PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ("DUE PROCESS OF LAW")

De acordo com esse princípio, previsto no art.5º, LIV, da CF, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

É, pois, o princípio que consagra a proibição de se fazer justiça com as próprias mãos.

O princípio do devido processo legal também é aplicado fora do âmbito processual. Com efeito, nas relações jurídicas entre particulares impõe-se também limites para se evitar o abuso do poder econômico. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O art. 57 do CC, por exemplo, prevê que: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PROCESSUAL

O princípio da legalidade processual é o que determina que somente a lei pode elaborar as normas processuais, sendo vedado ao magistrado impor regras não previstas em lei.

De acordo com o art.22, I, da CF, compete privativamente à União legislar sobre direito processual. A lei complementar, no entanto, poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de direito processual, conforme parágrafo único do citado art.22.

Quanto ao procedimento em matéria processual, a competência para legislar sobre o assunto é tanto da União quanto dos Estados ou Distrito Federal, de forma concorrente (art.24, XI, da CF).

PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO

Dispõe o art. 11, caput do CPC:

"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Consagra-se, no dispositivo em análise, dois princípios:

a) publicidade: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. Assim, qualquer pessoa, independentemente de interesse na causa, tem o direito de assistir ao julgamento, bem como ter acesso ao conteúdo das decisões judiciais. De acordo com o art. 93, IX, da CF o segredo de justiça só pode ser imposto por lei em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação. O art.5º, LX, da CF, estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse público o exigirem. Note-se que a lei não pode suprimir a publicidade, mas sim restringi-la. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público (parágrafo único do art.11), mas o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação, vedando-se-lhe, no entanto, a consulta aos autos, que é restrita às partes e aos seus procuradores (§§ 1º e 2º do art. 189). Quanto ao processo arbitral, pode ser sigiloso em relação à terceiros. Em contrapartida, o art. 190 do CPC, que consagra o negócio jurídico processual, que permite às partes, de comum acordo, estipular mudanças no procedimento, não autoriza a imposição do segredo de justiça. Caso elas queiram um processo sigiloso fora das hipóteses previstas em lei, o único caminho será a arbitragem.

b) motivação: todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Isso também consta no citado art. 93, IX, da CF. A propósito, dispõe a súmula 123 do STJ: "a decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais". O §1º do art.489 arrola uma série de decisões que não se consideram fundamentadas, mas o assunto será abordado no estudo sobre a sentença.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Trata-se simultaneamente de um princípio administrativo e de um princípio processual. Com efeito, está relacionado à Administração Judiciária, isto é, aos órgãos administrativos componentes desse Poder e, nesse aspecto, é uma norma de direito administrativo, que não interessa à ciência processual, competindo ao CNJ fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário. Mas, por outro lado, o referido princípio também guarda estreita ligação com o processo jurisdicional, aqui sim o estudo é pertinente aos processualistas, à medida que impõe ao juiz, na sua função de gestor de determinado processo, o dever de conduzi-lo da forma mais eficiente possível.

O princípio da eficiência processual está ligado à forma de gestão do processo pelo juiz. É, pois, um princípio dirigido ao Poder Judiciário.

Este princípio, em seu aspecto processual, consiste no empreendimento de esforços para se obter o máximo do fim visado, empregando o mínimo de tempo e praticando o menor número possível de atos processuais. Noutras palavras, busca-se, através do processo, obter, em tempo razoável, a solução integral do mérito, bem como a atividade satisfativa.

O princípio da eficiência processual consiste em:

a) solução integral do mérito e da atividade satisfativa;

b) duração razoável do processo. Com efeito, o art. 5º, LXXVIII, da CF, dispõe que: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". É claro que esta norma também se aplica à fase de execução.

A lei não prevê um prazo máximo para a conclusão do processo, salvo em três hipóteses. Primeira, quando se trata de ação para perda de mandato eletivo. Com efeito, dispõe o art. 97-A da lei 9.504/97: "Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral".

Segunda, a ação de adoção deve ser concluída no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (§10º do art. 47 do ECA, incluído pela lei 13.509/2017).

Terceira, o inventário deve ser concluído em 12 (doze) meses, mas o juiz, por motivo justo, pode dilatar este prazo, de ofício ou a requerimento da parte (§2º do art. 610 do CPC).

A Constituição impõe a razoável duração do processo e não propriamente a celeridade, não existe o princípio da celeridade processual. A razoável duração do processo depende da complexidade da causa, do comportamento das partes e de seus procuradores e, sobretudo, da atuação do juiz. Para combater a morosidade processual, há alguns mecanismos processuais: representação ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz que injustificadamente exceder os prazos (art. 235), vedação de promoção do magistrado que retiver injustificadamente autos em seu poder além do prazo legal (art.93, II, e, da CF), ação de indenização contra o Estado quando o excesso de prazo causar prejuízo à parte, etc.

a) economia processual. É a prática do menor número possível de atos processuais.

Às vezes o processo é efetivo, pois através dele o direito foi reconhecido. Todavia, processo efetivo nem sempre é processo eficiente. Se, por exemplo, houve demora excessiva ou custos desnecessários, o processo, conquanto efetivo, revelou-se ineficiente.

Vê-se assim que o princípio da economia processual, que consiste no fato de se extrair do processo o máximo de proveito com o mínimo de atos processuais, modernamente passou a ser designado princípio da eficiência.

A troca da nomenclatura é inspirada no art. 37 da CF e também no art.1º do CPC que, de forma expressa, optaram pela nova terminologia que, de fato, confere uma visão mais ampla daquilo que se tem em mira, ou seja, o juiz é o administrador do processo e, como todo e qualquer gestor, deve agir com eficiência. A rigor, a economia processual é apenas um dos aspectos do princípio da eficiência.

PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO MÉRITO

Este princípio consagra a prioridade que o juiz deve dar ao julgamento do mérito (arts. 4º e 6º). Assim, o juiz sempre que possível, deve determinar às partes o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais, a fim de se viabilizar o julgamento do mérito (art. 139, IX). O art.282, §2º, acrescenta que: "quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta".

O art. 317 também reforça esse princípio ao estatuir que: "antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício".

Igualmente, o art.321 salienta que: "o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado".

No âmbito recursal, o princípio acima é consagrado pelo parágrafo único do art. 932, segundo o qual antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Por fim, no recurso extraordinário e no recurso especial, o §3º do art. 1.029 reza que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA

Dispõe o art. 5º do CPC:

"Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

Trata-se da boa-fé objetiva, que alberga deveres implícitos ou anexos, que se estende a todos os sujeitos processuais. Assim, além dos deveres previstos expressamente na lei, os sujeitos processuais, e não apenas as partes, devem também cumprir os deveres implícitos, baseados na lealdade e confiança.

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO OU COLABORAÇÃO

Dispõe o art. 6º do CPC:

"Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Esta cooperação, que é dever de todos os sujeitos processuais, e não apenas das partes, deve mostrar-se presente do começo ao fim do processo. Exemplo: dever de identificar as questões, de fato e de direito, que serão objeto de instrução probatória.

Os juízes, auxiliares da justiça, Ministério Público e terceiros intervenientes também tem esse dever de cooperação.

Impõe-se assim ao juiz, como decorrência do princípio da cooperação, uma série de deveres, explícitos e implícitos, que o levam a dialogar diretamente com as partes. São eles:

a) Dever de esclarecimento: o juiz, para inteirar-se sobre o conteúdo das manifestações das partes, pode determinar que elas prestem os esclarecimentos necessários à perfeita compreensão dessas manifestações. É o que se denomina de embargos de declaração às avessas.

b) Dever de consulta: é o de ouvir as partes antes de decidir, ainda que se trate de questão de ordem pública. Este dever, aliás, encontra-se expresso no art. 10, segundo o qual "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Evita-se, destarte, que o juiz tome decisões precipitadas e muitas vezes equivocadas, mas, acima de tudo, combate-se as chamadas "decisões surpresa".

PRINCÍPIO DA PARIDADE DO TRATAMENTO OU DA ISONOMIA E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Dispõe o art. 7º do CPC:

"É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".

O dispositivo em apreço contém dois princípios:

a) isonomia ou paridade de tratamento: é a igualdade, que deve reinar entre partes, no processo civil, tanto nos direitos quanto nos deveres, ônus e sanções. A desigualdade às vezes é permitida justamente para igualar as partes. Um dos aspectos do princípio da isonomia é o tratamento desigual aos desiguais, mirando exatamente igualá-los. O tratamento diferenciado será, pois, legítimo em duas situações: 1ª) quando houver um nexo de compatibilidade lógico entre o fato discriminado pela norma e a razão jurídica da discriminação; 2ª) quando a discriminação emanar de norma constitucional. Exemplos: o juiz deve nomear curador ao incapaz (art.72 do CPC), os entes públicos têm prazo processual em dobro (art. 183), ações movidas por idoso, crianças, adolescentes e deficientes têm prioridade de tramitação, bem como as ações que envolvem violência doméstica familiar contra a mulher (art. 1.048 do CPC), etc.

b) contraditório: é a ciência que uma parte deve ter dos atos praticados pela outra, bem como o direito que a parte tem de manifestar-se sobre os atos da outra parte antes do juiz decidir. São pois dois os aspectos do princípio do contraditório: ciência dos atos da outra parte e poder de manifestação para influir no convencimento do juiz. Este segundo aspecto, que é o poder de argumentação, denomina-se ampla defesa. Portanto, o princípio da ampla defesa nada mais é que uma das faces do princípio do contraditório. A ampla defesa é também chamada de dimensão substancial do princípio do contraditório. Não há, de fato, razão para separar a ampla defesa do contraditório, pois o direito de defesa se realiza no contraditório, sendo um dos seus aspectos.

O art. 9º ainda acrescenta que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Evita-se, destarte, as chamadas "decisões-surpresas". Por consequência, o CPC 2.015 exige o contraditório também em relação às decisões que o juiz pretende tomar de

ofício. Com efeito, de acordo com o art. 10, "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Portanto, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, impõe-se ao juiz, antes de decidir, a observância do princípio do contraditório. Exemplos: antes de declarar de ofício uma lei inconstitucional, o juiz deverá ouvir a parte prejudicada; o juiz não pode aplicar a pena de litigância de má-fé sem ouvir a parte que será condenada.

Assim, o brocardo "mihi factum dabo tibi ius" (dá-me os fatos, que eu te darei o direito), modernamente, não pode ser tomado ao pé da letra, pois em relação às questões não suscitadas pelas partes, o juiz, antes de decidir de ofício, deve ouvi-las, evita-se, destarte, as decisões-surpresa. Aliás, são nulas as decisões-surpresa.

PRINCÍPIO DA ORDEM CRONOLÓGICA DAS SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

De acordo com esse princípio, os juízes e os tribunais deverão obedecer, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art.12, caput).

APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM"

As normas processuais serão aplicadas imediatamente aos processos em curso. Trata-se do princípio "tempus regit actum", que ordena a aplicação da norma vigente ao tempo da prática do ato processual.

Este princípio, consagrado nos arts. 14 e 1.046 do CPC, contém as seguintes exceções:

a) as normas sobre os procedimentos sumário e especiais que foram revogadas, previstas no CPC anterior, continuam sendo aplicadas às ações iniciadas antes da vigência do CPC 2.015 (§1º do art. 1.046).

b) as normas sobre provas, previstas no CPC 2.015, não se aplicam às provas requeridas ou determinadas de ofício na vigência do CPC anterior (art. 1.047).

c) a norma que estende a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais decididas na fundamentação da sentença, prevista no §1º do art. 503, não se aplica aos processos iniciados antes da vigência do CPC 2.015 (art. 1.054).

PRINCÍPIO DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

De acordo com esse princípio, as normas processuais não retroagirão, respeitando-se, destarte, os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14). Noutras palavras, são válidos os atos processuais praticados de acordo com a lei antiga, pois a nova lei não pode retroagir para atingi-los.

Trata-se, a rigor, do princípio da segurança das relações jurídicas, consagradas no art. 5º, XXXVI, da CF: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Assim, o prazo iniciado na vigência do CPC anterior será regido por esse diploma normativo. A Fazenda Pública, por exemplo, tinha prazo em quádruplo para contestar e, no CPC 2.015, o prazo é em dobro. Ao entrar em vigor o CPC 2.015, os prazos iniciados antes da sua vigência continuarão sendo em quádruplo, pois a nova lei não pode retroagir para atingir o direito adquirido. Outro exemplo: o CPC 2.015 não prevê o recurso de embargos infringentes, mas publicado o acórdão

antes da sua vigência, a parte poderá ainda interpor o referido recurso, ainda que durante o prazo recursal entre em vigor a nova lei.

JURISDIÇÃO

Jurisdição é a atividade do Estado tendente à composição de conflitos de interesses.

Há ainda outros mecanismos de solução da lide, que são: autocomposição, arbitragem, autotutela e tribunais administrativos.

OUTROS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O Estado coloca à disposição dos particulares os seguintes instrumentos de solução dos litígios:

a) a autocomposição. É a solução amigável da lide, obtida através do consenso entre as partes ou da vontade unilateral de uma delas. Um dos requisitos da petição inicial é a indicação da opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (art.319, VII). Transação, renúncia e submissão são espécies de autocomposição. A autocomposição só é possível se o direito for disponível e as partes capazes, mas a renúncia em algumas hipóteses pode recair sobre direitos extrapatrimoniais, como é o caso da renúncia ao nome na ação de divórcio. Uma vez homologada judicialmente, a transação, renúncia e submissão (reconhecimento do pedido) serão títulos executivos judiciais (art. 515, III, do CPC). Se for apenas referendada pelo Ministério Público, defensoria pública ou advogado das partes, serão títulos executivos extrajudiciais (art. 784, IV, do CPC). A autocomposição pode ser revista pelo poder judiciário, mas apenas no aspecto formal da legalidade extrínseca, isto é, quanto aos seus requisitos de validade.

- transação é o acordo entre as partes para extinguir ou prevenir obrigações controversas, mediante concessões recíprocas. Ambas as partes perdem e ganham, pois há concessões recíprocas.
- renúncia, por sua vez, é o ato unilateral pelo qual a parte abdica do direito, de modo que apenas ela sai perdendo, se sacrifica.
- submissão é o fato de a parte se submeter à pretensão da outra parte, ainda que a ela pudesse resistir legitimamente, como na hipótese de concordar em efetuar o pagamento de uma dívida duvidosa. A submissão operada em juízo recebe o nome de reconhecimento do pedido.
- a transação, renúncia e submissão podem ser extrajudiciais ou judiciais, nessa última hipótese a sentença é de mérito, faz coisa julgada material, nos termos do artigo 487, III, do CPC. Igualmente, a extrajudicial, desde que homologada judicialmente.
- a transação, renúncia e submissão podem também ser obtidas mediante conciliação ou mediação. O conciliador atua nas causas em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio. O mediador atua nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, sua atividade consistirá em auxiliá-las no restabelecimento da comunicação para que elas próprias busquem uma solução consensual para o litígio.

b) o juízo arbitral ou arbitragem. Ocorre quando as partes submetem o litígio ao julgamento por pessoas não integrantes do Poder Judiciário (Lei 9.307/96). Só é possível se presentes três requisitos: partes maiores e capazes, direito patrimonial disponível e ajuste prévio (convenção de arbitragem). A convenção de arbitragem pode se expressar em cláusula compromissória e compromisso arbitral. A primeira nada mais é que a previsão contratual no sentido que o eventual

conflito de interesses deverá ser solucionado por arbitragem. O segundo é o acordo entre as partes que cria a arbitragem para o caso concreto, mediante escolha do árbitro e do critério de julgamento. Cumpre não confundir arbitragem com mediação. O árbitro impõe sua decisão no caso concreto. O mediador limita-se a conciliar as partes, a fazer com que elas imponham a respectiva vontade. A sentença arbitral é título executivo judicial, conforme art.515, VII, e não precisa ser homologada judicialmente, e faz coisa julgada material, sendo vedado ao poder judiciário revê-la no mérito, limitando-se a analisá-la em seus requisitos formais, podendo anulá-la e não modificá-la. Há quem chame arbitragem de jurisdição privada em contraposição à jurisdição estatal.

c) a autotutela. É a defesa dos direitos pelas próprias mãos das partes. Só é possível em casos excepcionais previstos expressamente em lei. Exemplos: apreensão do objeto sujeito ao penhor legal (arts. 1467 a 1472 do CC); legítima defesa (art. 188, inc. I do CC), autoexecutoriedade dos atos administrativos. A solução do conflito pela autotutela pode ser revista totalmente pelo poder judiciário, que punirá os eventuais excessos. A autotutela exercida fora das hipóteses legais é crime de exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345 do CP). A autotutela pode ser revista integralmente pelo Poder Judiciário.

d) Tribunais administrativos. São órgãos do poder executivo que teoricamente decidem com imparcialidade determinadas lides. Exemplos: CADE, Conselho Nacional de Contribuintes, Tribunal de Impostos e Taxas, etc. Referidas decisões não se submetem à coisa julgada material, podem ser revistas integralmente, inclusive no mérito, pelo poder judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CF.

PRINCÍPIOS

A jurisdição é regida pelos seguintes princípios:

a) <u>Princípio dispositivo ou da inércia</u>: este princípio tem dois aspectos. O primeiro é que a atividade jurisdicional é provocada. O juiz não pode proceder de ofício, salvo no cumprimento de sentença, que o juiz de ofício determina o início do procedimento, nos termos do art. 536 e 538 do CPC, quando o objeto for a entrega de coisa ou então fazer ou não fazer alguma coisa, mas quando se tratar de obrigação de pagar quantia certa, é mister o requerimento da parte (§1º do art. 513 do CPC). O princípio da inércia da jurisdição impede o juiz de iniciar o processo, mas uma vez iniciado vigora o princípio inquisitivo ou do impulso oficial (art. 2º do CPC), salvo quanto a alguns atos que dependem da iniciativa da parte, como é o caso da citação, cujas custas devem ser recolhidas pelo autor, sob pena de extinção do processo. O segundo aspecto do princípio da inércia é que o juiz não pode conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (art.141 do CPC), salvo quando se tratar de questões de ordem pública.

b) <u>Princípio da indeclinabilidade</u>: o juiz não pode recusar-se a decidir alegando que a lei não regula o fato. O parágrafo único do art.160 autoriza o juiz a decidir por equidade nos casos previstos em lei.

c) <u>Princípio da indelegabilidade</u>: o juiz não pode transferir suas funções jurisdicionais a outro órgão. No plano interno da estrutura do poder judiciário há algumas hipóteses de delegação. Exemplo: cartas de ordem (tribunal ordena que o juiz de primeiro grau realize determinado ato), outro exemplo: o STF pode delegar a execução dos seus julgados aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, nos termos do art. 102, I, m, da CF, mas essa delegação limita-se à realização de atos

materiais como a penhora e leilão, sendo vedada a delegação de poderes decisórios, caso haja embargos de terceiros a interposição deverá ser perante o primeiro grau, que foi o órgão jurisdicional responsável pela apreensão do bem. Mais um exemplo é a possibilidade de se criar órgãos especiais nos tribunais com mais de 25 membros para exercer as funções do Plenário. A carta precatória não é exceção ao referido princípio, pois o juízo deprecante não tem competência para praticar o ato na comarca do deprecado e só se delega aquilo que tem competência.

d) Princípio do juiz natural: a jurisdição só pode ser exercida pelo órgão previsto abstratamente na Constituição Federal, antes mesmo do surgimento do litígio. O princípio do juiz natural gera duas proibições: 1) tribunais de exceção: é o órgão jurisdicional criado após a prática do fato para julgamento de determinado litígio. A criação de varas especializadas, que atrai as ações em andamento, não é tribunal de exceção, pois a lei prevê previamente a possibilidade da criação dessas varas. 2) as partes não podem escolher o juízo, a vara. Se o processo for extinto sem resolução do mérito, a eventual repropositura da ação deverá ser na mesma vara, por força da prevenção (art. 286, III, do CPC). O STJ proíbe o litisconsórcio ativo facultativo ulterior, quando já se sabe quem é o juiz do processo, evitando que o litisconsorte ulterior de uma certa maneira escolha o magistrado.

e) Princípio da inevitabilidade: a jurisdição é uma expressão da soberania do Estado, que cria para as partes um estado sujeição, isto é, elas devem se submeter à jurisdição independentemente de querer ou não, sob pena de sofrer as consequências da revelia. Do lado do autor, a jurisdição é inevitável, pois caso não haja solução amigável, terá que valer-se dela para solucionar a lide. Do lado do réu, a jurisdição também é inevitável, posto que não poderá desvencilhar-se do processo, sob pena de revelia.

f) Princípio da inafastabilidade ou universalidade da jurisdição ou da garantia de acesso à justiça: nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Assim, toda e qualquer decisão administrativa pode ser revista judicialmente, pois não faz coisa julgada material. Para propor determinada ação não é preciso esgotar previamente as vias administrativas, salvo questões desportivas, por força do art. 217, §1º, da CF. Qualquer lei que impor o prévio exaurimento das vias administrativas como requisito à propositura da ação, será inconstitucional. A súmula 89 do STJ dispõe que a ação acidentária prescinde do exaurimento das vias administrativas, isto é, o autor pode mover ação de acidente de trabalho em face do INSS sem precisar esgotar os recursos administrativos. É, no entanto, necessário a recusa do INSS em conceder o benefício, caso contrário, não há lide, e, por consequência, falta o interesse de agir. A súmula 02 do STJ estabelece que não cabe habeas data se não houver recusa das informações por parte da autoridade administrativa. Esta questão está ligada à falta de interesse de agir, pois se a informação pode ser obtida pelas vias extrajudiciais não há interesse em propor ação de habeas data. Portanto a súmula nº 02 do STJ não é exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

g) Princípio da investidura: a jurisdição só pode ser exercida por magistrados legalmente investidos no cargo através de concurso público ou então pelo quinto constitucional. No STF e nos tribunais superiores a investidura segue outro critério, que é a nomeação pelo Presidente da República.

h) Princípio da territorialidade ou aderência ao território: a atuação da jurisdição só é legítima dentro dos limites da competência territorial. Todavia, a decisão jurisdicional aplica-se a

todo território nacional, pois a jurisdição é una. Em algumas hipóteses o magistrado exerce validamente a jurisdição fora dos limites de sua competência territorial, a saber: 1) a citação pelo correio, que é a regra, pode ser ordenada pelo magistrado em qualquer comarca do país (art. 247 do CPC); 2) a citação, notificação, intimação, penhora e quaisquer outros atos executivos por oficial de justiça podem ser feitas em comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situam na mesma região metropolitana (art. 255 do CPC); 3) se o imóvel se achar situado em mais de um Estado ou comarca, nas ações reais sobre imóvel, o foro competente é no local de quaisquer dos imóveis, fixando-se a competência por prevenção, estendendo a decisão do juiz prevento a todo o imóvel, inclusive sobre a parte do imóvel que se situa fora da comarca (art. 60 do CPC); 4) se a parte juntar a matrícula do imóvel, o juiz da execução pode determinar a penhora, esteja o imóvel situado em qualquer lugar do país, igualmente a penhora de veículos automotores, quando apresentada certidão que ateste a sua existência, nessas duas hipóteses a penhora será realizada por termo nos autos (art. 845, §1º, do CPC); 6) citação por meio eletrônico e a penhora on line também podem se realizar fora da comarca (art. 246, V e 854, do CPC).

i) <u>Princípio da vinculação do juiz ao pedido:</u> o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (art.141 do CPC). Trata-se de consequência do princípio da inércia da jurisdição. Quanto às objeções processuais, que são as matérias de ordem pública, o juiz as conhecerá de ofício.

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE JURISDIÇÃO

É possível a cláusula de eleição da jurisdição brasileira. Através desta cláusula, que pode ser expressa ou tácita, as partes, de comum acordo, se submetem à jurisdição nacional (art. 22, III). Outrossim, a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, salvo nos casos em que a lei só aceita a jurisdição brasileira (art. 25). De fato, nas hipóteses de jurisdição brasileira exclusiva, a cláusula atribuindo julgamento a órgão do exterior será nula.

A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro deve observar o art. 63, §1º a 4º. Por consequência, só é possível:

a) na competência em razão do valor e do território (caput do art. 63). Assim, nas ações que devem tramitar em vara de família ou registros públicos, isto é, que versam sobre competência em razão da matéria, não é possível a cláusula de exclusão da jurisdição brasileira;

b) deve constar por escrito e aludir expressamente ao negócio jurídico. Esta cláusula, em caso de morte, obrigará os herdeiros e os sucessores das partes (§2º e 3º do art. 63);

c) que se trate de contratos internacionais. Não se pode fixar esta cláusula nos contratos nacionais;

d) que não se trate dos casos em que a lei exige jurisdição brasileira exclusiva (art.23 do CPC).

Tanto a cláusula de eleição da jurisdição brasileira quanto a da sua exclusão sujeitam-se aos §§3º e 4º do art. 63 do CPC, ou seja, antes da citação, a cláusula de eleição de jurisdição, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro do domicílio do réu. Se o juiz não decretar a nulidade de ofício, o réu será citado, nesse caso, incumbe-lhe alegar a abusividade da cláusula de eleição de jurisdição na contestação, sob pena de preclusão.

JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Jurisdição contenciosa é a que visa solucionar a lide posta em juízo, isto é, o conflito de

interesses qualificado por uma pretensão resistida. Caracteriza-se pela presença de partes contrapostas ou antagônicas, lide real e provimento jurisdicional com força de coisa julgada.

Jurisdição voluntária ou graciosa é aquela cuja sentença é necessária para o aperfeiçoamento de determinados atos ou negócios jurídicos, embora não haja lide real. Exemplos: nomeação de tutor, declaração de ausência, divórcio consensual, etc. Para a corrente clássica caracteriza-se pela presença de interessados (e não partes contrapostas), ausência de lide e sentença sem força de coisa julgada material.

As características da jurisdição voluntária são as seguintes:

a) obrigatoriedade. Em regra, é uma ação necessária diante da proibição de solução extrajudicial. Mas há algumas hipóteses que se admite solução extrajudicial, como é o caso do divórcio consensual.

b) inquisitoriedade. O caráter inquisitivo tem dois aspectos. O primeiro é que o juiz pode instaurar de ofício alguns procedimentos de jurisdição voluntária. Exemplo: procedimento de herança jacente. Saliente-se, contudo, que, nesse aspecto, vigora, em regra, o princípio dispositivo, pois os procedimentos de jurisdição voluntária, normalmente, só podem ter início por provocação do interessado (art. 720). O segundo aspecto é que o juiz pode conhecer de ofício questões não suscitadas pelos interessados, decidindo inclusive contra os interesses deles. Por isso, entende-se que nos procedimentos de jurisdição voluntária prepondera o caráter inquisitivo.

c) possibilidade de decisão por equidade. São mais amplos os poderes do juiz neste procedimento, pois pode decidir de forma contrária aos interesses dos interessados. O juiz ainda pode decidir por equidade, adotando a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (parágrafo único do art. 723 do CPC), não estando assim preso aos limites da lei. Pode o juiz decidir contra a letra da lei, inspirado na equidade, fundamentadamente, optando por uma decisão mais conveniente e oportuna para as partes e o bem comum. Não prevalece a opinião de Vicente Greco Filho, segundo o qual, o juiz só poderia decidir por equidade nas hipóteses que a lei permitir mais de uma solução, pois o parágrafo único do art.723 estabelece que "o juiz não é obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna".

Quanto à intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária, só é obrigatória a sua intimação nas hipóteses do art.178, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias (art.721).

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

AUXÍLIO DIRETO

O auxílio direto é o instrumento de cooperação jurídica internacional cujo cumprimento é autorizado pela autoridade central, dispensando a aprovação do STJ.

Não se confunde com a carta rogatória, que é o instrumento de cooperação jurídica internacional que, antes da tomada das providências necessárias ao seu cumprimento, depende da aprovação do Estado juiz que, no Brasil, é o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, da CF).

Em matéria de cooperação internacional, o auxílio direto tornou-se a regra, só não sendo possível em duas hipóteses:

a) cumprimento de decisão interlocutória estrangeira. Nesse caso, é necessário a carta rogatória, cujo cumprimento depende do "exequatur" do STJ.

b) cumprimento de sentença estrangeira. Nesse caso, é necessário a homologação da referida

sentença pelo STJ para só depois cumpri-la.

Portanto, o pedido de cumprimento das demais medidas judiciais e extrajudiciais solicitadas pelo Estado estrangeiro ao Brasil será processado como auxílio direto. Exemplos: citações, intimações, colheita de provas, assistência jurídica internacional, etc.

O efeito, prático é que o auxílio direto, para ser cumprido, não passa pela análise do STJ, ao contrário do que ocorre com as cartas rogatórias.

Os pedidos de cooperação internacional que não envolvem decisões interlocutórias, ainda que denominados carta rogatória, serão devolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça ao Ministério da Justiça.

CARTA ROGATÓRIA

No Brasil, há distinção entre carta rogatória e auxílio direto. Ambos são meios de cooperação internacional que visam atender a solicitação de órgãos jurisdicionais de outros países.

No auxílio direto, o cumprimento da solicitação é ordenado pela autoridade central que, no Brasil, via de regra, é o Ministério da Justiça.

Na carta rogatória, o cumprimento da solicitação é ordenado pelo STJ (art. 105, I, i, CF).

O objeto do auxílio direto é qualquer solicitação que não seja decisão interlocutória. Exemplos: citação, intimação, informações, etc.

O objeto da carta rogatória é a decisão interlocutória, isto é, que resolve alguma questão sem extinguir o processo. Exemplo: decisão judicial que ordena o bloqueio de bens de uma pessoa.

PROCEDIMENTO DO EXEQUATUR DA CARTA ROGATÓRIA

Exequatur é o nome da decisão do STJ que manda cumprir a carta rogatória oriunda de outro país. Não é assim correto falar-se em homologação da carta rogatória e, sim, em exequatur.

O cumprimento da carta rogatória é perante o juiz federal, a requerimento da parte, após o exequatur do STJ.

Portanto, o STJ não cumpre a carta rogatória, apenas autoriza o seu cumprimento.

Adota-se no Brasil o chamado juízo de delibação, isto é, não se pode analisar o mérito da decisão, mas apenas os seus requisitos de validade, isto é, a legalidade formal ou extrínseca. Trata-se assim de um sistema contencioso limitado, pois não se pode discutir o mérito.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

A sentença estrangeira, para produzir efeitos no Brasil, precisa ser homologada pelo STJ, conforme art. 105, I, i, da CF e, para tanto, é preciso que a parte interessada proponha a ação de homologação de sentença estrangeira. É ainda possível a homologação parcial (§2º do art. 961 do CPC). Frise-se que sem a homologação a sentença estrangeira é ineficaz no Brasil.

A dispensa da homologação só é possível nas hipóteses previstas em lei ou em tratado.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO DIVÓRCIO CONSENSUAL

O divórcio consensual pode ser:

a) simples ou puro: quando não há disposição sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens:

b) qualificado: quando há disposição sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens:

Dispõe o § 5º do art. 961 do CPC:

"A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça".

A regra acima é válida apenas para o divórcio consensual simples, pois no divórcio consensual qualificado, a sentença estrangeira, para produzir efeitos no Brasil, precisará ser homologada pelo STJ.

No divórcio consensual simples, a sentença estrangeira, para ser eficaz no Brasil, não precisará ser homologada pelo STJ, mas apenas averbada no registro civil das pessoas naturais.

No divórcio consensual simples competirá a qualquer juiz examinar a nulidade dessa sentença, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência (§6º do art. 961). Assim, a dispensa da homologação não impede que a parte mova ação anulatória dessa sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou discuta a sua validade incidentalmente, isto é, no curso de alguma ação.

DA AÇÃO

CONCEITO DE AÇÃO

Ação é o direito de exigir do Estado-Juiz um provimento jurisdicional de mérito, favorável ou não.

ELEMENTOS DA AÇÃO

São elementos identificadores da ação: as partes (elemento subjetivo), o pedido ou objeto (elemento objetivo) e a causa de pedir (elemento causal). Através desses elementos é que se distingue uma ação da outra. A compreensão dessa matéria é fundamental no estudo da coisa julgada, litispendência, conexão e continência.

Cumpre examinar separadamente cada um dos elementos da ação.

PARTES

- **partes na demanda:** é o autor e o réu, isto é, parte é quem pede e contra quem se pede a tutela jurisdicional.
- **partes no processo:** é toda pessoa que, à exceção do juiz, atua no processo com direito ao contraditório. Exemplos: autor, réu, assistente e outros. Toda parte na demanda também é parte processual. Mas nem toda parte processual é parte na demanda.
- **partes materiais:** são os participantes da relação jurídica de direito material.

É possível ser parte no processo ou na demanda sem ser parte material. Exemplo: se a ação de cobrança é julgada improcedente, força convir que o autor não é parte material, mas é parte processual. Também é possível ser parte material sem ser parte na demanda ou no processo. Ocorre nas hipóteses de substituição processual, que o autor da ação defende em nome próprio interesse alheio, ele figura como parte no processo, mas não é parte material.

Exemplificando: João invade o imóvel que pertence a A e B. Só A move ação em face de Joao. Imagine ainda que a pessoa jurídica, contratada na época por A e B, incumbida de velar pelo imóvel para impedir invasões , ingressou no processo como assistente. Nesse caso, são :

1. Partes na demanda processual: A (autor) e João (réu).

2. Partes materiais: A, B e João.
3. Partes processuais: A, João e a pessoa jurídica.

Veja então que B é parte material, mas não é parte na demanda nem parte processual.

A pessoa jurídica é parte processual, mas não é parte na demanda nem parte material.

O MP quando move a ação de investigação de paternidade, como substituto processual, é parte na demanda (autor da ação) e parte processual, mas não é parte material.

PEDIDO

O pedido ou objeto da ação corresponde à lide, isto é, à matéria sobre a qual incidirá a sentença de mérito. Trata-se da pretensão formulada pelo autor perante a autoridade judiciária. O pedido estabelece a limitação objetiva da sentença, pois é vedado o julgamento *extra petita.* Assim, o juiz não pode julgar fora do pedido estampado na inicial, sendo vedado ao réu ampliar na contestação os limites do julgamento, devendo limitar-se à sua defesa. Caso queira formular pedido deverá mover ação autônoma ou então oferecer a reconvenção. Tratando-se, porém, de ações dúplices, como as ações possessórias, a ação renovatória de locação, etc., faculta-se ao réu formular pedido na contestação, ao invés de reconvir, ampliando, destarte, o âmbito do julgamento.

O pedido deve se expresso, certo e determinado. Excepcionalmente, admite-se pedidos implícitos. Cumpre mencionar que julgada procedente a ação de investigação de paternidade, o juiz condenará o réu a pagar alimentos, independentemente de pedido expresso na inicial, por força da Lei n. 8.560/92. Trata-se de um pedido implícito. Outros exemplos de pedidos implícitos são os juros de mora, correção monetária, verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios e *astreinte* (multa diária).

Em alguns casos admite-se pedido genérico. Com efeito, se o autor não tiver como individualizar o bem ou quantificá-lo o pedido pode ser genérico ou indeterminado. Exemplos: ações universais como é o caso da petição de herança, ação de indenização por ato ilícito cujos efeitos ainda não cessaram, ação de cobrança de comissões de contratos que estão em poder do réu, etc., nesses casos de pedido genérico a sentença será ilíquida.

Até a citação, o autor pode mudar unilateralmente o pedido, para aditá-lo ou alterá-lo, bem como a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu. Feita a citação, a modificação do pedido ou da causa de pedir só será possível mediante a anuência do réu. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo (art. 329).

O pedido pode ser imediato (aspecto processual) e mediato (aspecto material). O primeiro consiste no provimento jurisdicional solicitado, que pode ser de condenação, declaração, constituição, cautelar ou de execução. O segundo, diz respeito ao bem da vida pretendido pelo autor. Numa ação de cobrança de cem mil reais, por exemplo, o pedido imediato é a sentença condenatória; o mediato é o recebimento da importância devida.

CAUSA DE PEDIR OU CAUSA *PETENDI*

A causa de pedir corresponde aos fundamentos, de fato e de direito, narrados pelo autor na petição inicial. Diz respeito, portanto, aos motivos do pedido.

A causa de pedir subdivide-se em próxima e remota. A causa de pedir próxima compreende os fundamentos jurídicos do pedido, a causa de pedir remota abrange os fundamentos fáticos. Para Cândido Dinamarco é o inverso, os fundamentos fáticos são a causa de pedir próxima e os fundamentos jurídicos a causa de pedir remota.

O CPC adotou a teoria da substanciação, segundo a qual a causa de pedir deve conter as razões de fato e de direito, afastando-se da teoria da individualização, que exige apenas a descrição da fundamentação jurídica do pedido. Todavia, em matéria de ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, movida em face do INSS, adotou-se a teoria da individualização, podendo investigar-se outras causas além daquela descrita na petição inicial.

CONDIÇÕES DA AÇÃO

Condições da ação são os requisitos necessários para se obter uma decisão de mérito sobre a pretensão estampada na inicial. Para alguns autores, são os requisitos de existência do direito de ação. Se se entender que o direito constitucional de ação ou direito de demanda é incondicionado, temos que concluir, como faz Barbosa Moreira, que as condições da ação não são propriamente requisitos de existência e sim requisitos para o legítimo exercício do direito de ação. Por consequência, a falta de uma condição da ação gera a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VI). É o que se denomina carência de ação. A carência de ação pode ser decretada a qualquer tempo, mas nada obsta a propositura de nova ação, desde que o autor pague as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios (art. 92).

São duas as condições da ação: legitimidade das partes e interesse de agir.

Com efeito, dispõe o art. 17 do CPC:

"Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade".

Note-se que o dispositivo em análise não utiliza o termo ação e, sim, postular em juízo. O art. 485, VI, do CPC também evita a expressão "condições da ação", tanto é que preceitua que o juiz prolatará sentença sem resolução do mérito quando verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual.

Diante disso, uma primeira corrente sustenta a abolição do termo condições da ação e passa a tratar a legitimidade e o interesse processual como pressupostos de validade do processo.

Outra corrente mantém a terminologia condições da ação, pois a troca de uma expressão por outra não traz nenhum efeito prático.

A novidade é a eliminação da possibilidade jurídica do pedido que, no art. 267, VI, do CPC anterior, ainda figurava no rol das condições da ação. O CPC 2.015 a excluiu e, por isso, a impossibilidade jurídica do pedido ensejará julgamento de mérito de improcedência da ação, sujeitando-se, destarte, à coisa julgada material.

O direito de ação, no entanto, continua condicionado, mas restrito a apenas duas condições, legitimidade e interesse processual.

Antes de decidir o mérito, o juiz deve verificar se estão presentes essas condições. Faltando uma dessas condições, como vimos, haverá carência de ação, e, por consequência, extinção do processo sem resolução do mérito. Presentes essas condições, o juiz decide o pedido, podendo o provimento jurisdicional ser procedente ou improcedente. Nítida, portanto, a distinção entre carência da ação e improcedência da ação.

A falta das condições da ação, quando detectada *prima facie*, acarreta o indeferimento da petição inicial, com fundamento no art. 485, I, c/c art. 330, II e III, ambos do CPC. Se, no entanto, o juiz não detectar *ab initio* a carência de ação, nada obsta que em momento posterior se reconheça a carência, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC.

LEGITIMIDADE *AD CAUSAM OU AD AGENDUM*

A legitimidade ordinária ocorre quando as partes da relação processual são as mesmas da

relação material. Vale dizer, as partes que figuram no processo são as mesmas do conflito de interesses. Essa legitimidade ordinária não implica necessariamente na coincidência de pessoas, mas sim na coincidência das partes. Se, por exemplo, o credor move ação de cobrança em face do espólio do devedor, há uma legitimação ordinária sucessiva. Se o devedor ainda estivesse vivo e a ação fosse ajuizada em face dele, haveria uma legitimação ordinária originária.

A legitimidade extraordinária ou anômala ou substituição processual, por sua vez, ocorre quando o ordenamento jurídico autoriza alguém a defender em nome próprio interesse alheio. É pois a autorização do ordenamento jurídico para que outras pessoas, que não sejam participantes da relação de direito material, figurem na relação processual. Tal ocorre, por exemplo, com o gestor de negócios (art. 861 do CC). Outro exemplo consiste na possibilidade de qualquer credor propor a ação revocatória em benefício da massa falida (art. 132 da nova Lei de Falência nº 11.101/05). A legitimidade extraordinária foi denominada por Chiovenda "substituição processual". Só é admitida quando autorizada pelo ordenamento jurídico (art.18). No CPC anterior, a substituição processual só era cabível nos casos expressos em lei. O CPC 2.015 refere-se aos casos expressos no ordenamento jurídico, logo é possível a substituição processual sem expressa previsão em lei, desde que seja possível identifica-la através do sistema do ordenamento jurídico. Acrescente-se ainda que a legitimidade extraordinária é possível tanto no polo ativo quanto no polo passivo, mas no polo passivo é muito raro. Pode ocorrer de o sujeito figurar no processo simultaneamente como legitimado ativo ordinário e extraordinário. O condômino, por exemplo, quando move ação reivindicatória do bem comum, é legitimado ordinário, pois defende direito próprio, mas também é legitimado extraordinário à medida que, por força do art.1.314 do CC, também defende o direito dos demais condôminos.

Na legitimidade extraordinária, o ordenamento jurídico autoriza a figurar, no polo ativo ou passivo da relação processual, alguém que não está envolvido na relação de direito material.

INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir consiste no binômio necessidade-adequação.

A necessidade emana da impossibilidade de obtenção do direito por vias extrajudiciais. Para se obter o registro de nascimento do filho, por exemplo, não há necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, pois o registro pode ser concretizado junto ao Cartório de Registro Civil. Enquanto for possível a satisfação do direito por vias extrajudiciais faltará o interesse processual, mas ninguém é obrigado a exaurir as vias administrativas. A necessidade da intervenção jurisdicional depende da ocorrência de um conflito, pois no Brasil não se admite o processo consultivo, que sirva apenas para consulta do interessado. O processo é um instrumento de composição de conflito. A necessidade da ação surge quando há lesão ou ameaça de lesão, sendo certo que diante disso é possível propor a ação, pois ninguém é obrigado a tentar solucionar amigavelmente a lide ou se valer de outros mecanismos de solução do conflito. Antes de se mover ação em face do INSS para pleitear benefícios previdenciários, é preciso requerer administrativamente esse benefício e, uma vez negado ou não apreciado o pedido pelo INSS, surge a necessidade de se mover a ação judicial. Sem que se formule, no entanto, o pedido administrativo, não haverá interesse de agir para se propor a ação judicial, diante da ausência de lide, salvo quando o entendimento do INSS for notoriamente contrário à pretensão do autor ou então quando se tratar de revisão do valor do benefício, nestas duas hipóteses a ação é cabível sem o prévio requerimento administrativo. Quanto ao exaurimento das vias administrativas, que é o esgotamento de todos os recursos administrativos, não é necessário para se mover a ação judicial.

A adequação ou utilidade, por sua vez, consiste no fato de a ação escolhida pela parte ser apta para a obtenção do direito, isto é, para a solução jurídica do conflito. Diz respeito ao tipo de providência requerida. Urge, portanto, a correspondência entre o tipo da ação e o pedido

pleiteado. Haverá falta de interesse de agir quando a sentença não representar nenhuma utilidade prática para o autor. Exemplo: o locador move em face do locatário a ação de reintegração de posse, ao invés de ajuizar a ação de despejo, nesse caso há carência de ação, pois o locador não pode mover ação possessória contra o inquilino, tendo em vista a existência de uma ação específica, que é a de despejo. Mais um exemplo: o proprietário de um imóvel impetra mandado de segurança contra o diretor da Sabesp, alegando que o hidrômetro está adulterado. Ora, em mandado de segurança só é admissível prova documental, sendo, pois, inadequado para as questões em que há necessidade de produção de prova testemunhal ou pericial. Estranhamente o art.785 do CPC dispõe que: "A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial". O credor de um cheque, por exemplo, passa a ter duas opções: processo de execução ou processo de conhecimento. Ora, a sentença surtirá o mesmo efeito que o cheque, viabilizará a fase de execução, isto é, de cumprimento de sentença, a rigor, não há interesse de agir para o processo de conhecimento, mas no art.785 diz que há e contra aquilo que está escrito não há argumentos.

Assim, primeiramente analisa-se a necessidade do processo e a resposta só será positiva se houver algum conflito entre as partes. Num segundo momento, apura-se a adequação ou utilidade da tutela jurisdicional postulada. Se, por exemplo, "A" é credor de "B" e diante da inadimplência move ação declaratória, juntando com a inicial o contrato escrito, formulando então pedido de declaração da existência do contrato. Ora, a pretensão veiculada é inadequada, pois diante do contrato escrito ele já tem a prova da existência da relação jurídica, tornando-se desnecessário uma sentença nesse sentido. Portanto, o pedido não tem utilidade, é inadequado, não obstante a necessidade da tutela jurisdicional.

Convém, porém, esclarecer que a erronia em relação ao tipo de procedimento não provoca o indeferimento automático da petição inicial. Esta só será indeferida se não for possível a adaptação ao tipo de procedimento legal. Assim, se o autor move uma ação de rito especial no rito comum, ou vice-versa, o juiz, ao invés de indeferir a inicial deve adaptá-la ao procedimento correto. Portanto, a erronia em relação ao tipo de ação, que gera a falta de interesse processual, distingue-se nitidamente da erronia do tipo de procedimento. A primeira não pode ser corrigida pelo juiz, que de ofício deve decretar a carência de ação; a segunda é passível de corrigenda.

Acrescente-se ainda que, desde que haja lide, há interesse de agir para se propor ações meramente declaratórias, que se limitam a proclamar a certeza da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica ou, então, mero reconhecimento da autenticidade ou da falsidade de documento (art. 19).

Sobre o assunto, também dispõe a súmula 181 do STJ:

"É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual".

Ainda que o autor possa propor ação condenatória, nada obsta que ele opte por uma ação meramente declaratória.

De fato, o art. 20 acrescenta que "é admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito."

Finalmente, a existência do interesse de agir não significa que o autor tenha razão e que a ação será procedente.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido verifica-se nos casos em que a lei não proíbe o pedido. Guarda estreita relação com o princípio da legalidade particular, isto é, tudo o que a lei não proíbe é permitido, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

(art. 5º, II, da CF). Portanto, entende-se por pedido juridicamente possível aquele que não é proibido pelo ordenamento jurídico.

Se o pedido é juridicamente impossível, pelo fato de o ordenamento jurídico proibi-lo, o juiz julgará a ação improcedente, prolatando sentença de mérito. Se o ordenamento jurídico é omisso sobre o pedido significa que este é possível, mas no mérito a sentença pode ser procedente, ou improcedente na hipótese de o autor não estar com a razão no plano do direito material.

O autor, quando propõe uma ação, formula dois tipos de pedido: o imediato, consistente na tutela jurisdicional; e o mediato, que se refere à providência de direito material. O primeiro é dirigido contra o Estado; o segundo, contra o réu.

CONDIÇÃO E CARÊNCIA SUPERVENIENTES

Ao despachar a inicial, o juiz analisa as condições da ação. Ausente uma dessas condições, a inicial é indeferida liminarmente. Pode ocorrer, entretanto, de o magistrado não se atentar para a carência de ação, ordenando a citação do réu. Ainda assim, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito, pois a carência da ação pode ser decretada a qualquer momento. Se, porém, no curso da ação verificar-se a superveniência da condição faltante, o processo deverá prosseguir para exame do mérito, por força do princípio da economia processual ou da eficiência. É o que se denomina condição superveniente. Exemplo: o obreiro move ação de acidente do trabalho em face do INSS, requerendo o auxílio-acidente, todavia, já se encontra no gozo de auxílio-doença acidentário, em razão do mesmo acidente. A hipótese é de carência de ação. Na vigência do auxílio-doença não há interesse para pleitear auxílio-acidente, que é um benefício menor. Se, contudo, o juiz ordenou a citação, por não se atentar para esse fato, o processo poderá prosseguir, caso cesse o auxílio-doença no curso da demanda, verificando-se, destarte, a condição superveniente.

Fenômeno inverso é a chamada carência superveniente da ação. Ocorre quando, no curso do processo, desaparece uma das condições da ação, presente por ocasião do ajuizamento da demanda. Em tal situação, extingue-se o processo por carência de ação (art. 485, inc. VI do CPC). Exemplo: no curso da ação de despejo, o réu desocupa o imóvel. Outro exemplo: no curso da ação de investigação de paternidade, o pai reconhece o filho por escritura pública. No tocante ao ônus da sucumbência, consistente no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em regra, quando o processo é extinto em razão de carência de ação, a responsabilidade é do autor. Entretanto, na extinção por carência superveniente, o réu arcará com essas despesas, por força do princípio da causalidade, isto é, quem dá causa ao processo responde pelos ônus da sucumbência.

FORMAS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Sobre a forma de aferição das condições da ação há duas teorias:

a) teoria concreta ou eclética: as condições da ação são sempre condições da ação, quer a sua falta seja decretada de plano, através de um juízo superficial, quer a possibilidade de sua detectação só seja viável após a instrução probatória, através de um juízo de cognição mais aprofundado. Se, por exemplo, na ação de cobrança apura-se após a instrução que o autor não é credor, o processo é extinto sem resolução do mérito, por falta de legitimidade ativa “ad causam”. Portanto, as condições da ação são sempre preliminares, nunca se confundirão com o mérito, ensejando a sua falta a extinção do processo sem resolução do mérito. O autor que na petição inicial dissimula a presença das condições da ação e a sua máscara só cai após a instrução probatória, quando a verdade é revelada, é pois carecedor de ação.

b) teoria da asserção: as condições da ação somente são aquelas cuja análise é possível com base no que o autor alega na petição inicial. Parte-se do pressuposto, para analisá-la, que é verdade tudo que está escrito na petição inicial. Se diante de um juízo superficial feito com base na descrição formal da petição inicial, sem análise das provas, constatar-se a falta de uma das condições da ação, o processo é extinto sem resolução do mérito. Se as condições da ação são postas corretamente na petição inicial e só depois, após o término da instrução probatória, apurar-se a falta de uma delas, como no exemplo acima em que se constata que o autor não é credor do réu, o julgamento é de mérito, a ação é improcedente. Portanto para que haja condições da ação basta o autor demonstrar abstratamente na petição inicial a presença delas. Se a farsa só for descoberta após a instrução probatória, a questão passa a ser de mérito e a sentença será improcedente, com força de coisa julgada material, e não meramente terminativa, que faz apenas coisa julgada formal. O principal argumento da teoria da asserção é que a exigência da demonstração concreta das condições da ação implica no fato de só ter direito de ação o autor que tem razão, que titulariza realmente o direito material.