determinadas questões prévias surgem normalmente no desenrolar do processo e são decididas pelo juízo. No entanto, como se trata de resolução de mera questão antecedente, a decisão, no particular, não estará acobertada pela autoridade da coisa julgada, de acordo com o previsto no artigo 469, III, do Código de Processo Civil. A grande vantagem de se propor a ação declaratória incidental é que a questão prejudicial suscitada, uma vez resolvida, não pode mais ser discutida. Diferentemente da hipótese anterior, na qual a prejudicial não foi destacada por meio da demanda incidental, opera-se a preclusão máxima, imperando-se a autoridade da coisa julgada, tal como consta do artigo 470 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, as ações de garantia, incidentais, que estão inseridas na denunciação da lide,¹⁸⁵ consistem na propositura antecipada e condicionada de uma demanda condenatória, de regresso, do denunciante em face do denunciado, a ser decidida na mesma sentença que julgar a ação

¹⁸⁵ GRECO FILHO, *Direito Processual Civil*. p. 211. v. 1.

preexistente.¹⁸⁶

4.7 FORO DE ELEIÇÃO

A lei – Constituições Federal e Estaduais, Código de Processo Civil e Leis de Organização Judiciárias – estabelece as normas sobre competência, que possam solucionar de modo mais eficaz o conflito intersubjetivo submetido ao Estado-juiz. Não obstante isso, permitiu o legislador que as partes escolhessem o foro para que eventuais “pendengas” surgidas em decorrência do negócio jurídico fossem resolvidas em determinado local.

O artigo 111 do Código de Processo Civil estabeleceu que a competência em razão do território e em razão do valor pode ser alterada por convenção das partes. Embora nada constasse no ordenamento anterior, entendia-se possível a convenção das partes, mormente por força do artigo 42 do Código Civil, que permitia a inclusão, em contratos escritos, de cláusula de escolha de foro.

¹⁸⁶ GONÇALVES. *Denúnciação da Lide*, p. 163-164.

De acordo com o § 1º do mencionado dispositivo legal, o acordo deve ser feito por escrito e aludir expressamente a um certo negócio jurídico. Isso para evitar que as partes pactuem, sem se referir a determinado negócio, que qualquer demanda que surgir entre elas deva ser decidida em um foro certo. A cláusula só é oponível, desta forma, se inserida no próprio contrato que está sendo descumprido.

THEODORO JR.¹⁸⁷ faz duas observações importantes a propósito do assunto. A primeira, no sentido de que a eleição é objetiva e, não, subjetiva, ou seja, a convenção se refere ao foro e nunca a um juiz ou a uma vara que integre a comarca ou a seção judiciária. A segunda, que o foro de eleição é um privilégio e, não, um ônus para a parte, sendo possível então ao autor da ação abrir mão do privilégio e optar pelo foro comum, do domicílio do réu, que poderia até mesmo trazer vantagens para o demandado.

A grande discussão que se tem hoje a respeito do foro de eleição concerne à análise de sua validade. Partes economicamente mais fortes fazem inserir em contratos de adesão a cláusula específica, sem que possa o outro contratante debater sobre a inviabilidade de ser demandado fora do seu domicílio, e depois utilizam-na, inclusive fazendo vista grossa ao sagrado direito de defesa.

¹⁸⁷ THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 186. v. I.

Como se viu ao tratar da declaração *ex officio* da incompetência relativa, a jurisprudência tem feito um equacionamento no ponto. O prejuízo à defesa com o conseqüente favorecimento do mais forte em relação ao mais fraco são suficientes para desconsiderar-se o foro de eleição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO

Nos primórdios, quando civilização não havia, vigorava o regime da justiça privada, cada um defendendo, com suas próprias mãos, aquilo que achava ser seu direito. Imperava a lei do mais forte. Por meio da força eram anulados os direitos do mais fraco.

Instituída estava assim a justiça privada, sem sombra de dúvidas imperfeita e causadora de maiores conflitos, que se fez presente até quando o Estado, então frágil, limitava-se a definir os direitos, sem instituir qualquer meio para que o súdito reclamasse do atentado perpetrado contra sua pessoa ou seus bens.

Do primitivo rito da religião doméstica, quando a vingança de sangue era necessária para o repouso da alma da vítima, às mais antigas leis hoje conhecidas, as da Cidade-Reino de *Eshunna*, o Estado foi-se organizando juridicamente e chamando para si o direito de repressão dos atos repudiados pela sociedade.¹⁸⁸

¹⁸⁸ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. p. 52-53.

Com o fortalecimento do Estado, aos poucos foi desaparecendo a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, e institucionalizando-se a chamada justiça pública, pela qual o próprio poder estatal, como garantia do Estado de Direito, assumiria a responsabilidade de distribuir justiça, pacificando os conflitos.

O Estado moderno, então, repudiou as bases da filosofia política bilateral para se tornar a “providência de seu povo”, no sentido de assumir para si algumas funções essenciais ligadas à vida e ao desenvolvimento do progresso da Nação. Desta forma, próprio é dizer que o Estado passou, então, a buscar o bem comum e, no tocante à jurisdição estatal, procurou pacificar com justiça.¹⁸⁹ E tal pacificação se faz pela jurisdição, aplicando-se a norma jurídica a cada caso concreto, resolvendo a discórdia então existente.

A jurisdição, portanto, organiza-se para a proteção de direitos contra o ilícito, entendendo-se como tal a inobservância da conduta normativamente valorada como devida, cuja ocorrência na prática, em se admitindo a liberdade do reino humano, não estará fora do possível.¹⁹⁰ Ela é, ao

¹⁸⁹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 37.

¹⁹⁰ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 65.

mesmo tempo, poder, função e atividade do Estado. Poder, como parcela da força do Estado de decidir e impor suas decisões. Função, por expressar o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos, por meio do processo. E atividade, por ser o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe confere.¹⁹¹

Por outro lado, é por meio do processo, entendido amplamente como o mecanismo adotado pelo ente estatal para a apreciação de qualquer alegação de ilícito, que a jurisdição se opera. E o processo, como instrumento para a atuação do direito material, tem natureza jurídica que espelha um procedimento em contraditório entre as partes, tendo estas direito de efetiva participação, em simétrica paridade, visando a atingir o provimento, que será, então, legal e justo, na concepção da doutrina mais moderna.

Todavia, impossível o exercício da atividade jurisdicional por um único órgão, embora fosse o ideal, sobretudo pela possibilidade de decisões mais homogêneas. Assim, em razão das inúmeras e mais variadas demandas proponíveis em juízo, fez-se necessário o desenvolvimento de alguns critérios para distribuição das causas, com vistas a uma melhor aplicação da justiça.

¹⁹¹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. p. 125.

Apesar de os juizes serem investidos de jurisdição e desempenharem, portanto, atividade jurisdicional, não o fazem plenamente, uma vez que sofrem limitação no exercício da jurisdição por meio de critérios estabelecidos pela norma, seja constitucional seja infraconstitucional. Surge, destarte, a competência, correspondente à quantidade de jurisdição atribuída ao juízo, conforme regras ditadas pelo legislador. A distribuição da função jurisdicional entre órgãos do poder Judiciário, por outro lado, atende à conveniência da própria administração da justiça ou, às vezes, ao interesse e à comodidade das partes ou ainda ao exclusivo interesse do Estado, para maior efetividade dessa função. E é dito interesse público que prevalece na distribuição da competência em razão da pessoa e em razão da matéria e também quando se tem em discussão o critério funcional. Em razão desse interesse, a lei não tolera intervenção das partes visando à modificação dos parâmetros então estabelecidos, como se verifica na competência absoluta, imodificável.

Por outro lado, inexistente interesse público dominante, apesar de prever a lei um critério específico para se apurar a competência, têm as partes a possibilidade de alterar o que vinha definido – distribuição territorial de competência – na denominada competência relativa.

Afora a possibilidade de modificação de competência por vontade das partes, a legislação processual traz em seu bojo casos outros em que isso é

possível, diante sobretudo da conexão de causas. O juiz que seria competente para julgar uma causa, passa a ser competente para análise e decisão também da outra, relacionada com a primeira.

A incompetência absoluta deve ser reconhecida pelo juiz, ainda que a parte nada alegue a respeito. Já a incompetência relativa demanda dedução pela parte, não podendo ser declarada de ofício pelo juiz, porque estaria o órgão julgador interferindo na livre vontade das partes e na intenção do legislador. Essa vontade sofre, no entanto, limitações. Se o foro de eleição estipulado no contrato dificulta o direito de defesa, está-se diante de hipótese de competência absoluta, em razão da norma constitucional que prevê o direito de ampla defesa e do contraditório, autorizando o reconhecimento da incompetência sem provocação das partes.

Embora a lei discipline as regras de competência, ela admite uma alteração do critério, para que duas demandas sejam reunidas para julgamento. Tem-se então o instituto da modificação de competência, que ocorre nos casos de competência relativa e se dá pela conexão, continência, acessoriedade, prejudicialidade, ações incidentais e foro de eleição.

A reunião de ações, que é facultativa, objetiva evitar decisões conflitantes. Se o escopo é prevenir julgamentos contraditórios, a decisão em uma

das causas impede a pretendida reunião. Por outro lado, não-julgadas as ações, torna-se necessário averiguar qual será o juízo competente para processá-las e decidi-las. O juízo competente será aquele juízo da causa em que se efetivou a primeira citação válida; em se tratando de demandas que correm perante juízos de mesma competência territorial, será competente, porém, o que despachou em primeiro lugar.

Em síntese, o Código de Processo Civil elenca os fatos e atos que modificam a competência do juízo. Conquanto a competência se altere por várias razões, o fundamento principal e único é a conexão. Sendo comum em duas ou mais demandas o objeto ou a causa de pedir, já estão configurados os elementos objetivos necessários para a modificação da competência originariamente prevista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984. 312p. (Tese, Doutorado em Direito).
2. ALONSO, José Manuel Chozas. *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*. Granada: Comares, 1995. 271p.
3. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 549p. v. 1.
4. _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 745p. v. 2.
5. _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 561p. v. 1.
6. _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 875p. v. 2.
7. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 323p.
8. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990. 231p.
9. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 476p. v. II.
10. _____. Conexão e "Tríplice Identidade". *Revista Ajuris*. Porto Alegre, ano 10, v. 28, p. 72-80, julho 1983.
11. ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. 430p.
12. ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 272p.

13. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: O Devido Processo Legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, v. 23-25, n. 23-25, p. 59-103, 1980-1982.
14. _____. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.
15. _____. Teoria Geral das Constituições Escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 60-61, p. 25-98, jan./jul. 1985.
16. _____. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.
17. BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, v. 33, p. 87-106, 1991.
18. BERMUDEZ, Sérgio. Prevenção da Competência das Ações Conexas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, ano 3, v. 9, p. 83-92, jan./mar. 1977.
19. BÜLLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964. 313p.
20. BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito à Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 84p.
21. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 679p.
22. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. 367p. v. II.
23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.
24. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.414p.
25. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. 142p.

26. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 168p.
27. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 321p.
28. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Promotor Natural. Atribuição e Conflito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 266p.
29. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. 612p. v. I.
30. _____. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. Alcalá-Zamora y Castillo e Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. 733p. v. II.
31. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 417p.
32. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, 519p. v. 1.
33. _____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922. 751p. t. I.
34. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel *Teoria Geral do Processo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 358p.
35. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. 357p. v. I.
36. COSTA, José Rubens. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. 331p. v. I.
37. CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 350p.
38. CUNHA, Fernando Whitaker da. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. 506p.

39. DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 83, v. 297, p. 406-410, jan./mar. 1987.
40. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 894p. v. II.
41. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975. 226p.
42. _____. *Execução Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 585p.
43. _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. 495p: Declaração *ex officio* da incompetência relativa, p. 370-377.
44. _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341p.
45. FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 756p. v. I.
46. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996. 739p.
47. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. 339p.
48. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *A Competência nos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 109p.
49. FIGUEROA, Carlos Cortes. *En Torno a Teoría General del Proceso*. 3.ed. Cidade do México, Cardenas, 1994. 399p.
50. FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 230p.
51. FRAGOSO, Marília. Competência, Prevenção e Conexidade. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, ano 11, v. 1 e 2, p. 173-178, 1982.
52. FROCHAM, Manuel Ibañez. *La Jurisdicción*. Buenos Aires: Astrea, 1972. 280p.

53. GALUPPO, Marcelo Campos. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo. *Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, 1995. p. 7-28.
54. GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 331, p. 65-73, jul./set. 1995.
55. _____. Justiça do Trabalho: competência (alguns aspectos). *Boletim de jurisprudência e doutrina do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 85-97, abr./jun. 1992.
56. _____. *Denúnciação da Lide*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 347p.
57. _____. Direito Judiciário do Trabalho: organização judiciária; instância única; competência material e processual. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 25, n. 48, p. 33-53, jan./jun. 1992.
58. _____. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. 141p.
59. _____. O Processo como Técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2, p. 27-41, jul./dez. 1991.
60. _____. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 220p.
61. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 260p. v. I.
62. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 451p.
63. _____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 8, v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.
64. GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 445p.
65. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 273p. v. VIII, t. I.
66. LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 861p.

67. LAMARCA, Antonio. *O Livro da Competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 508p.
68. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 319p. v. I.
69. LIMA, Alcides de Mendonça. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. 332p.
70. LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. 539p.
71. MACIEL, Adhemar Ferreira. Um pouco de Antígona e de direito natural. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 37-38, out./dez. 1996.
72. _____. Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional. *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*. Brasília, v. 1, p. 133-139, dezembro 1993.
73. MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G. Giappichelli, 1975. 264p. v. I.
74. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000. 512p. v. I.
75. MAZZILLI, Hugro Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 500p.
76. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A Conexão no Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 67, v. 516, outubro 1978.
77. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 624p.
78. _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 382p.
79. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998. 157p.
80. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Competência - Distribuição por Dependência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 5, v. 19, jul./set. 1980.

81. MIRANDA, Jorge. *Constituições Políticas de Diversos Países*. Brasília: Imprensa Nacional, 1975.
82. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 497p. t. I.
83. _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 504p. t. II.
84. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, ano 22, v. 64, p. 149-161, julho 1995.
85. _____. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, ano 22, v. 65, p. 92-108, novembro 1995.
86. _____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 343p.
87. _____. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, ano 21, v. 62, p. 173-189, novembro 1994.
88. _____. Prevenção de Competência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 2, v. 7-8, jul./dez. 1977.
89. _____. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. 270p.
90. _____. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. 329p.
91. _____. *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. 255p: Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?, p. 63-76.
92. NEVES, Celso. Notas a propósito da conexão de causas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 9, v. 36, p. 34-42, out./dez. 1984.
93. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma Justificação Democrática do Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1999. 213p. (Tese, Doutorado em Direito).

94. OLIVEIRA, Márcio Luís. A ampliação do conceito de cidadania por meio da efetiva tutela jurisdicional como fundamento do Estado Democrático de Direito. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 259-292, 1996/1997.
95. OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 120p.
96. PAIXÃO JR., Manuel Galdino da. *As Três Figuras Básicas da Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1999. 194p. (Tese, Doutorado em Direito).
97. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 381p.
98. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-51.
99. ROCHA, José de Moura. A competência e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 1, v. 4, p. 38-67, out./dez. 1976.
100. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 671p.
101. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 377p. v. 1.
102. SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de Funções e o Juiz Natural. Trad. Nelson Nery Júnior. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 12, v. 48, p. 124-131, out./dez. 1987.
103. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 461p. v. I.
104. _____. *Jurisdição e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 229p.
105. SIMÓ, Francisco López. *La jurisdicción por razón de la materia*. Madrid: Trivium, 1991. 300p.
106. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. 391p.

107. _____. *Inovações e Estudos do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. 132p.
108. _____ (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 326p.
109. TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. 198p.
110. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 713p. v. I.
111. _____. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987. 285p.
112. _____. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 310, abr./jun. 1990.
113. _____. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar./abr. 1992
114. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. 479p. v. I.
115. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 254p.
116. TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. 281p
117. TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288p
118. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. 163p.