



Apostila de Direito Processual Civil

Assunto:

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Autor:

LEONARDO ALMEIDA CÔRTEZ DE CARVALHO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.a - JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA.

Há atos jurídicos na vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente afetadas, passando a afetar a própria coletividade.

Diante disso, o Estado impõe, para a validade de tais atos, a necessária participação de um órgão público, realizando a chamada administração pública de interesses privados.

Já no direito romano havia a administração pública de interesses privados realizada por órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais. No direito moderno exercem-na órgãos jurisdicionais, órgãos do Judiciário mas não jurisdicionais (o chamado “foro extrajudicial” e órgãos administrativos).

A doutrina preponderante e tradicional aponta que a função de administração pública de interesses privados, mesmo que exercida por órgão jurisdicional, tem natureza administrativa e não jurisdicional, apesar de dar-lhe o nome de “jurisdição” voluntária ou graciosa, pois tem o mesmo escopo da atividade realizada por outros órgãos, que é a finalidade de formação de situação jurídicas novas com a participação do Estado.

Tendo em vista os elementos caracterizadores da jurisdição, a doutrina tradicional nega a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, porque:

- a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas;
- b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem a exclusão das atividades das partes;
- c) além disso, o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia com a atividade jurisdicional: não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

Deve-se atentar, todavia, que pode haver controvérsia (dissenso de opiniões, não conflito de interesses) entre os interessados na jurisdição voluntária, sem que isso caracterize uma lide. Exemplo: interditando se insurge contra a interdição – não há direitos ou interesses contrapostos.

Acrescente-se que, para a doutrina tradicional, é impróprio falar em partes, ação, coisa julgada ou processo na jurisdição voluntária, pois:

- Partes traz a idéia de pessoas em posições antagônicas, e não há conflito de interesses.
- Ação se conceitua como o direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional e não a atividade administrativa.
- Coisa julgada é fenômeno típico das sentenças judiciais.
- Procedimento é o termo mais correto, pois processo seria sempre ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa e da ação, por definição.

Aliás, a jurisdição voluntária não é nada voluntária, pois em princípio a instauração dos procedimentos depende de provocação do interessado, vigorando, portanto, a regra da inércia.

A doutrina mais moderna, no entanto, vem questionando a visão da jurisdição voluntária como atividade meramente administrativa. Entre os defensores da corrente “reviscionista”, podemos

destacar Cândido Dinamarco (*in* “A Instrumentalidade do Processo”), Ovídio Baptista da Silva, Vicente Greco Filho e Sergio Bermudes.

Argumenta-se que essa atividade judicial visa também, tanto como a jurisdição contenciosa, à pacificação social mediante a eliminação de situações incertas ou conflituosas.

Ainda é ressaltado que a jurisdição voluntária se exerce segundo as formas processuais:

- há petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentos (CPC 1104);
- há citação dos demandados (1105) e resposta destes (1106);
- há princípio do contraditório e provas (1107);
- há sentença e apelação (1110).

Os adeptos da corrente “revisionista” também procuram responder os argumentos da corrente clássica.

À afirmação de que inexistente lide na jurisdição voluntária, responde-se que a lide não é essencial, mas meramente acidental ao exercício da jurisdição. Indispensável para o exercício da função jurisdicional é a pretensão, devido à característica da inércia jurisdicional, e caso a pretensão seja de integração de um negócio jurídico de direito privado, estaremos diante de jurisdição voluntária.

O argumento da ausência de substitutividade é negado, pois se afirma que a jurisdição voluntária também é substitutiva da vontade das partes, uma vez que a lei impede que os titulares dos interesses ali referidos possam livremente negociá-los, devendo o juiz exercer uma atividade que originariamente não lhe cabia, substituindo, assim, a vontade dos titulares dos interesses em jogo.

Quanto à natureza constitutiva da jurisdição voluntária, a jurisdição contenciosa também apresenta processos de natureza constitutiva, sem que isso desnature sua índole jurisdicional.

Por fim, o fato de não ser alcançada pela coisa julgada de maneira alguma pode ser usado para negar o caráter jurisdicional, visto que a coisa julgada não é atributo de todos os provimentos jurisdicionais. Por exemplo, a sentença cautelar não é alcançada pela coisa julgada, mas nem por isso se nega sua natureza jurisdicional.

Por isso, levantam-se vozes na doutrina mais moderna admitindo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, aplicando os conceitos de parte e de processo.

1.b - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E SUMARÍSSIMO.

Cabe, primeiramente, delimitar a extensão do tópico no que se refere à locução “procedimento sumaríssimo”.

O procedimento sumário foi originalmente denominado sumaríssimo, porque havia na Constituição Federal anterior, antes da Emenda n. 7/77, referência a esse tipo de procedimento, mais concentrado que o procedimento ordinário.

Portanto, neste tópico cabe analisar as características gerais desses procedimentos, sem descer em minúcias que são tratadas em outros tópicos.

Para Dinamarco, procedimento é um conjunto ordenado de atos mediante os quais o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses, no processo.

No sistema do CPC, o ordinário e o sumário são os procedimentos comuns, havendo previsão ainda de diversos procedimentos especiais.

As regras de determinação do procedimento, em regra, são cogentes, podendo-se citar como exceção o procedimento monitorio.

Assim, caso haja estipulação legal para aplicação de procedimento especial à matéria, este deverá ser utilizado.

Na falta de procedimento especial aplicável, se deverá perquirir se é caso de aplicação do procedimento sumário. Em caso de nova resposta negativa, deverá ser utilizado o procedimento ordinário, que é a “vala comum” para onde deságuam todas as causas para as quais não haja procedimento especificamente previsto.

Também se deve notar que tanto a previsão legal dos procedimentos especiais quanto a do sumário não tratam de todos os atos processuais aplicáveis, sendo regulados apenas naquilo em que diferem do procedimento ordinário. Assim, nos termos do art. 272 do CPC, o procedimento ordinário é aplicável subsidiariamente a todos os demais.

No procedimento ordinário admitem-se rigorosamente todas as espécies de provas lícitas segundo a ordem jurídica nacional e toda a profundidade nas investigações probatórias sobre os fatos relevantes para o julgamento da causa; a cognição é portanto exauriente no plano vertical. No plano horizontal, nenhuma regra de ordem processual limita a cognição no procedimento ordinário, tendendo ela, pois, a ser completa – e só não o sendo quando o direito material impuser alguma restrição (exemplo: as discussões sobre domínio nas ações possessórias).

De todos os procedimentos, o ordinário é o que mais nitidamente se reparte em fases, seja porque contém cognição literalmente completa, seja porque seus atos não são concentrados como em outros procedimentos. Entre essas fases distribuem-se os atos necessários à preparação e oferta da tutela jurisdicional mediante sentença, não se excluindo nenhum daqueles que são considerados elementos estruturais dos procedimentos cognitivos (demanda, citação, resposta, instrução e sentença) e incluindo-se todos os demais que as leis processuais instituem e disciplinam. É, portanto, um procedimento completo em todos os sentidos.

O procedimento ordinário costuma ser dividido pela doutrina em quatro fases:

a) a postulatória, na qual se situam três dos cinco elementos estruturais dos procedimentos cognitivos (demanda, citação e resposta);

- b) a ordinatória, que culmina com o saneamento do processo na audiência preliminar;
- c) a instrutória, onde, como o nome diz, procede-se à instrução da causa;
- d) a decisória, que tem lugar na sentença de mérito.

Essa divisão é meramente doutrinária, devendo-se ressaltar que é flexibilizada em muitas ocasiões (por exemplo, a produção da prova, que é ato instrutório, é feita desde a propositura da demanda, com a juntada de documentos).

A fase postulatória é aquela em que se formulam demandas, fazem-se citações e tem o réu a oportunidade para oferecer sua defesa.

A demanda é o primeiro ato de qualquer procedimento no processo civil brasileiro, sendo o ato pelo qual um sujeito apresenta sua pretensão ao Estado-juíz e provoca a instauração de um processo.

Também na fase postulatória o réu apresenta sua demanda defensiva, postulando para si uma tutela jurisdicional de improcedência do pedido do autor.

Nessa fase ainda são realizadas outras demandas, como a reconvenção, denunciação da lide, intervenção litisconsorcial voluntária, etc.

Conclui-se, portanto, que a fase postulatória é aquela em que se define o objeto do processo mediante a demanda inicial e eventuais outras sucessivas, fixando-se os termos e limites em que se desenvolverá a causa.

Fase ordinatória, também dita saneadora ou de saneamento, é aquela em que o juiz põe ordem no processo. As atividades que a caracterizam são preponderantemente inquisitivas, exercendo-as o juiz de ofício, como fundamento no poder estatal de que está revestido e com objetivos de evitar defeitos no processo e dar-lhe impulso em direção ao julgamento de mérito.

Nesta fase preponderam os atos do juiz, ao contrário da fase postulatória, em que preponderam os atos das partes.

O CPC atribui o nome de providências preliminares aos atos inquisitórios inseridos nessa fase. São elas:

- a) dar ao autor a oportunidade de manifestar-se sobre fatos novos ou preliminares alegadas pelo réu;
- b) mandar que as partes especifiquem as provas que pretendam produzir;
- c) diligenciar o suprimento de omissões ou sanção de nulidades.

Depois de tomadas essas providências, o juiz proferirá um julgamento conforme o estado do processo, no qual poderá:

- a) extinguir o processo,
- b) julgar antecipadamente o mérito ou
- c) designar audiência preliminar ou sanear o processo.

A audiência preliminar tem a tríplice finalidade de buscar a conciliação das partes, resolver as questões processuais ainda pendentes e organizar a prova.

Portanto, Dinamarco critica o legislador da Reforma da Reforma, que previu que em litígios que versem sobre direitos indisponíveis ou se as circunstâncias demonstrarem ser difícil a obtenção da transação a audiência preliminar não será realizada. Para Dinamarco não é uma simples audiência de conciliação, pelo que sua realização é útil mesmo em hipóteses de direitos indisponíveis.

A fase instrutória compreende a realização de provas e o oferecimento de alegações finais pelas partes. Instruir não é sinônimo de provar, e sim de preparar, pelo que a apresentação de elementos de convicção endereçados ao espírito do juiz, como as alegações finais, se enquadram na fase instrutória.

Por fim, só resta julgar a causa, mediante sentença. Apesar de ser designada pela doutrina como fase instrutória, Dinamarco coloca que se trata de apenas um ato, e, portanto, não pode ser chamada de fase, que compreenderia vários atos ordenados.

Sumário é, no sistema do CPC, um dos procedimentos comuns que ele institui ao lado dos especiais. O procedimento sumário é de aplicabilidade limitada às causas indicadas nos dois incisos do art. 275, para as quais não seja adequado algum procedimento especial.

Note-se que nas hipóteses de aplicação do procedimento sumário o ordinário fica excluído.

A sumariedade do procedimento regulado nos arts. 275v e ss. do CPC significa que ele é concebido para ser mais breve no tempo do que o ordinário, o que a lei procura obter de três modos:

- a) mediante a maior concentração dos atos processuais;
- b) mediante a redução das possíveis respostas do réu;
- c) mediante alguma restrição à admissibilidade da prova pericial.

Concentração procedimental é a aproximação temporal entre os atos do procedimento. No procedimento sumário, o autor requer provas, arrola testemunhas e formula quesitos já na própria petição inicial; a primeira audiência vem logo depois da citação do réu e nela já é tentada a conciliação, oferecida eventual resposta e decididas questões ou incidentes processuais, como a impugnação ao valor da causa ou ao rito escolhido; só se houver a necessidade de prova oral designar-se-á a segunda audiência, onde todos os depoimentos serão tomados e a sentença, proferida.

As hipóteses de cabimento do procedimento sumário estão elencadas no art. 275 do CPC, sendo função do valor da causa independentemente da natureza da causa (inciso I) e em função da natureza da causa independentemente do valor (inciso II).

O CPC, no art. 277, § 4º, determina que o juiz decida na audiência sobre a conversão do procedimento em ordinário, que pode ser feita em caso de escolha equivocada do procedimento pelo autor ou pela necessidade de prova técnica de maior complexidade (art. 277, §5º), incompatível com o procedimento sumário.

Como todo o procedimento, o sumário inicia com um ato da parte, que é a demanda, e termina com um ato do juiz, que é a sentença. O que o difere do ordinário é a distribuição das atividades a realizar entre a demanda e a sentença, ou seja, a citação, a resposta e a instrução.

A petição inicial deve observar todos os requisitos do art. 282 do CPC, assim como o do 39, I. As únicas diferenças entre a petição inicial do sumário e a do ordinário decorrem da norma do art. 276, pela qual o autor deve apresentar o rol de testemunhas e, caso requeira perícia, os quesitos e a indicação de assistente técnico. Caso não o faça haverá a preclusão, não podendo indicar testemunhas, e não podendo quesitar ao perito, apesar de que a realização da prova pericial, acaso requerida, será mantida mesmo sem quesitos e indicação de assistente,, visto que não são obrigatórios.

O demandado será citado para comparecer a uma audiência chamada pelo CPC de audiência de conciliação, embora também aqui a doutrina prefira a expressão preliminar, pois tal audiência tem múltiplas finalidades.

Na audiência de conciliação se fará a tentativa de conciliação, a oferta de resposta, a solução de questões processuais, a organização da prova e, eventualmente, o julgamento da causa.

A reconvenção é vedada, mas a lei admite pedido contraposto, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial, o que é um pouco mais restrito do que a hipótese de cabimento de reconvenção, que é a mera conexão entre as ações. Para Dinamarco o oferecimento de reconvenção, desde que fundada nos mesmos fatos da inicial, é mera irregularidade, não obstando seu conhecimento como pedido contraposto.

A impugnação ao valor da causa deve ser feita dentro da contestação. Como o código nada diz a respeito, há divergências se as exceções devem vir em petição separada ou no corpo da contestação, devendo-se ressaltar que Dinamarco pensa que, face à concentração de atos característica do sumário, deve vir na própria contestação.

As intervenções de terceiro são vedadas, para fins de salvaguardar a celeridade processual, salvo a assistência, recurso de terceiro prejudicado e denunciação da lide fundada em contrato de seguro, novidade trazida pela Reforma da Reforma.

Também é vedada a ação declaratória incidental, o que é criticado por certa parte da doutrina, já que não implicaria em ganho de celeridade.

A contestação, como a inicial, deve também trazer os requerimentos de prova, rol de testemunhas e quesitação e assistente técnico.

A prova oral será colhida na AIJ designada para esse fim, cujo procedimento para a colheita de prova deve observar as regras vigentes para o ordinário.

A admissão apenas do agravo retido como recurso para as decisões tomadas em audiência foi estendida, pela reforma da reforma, para o procedimento ordinário.

1.c - EXECUÇÃO. REGRAS GERAIS. PARTES. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

REGRAS GERAIS.

Nos termos do art. 598 do CPC, aplicam-se ao processo de execução, subsidiariamente, as normas do processo de conhecimento.

Tal norma nem precisaria existir, já que, enquanto formas de atividade de jurisdição, ambos estão sujeitos a princípios e diretrizes comuns, positivados justamente na parte do CPC que trata do processo de conhecimento.

Dinamarco conceitua a execução como “conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material”.

Desta definição se conclui que a execução é atividade jurisdicional, pois através da substituição da atividade das partes (principalmente da atividade do executado), se faz atuar a vontade concreta do direito substancial, através da realização prática do direito de crédito existente segundo o direito material.

Ao contrário do processo cognitivo, que alcança seu fim normal tanto com a vitória do demandante como com a do demandado, no processo executivo só se alcança o fim normal do processo quando o resultado final é favorável ao demandante.

Trata-se de processo de desfecho único segundo Dinamarco, porque, sendo processo destinado à satisfação do direito material do exeqüente, seu desfecho normal só se dará quando tal satisfação ocorrer.

Não se pense com isso que a ação de execução é concreta. A ação de execução é, também, abstrata, e sua existência independe do direito material afirmado pelo demandante, mas, devido a sua finalidade, caso o direito afirmado não exista o desfecho do processo será anômalo.

Os mesmos princípios que regulam o processo de conhecimento se aplicam ao processo de execução, como o devido processo legal, a isonomia e o contraditório, adequados à peculiaridade do processo. Todavia, há princípios novos, próprios das execuções em geral.

O princípio da efetividade do processo executivo é mera manifestação do princípio da efetividade do processo.

No processo executivo a necessidade de dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito se torna mais premente, a própria finalidade da execução é satisfazer o crédito do exeqüente.

Assim, a opção do sistema processual brasileiro é pela execução específica, em que se busca assegurar ao titular do direito precisamente aquilo a que ele tem direito. Apenas excepcionalmente se admite a execução genérica, em que o devedor é levado a se contentar com um substitutivo pecuniário.

Previsto no art. 620 do CPC, o princípio do menor sacrifício possível do executado, decorre da própria evolução histórica da execução, que no início recaía sobre o próprio corpo do devedor,

depois passou a recair apenas sobre o patrimônio e atualmente preserva até partes do patrimônio, através das impenhorabilidades, geradas por razões de ordem política, social e até mesmo humanitária.

Assim, por exemplo, a penhora deve recair sobre o bem do devedor traga a ele menor gravame.

Há na doutrina que negue a existência de contraditório na execução, ou que afirme que o contraditório se apresenta de forma atenuada. Todavia, a melhor doutrina, de Dinamarco, afirma que existe contraditório na execução, até por força da própria garantia constitucional.

O contraditório é considerado como elemento integrante do processo, já que é a garantia de que as partes tomarão conhecimento de todos os atos e termos do processo, com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre eles.

Não se pode, porém, achar que a presença do contraditório no processo de execução é suficiente para que nele haja discussão acerca do mérito da causa. O processo executivo, como qualquer outro processo, tem mérito. Não se poderia negar a existência de mérito nesta espécie de processo, sob pena de se admitir a existência de um processo sem objeto. O que não há, no processo executivo, é julgamento de mérito, segundo Dinamarco. O mérito só poderá ser examinado em embargos do executado, processo cognitivo autônomo e incidente ao processo executivo.

O princípio do desfecho único decorre justamente da ausência de julgamento de mérito, pois qualquer desfecho diferente da satisfação do crédito será considerado anômalo.

Este princípio gera conseqüências, por exemplo, na desistência da execução. Enquanto que no processo cognitivo a desistência da ação manifestada após a contestação só levará à extinção do processo se com ela consentir o réu, na execução o demandado não precisa manifestar seu consentimento (art. 569), exatamente por ser processo de desfecho único.

Ainda que o executado tenha oferecido embargos essa afirmação é verdadeira, segundo Dinamarco. Mesmo nessa hipótese a extinção da execução independe da concordância do executado. Já os efeitos deste desistência sobre os embargos é que irão variar. Caso versem sobre matéria apenas processual serão extintos, mas caso versem sobre o mérito da execução a desistência da execução só levará à extinção dos embargos se com isso concordar o executado.

Na hipótese de não concordar o executado, os embargos passam a ter a natureza de ação declaratória autônoma.

PARTES.

Ao tratar de legitimidade no processo de execução, a doutrina freqüentemente alude a legitimidade (ativa ou passi...

A legitimidade ativa está fundamentalmente estabelecida nos arts. 566 e 567.

A hipótese mais comum está no art. 566, I. Aquele cuja condição de credor é atribuída diretamente pelo título executivo detém legitimidade ativa ordinária originária.

O preceito do art. 566, II, se refere à legitimação ativa extraordinária existente em casos em que, embora o Ministério Público não conste como credor no título executivo, ele pode (na maioria das vezes deve) propor a execução, em virtude de expressa previsão legal. Tomem-se como exemplos: a execução da sentença condenatória proferida em ação popular, se em sessenta dias

outro cidadão não o fizer (art. 16, Lei 4717/65); execução de sentença condenatória obtida em processo coletivo que teve como autor algum dos outros legitimados do art. 82 do CDC, quando, decorrido prazo de um ano, não houve “habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano” (CDC, art. 100, *caput*); execução de sentença condenatória obtida por ação civil pública, quando decorridos sessenta dias sem que a associação autora lhe promova a execução (Lei 7.347/85, art. 15) etc.

Nos outros casos, em que o próprio Ministério Público moveu a ação de conhecimento condenatória e assim já consta no próprio título executivo como credor, recai-se na regra geral do art. 566, I (exemplos: execução de sentença proferida em processo coletivo em que o Ministério Público figurou como autor – CDC, art. 82, I; Lei 7.347/85, art. 5º, *caput*; execução de sentença de procedência obtida em ação proposta pelo Ministério Público contra o loteador, para que este regularizasse o loteamento – Lei 6.766/79, art. 38, § 2º -, ou contra o donatário, a fim de que cumprisse encargo estabelecido pelo falecido doador no interesse geral NCC, art. 553 – etc.

Muitos doutrinadores dão como exemplo de substituição processual a regra do art. 68 do CPP, segundo a qual o Ministério Público, mediante requerimento do titular do direito à reparação civil do crime, promoverá a execução da eficácia civil da sentença penal condenatória.

Outros, entretanto, sustentam que: (I) não há propriamente substituição processual (pleito de direito alheio em nome próprio), mas representação (pleito de direito alheio em nome alheio), vez que o Ministério Público só atua mediante requerimento da parte; (II) há grande discussão sobre a constitucionalidade de tal regra, em face dos arts. 127 a 129 da Constituição, que regulam as funções do Ministério Público, não incluindo, entre elas, a assistência jurídica aos necessitados (atribuição da defensoria pública: CF, art. 134).

Os que defendem a constitucionalidade da norma do art. 68 afirmam que ela estaria amparada na previsão constitucional de que cabe ao Ministério Público zelar pelos interesses sociais (Constituição, art. 127, *caput*), conferindo a esta categoria de interesses acepção extremamente ampla, que não parece corresponder ao que se pretendeu na Constituição.

Onde já se encontra organizada a defensoria pública, parece mais difícil sustentar a manutenção da legitimidade do Ministério Público, nesses casos. Nas demais localidades, em que não há concreta atuação de órgão especialmente encarregado da assistência jurídica aos necessitados, é razoável sustentar que a antiga regra do CPP supre a falta de regras infraconstitucionais efetivadoras da Constituição, em atenção ao princípio de que as normas que prevêm direitos e garantias fundamentais (entre elas, o acesso à justiça e o direito à assistência jurídica: art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição) têm eficácia plena e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

O art. 567, I, trata de legitimação ativa ordinária derivada – há posterior transferência da condição de credor estampada no título.

As pessoas elencadas nesse preceito podem tanto propor a ação executiva, na hipótese em que o credor morra antes de pleitear a execução, quando suceder o credor que faleça durante o curso do processo – neste segundo caso, mediante prévia habilitação (art. 1055 e seguintes). Mas é indispensável, em qualquer caso, que o crédito seja transmissível e que se apresente em juízo a documentação da sucessão *causa mortis*.

A legitimidade do espólio vai até a partilha, quando passa a ser exclusivamente detida pelo(s) sucessor(es) a quem tenha cabido o crédito. Mas, antes da partilha, também os herdeiros detêm legitimidade para pedir a execução, individualmente ou em litisconsórcio, quando o inventariante não o faça. Além disso, também antes da partilha, quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido deverão figurar como exequentes.

No art. 567, II, a legitimidade ativa também é ordinária e derivada. O crédito tem de ser passível de cessão e esta deve estar documentalmente comprovada. Há de se observar, ademais, a disciplina de direito material reguladora da transferência de crédito. Os tribunais já se manifestaram descartando a aplicação da regra do art. 42, § 1º, nesse caso, ou seja, já estando a execução em curso, o cessionário substituirá o cedente na posição de exequente, independentemente da concordância do devedor, pois o art. 567, II é regra especial ante a outra, genérica, do art. 42.

Novamente no art. 567, III, há hipótese de legitimidade ativa ordinária derivada. Pela sub-rogação, o terceiro que paga a dívida ao credor assume o direito de cobrá-la junto ao devedor. Se a dívida paga estava representada em título executivo, tal cobrança far-se-á diretamente mediante execução.

O fiador, quando paga a dívida pelo afiançado, sub-roga-se no crédito. Se tal pagamento se dá no curso do processo executivo, o fiador, então, “poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo” (art. 595, parágrafo único). Idêntico direito tem o sócio que paga dívida da sociedade (art. 596, §2º).

O CPC não exaure a numeração das hipóteses de legitimidade ativa. Há outras, em leis esparsas. São exemplos: a legitimidade de qualquer cidadão que não tenha sido autor da ação popular, para executar sua sentença (art. 16 da lei 4.717/65); a execução de sentença pleiteada por qualquer outro dos legitimados para a ação civil pública, além do Ministério Público, quando a associação autora não a promova em sessenta dias (art. 15 da lei 7.347/85); a legitimidade da pessoa jurídica em virtude de sucessão por cisão, fusão ou incorporação de sociedade anônima (Lei 6404/76, art. 223 e seguintes) etc.

O art. 568 trata de hipóteses de legitimação passiva.

No inciso I há hipótese de legitimidade passiva ordinária originária. Quem figura no título como devedor, submeter-se-á, no pólo passivo, ao processo de execução.

O preceito do inciso II consiste em legitimidade passiva ordinária derivada: depois de constituído o título, transmite-se a condição de devedor.

O preceito não se aplica apenas à sucessão *causa mortis*: abrange também, por exemplo, pessoas jurídicas que, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, sucedem a sociedade anônima originariamente devedora (Lei 6.404/76,, art. 223 e seguintes).

Se a morte do devedor originário ocorrer depois de constituído o título, mas antes de proposta a execução, esta, se ainda não tiver havido partilha, será ajuizada contra o espólio (representado pelo inventariante – art. 12, V), ressalvada a hipótese de o inventariante ser dativo, quando então todos os herdeiros figurarão como executados (art. 12, §1º). O credor, além disso, tem legitimidade para requerer a abertura do inventário (art. 988, VI). Se já houver partilha, terão de ser demandados executivamente os herdeiros e sucessores, cada um deles respondendo pela dívida na proporção da parte que na herança lhe coube (art. 597).

Se a morte do devedor originário acontecer quando já estiver em curso o processo executivo, terá de ser promovida a habilitação dos sucessores (art. 1055 e seguintes).

Em qualquer das hipóteses, é indispensável que a obrigação seja transmissível.

No art. 568, III, há hipótese de legitimidade passiva ordinária e derivada, repercussão da norma de direito material que exige a concordância do credor para a cessão da posição passiva da relação obrigacional.

O fiador judicial do art. 568, IV, é o terceiro que, no curso de um processo (não necessariamente de execução – exemplos: arts. 602, § 2º, 690, 826 e seguintes), compromete-se perante o juízo a garantir obrigação que, eventualmente, venha a ser imposta a uma das partes naquela relação processual. Trata-se de legitimação passiva extraordinária.

Esse fiador judicial não se confunde com as demais figuras de fiador (quando tal condição é assumida em atos de direito material, por força de convenção ou de lei). Indaga-se se o fiador convencional, ou legal pode ser parte passiva na execução, se não tiver sido previamente condenado.

Segundo parte da doutrina, independentemente de a obrigação principal (garantida pela fiança) estar representada em título executivo extrajudicial, o fiador legal ou convencional poderia ser parte passiva da execução, desde que existente instrumento escrito da fiança (que se incluiria entre os contratos de caução, qualificados como título executivo pelo art. 585, III) Por coerência, os que preconizam essa tese terão de qualificar tal fiador como legitimado ordinário originário, vez que seria posto na condição de executado por figurar diretamente como devedor no título.

Parece, porém, prevalecer o entendimento que toma em conta a natureza da fiança de pacto acessório que segue o principal. Daí reputar-se que, só quando a obrigação assumida pelo afiançado estiver representada em título executivo, o fiador poderá ser parte passiva na execução. Na hipótese, a exemplo do fiador judicial, igualmente se tratará de legitimação passiva extraordinária.

Seja o fiador comum ou judicial, lhe é dado o benefício de ordem, a não ser que, previamente, tenha a ele renunciado. Pelo benefício de ordem, o fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembaraçados do devedor”.

Quanto ao art. 568, V, há discussão se as regras que fixam como responsável um terceiro que recebe o dever de zelar pelo recolhimento do tributo pelo contribuinte, sob pena de arcar com o valor do tributo e multas (CTN, art. 134), fixariam legitimação passiva ordinária ou extraordinária. A tendência é se afirmar que são estes responsáveis legitimados extraordinários, vez que figurariam na execução respondendo pelo débito alheio. Mas vezes entre os tributaristas sustentam que, nessas hipóteses há imposição de dever material específico para o responsável, cujo descumprimento é sancionado por penalidade no valor da obrigação. Nessa perspectiva, a legitimação seria ordinária.

COMPETÊNCIA

O CPC não traz muitas regras acerca da competência para o processo executivo, o que gera a necessidade de aplicação, para complementar o sistema, de regras estabelecidas para o processo cognitivo, como base no disposto no art. 598 do CPC.

No caso de execução de título judicial, deve-se, em primeiro lugar, afirmar a competência do juízo do processo cognitivo, que será o competente para o processo executivo. Trata-se de competência funcional e, por isso mesmo, inderrogável.

Assim, competente originariamente tribunal para a causa, será o tribunal competente para o processo executivo. Caso a competência para o processo de conhecimento seja do juízo de primeira instância, mesmo que haja recurso, a execução se processará no juízo de primeiro grau.

Outra hipótese que deve ser apreciada é a da execução civil de sentença penal condenatória. Será competente, aqui, o juízo cível, competente segundo as regras comuns. Há, assim, um rompimento da regra de competência funcional.

Ainda que a sentença penal condenatória seja prolatada pela Justiça Federal, será competente para a execução civil a Justiça Estadual, salvo se a exequente for a União, autarquia ou empresa pública federal.

Nesse caso, aliás, a competência do juízo cível é, primeiramente, para a ação de liquidação de sentença, sempre necessária nesses casos.

A competência territorial será do foro do lugar onde o delito tiver sido cometido ou, ainda, do foro do domicílio do exequente, cabendo ao exequente a escolha.

A competência para a execução de sentença estrangeira homologada é do juízo federal de primeira instância (art. 109, X, da Constituição) do foro do domicílio do executado, salvo se for parte a União, caso em que a competência será do foro do domicílio da outra parte, seja ela demandante ou demandada.

Para a execução que tenha por base o formal ou certidão de partilha, será competente o próprio juízo da partilha, tratando-se de competência funcional.

Passando à execução fundada em título extrajudicial, quanto à competência internacional, aplicam-se os arts. 88 e 89 do CPC, como para os processos cognitivos.

Também para a competência de jurisdição e de foro se aplicam as mesmas regras gerais do processo de conhecimento.

No caso de execução fiscal na esfera estadual e municipal, deterá competência territorial o foro do domicílio do réu, o foro do lugar do fato ou ato que acarretou a dívida, ainda que nele não mais resida o réu ou o foro do lugar onde se encontra o bem de que a dívida se origina (ex. IPTU).

Na esfera federal, é competente a Justiça Federal, ressaltando-se que se o domicílio do devedor não for sede de vara do juízo federal os juízes estaduais dessa comarca deterão competência, nos termos do art. 109, §3º, da Constituição, c/c Lei 5010/66, art. 15, I. De qualquer modo, a competência recursal nesse caso continua do TRF respectivo.

Para a insolvência civil será sempre competente a justiça estadual, em virtude de interpretação analógica do art. 109, I, da Constituição, que exclui a falência.

No caso de insolvência requerida com base em título executivo judicial, não há competência funcional do juízo onde se formou aquele, porque a insolvência civil não é a continuação lógica do processo cognitivo, ainda que seja pleiteada após a execução infrutífera da sentença civil condenatória.

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.

Responsabilidade Patrimonial consiste na situação de sujeição à atuação da sanção. É a situação em que se encontra o devedor de não poder impedir que a sanção seja realizada mediante a agressão direta ao seu patrimônio. Traduz-se na destinação dos bens do devedor a satisfazer o direito do credor.

Para alguns, a responsabilidade patrimonial seria elemento integrante da própria relação obrigacional, instituto do direito material (teoria dualista ou privatística). Outros reputam-na instituto de natureza processual, pois, segundo eles, a responsabilidade executiva só existe em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre bens do executado, para os fins da execução, nos limites fixados pelo título. Ao menos entre os processualistas, prevalece essa segunda concepção. Longe de ser questão meramente teórica, a definição do tema tem grande importância para a solução de problemas de direito intertemporal, tratados mais adiante.

A diretriz geral da responsabilidade patrimonial está insculpida no art. 591. Trata-se do princípio da realidade da execução – a execução civil recai precipuamente sobre os bens do executado, e não sobre sua pessoa.

Essa fórmula se desdobra em duas proposições: todos os bens do devedor respondem por suas obrigações e somente os bens do devedor respondem por suas obrigações. Porém, ambas comportam exceções.

Por razões de ordem política, social ou humanitária, a lei exclui da responsabilidade patrimonial alguns bens específicos do executado, tratando-os como absolutamente ou relativamente impenhoráveis.

Absolutamente impenhoráveis são os bens que em nenhuma hipótese podem ser objeto de penhora na execução por quantia certa. Relativamente impenhoráveis são os que, na falta de outros, podem ser penhorados e expropriados.

A lei 8009/90 institui a impenhorabilidade do imóvel residencial de entidade familiar, compreendendo os bens móveis que o guarnecem. Na jurisprudência há decisões díspares sobre quais bens estão abrangidos por esta impenhorabilidade e como caracterizar entidade familiar. Quanto aos bens, se tem procurado utilizar o critério de se reputar impenhoráveis os bens essenciais à regular utilização de uma casa, e há decisões considerando até mesmo uma pessoa que resida sozinha entidade familiar, apesar de ser mais seguro exigir pelo menos dois parentes.

Houve discussão sobre a constitucionalidade do art. 6º dessa lei, que previu o cancelamento das penhoras em curso quando do início da vigência da medida provisória. Alguns sustentaram que isso feriria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Prevaleceu, no STF e no STJ, o entendimento de que inexistiria ofensa àquela garantia constitucional, porque: (i) a penhora não constitui direito em favor do credor: é apenas a primeira etapa do ato complexo da expropriação; (II) ato perfeito só se teria depois de encerrada a expropriação do bem penhorado: a lei, quando reputa um bem impenhorável, proíbe, em verdade, sua expropriação em processo executivo, de modo que, enquanto não ocorrer tal evento, a penhora é cancelável sem qualquer afronta constitucional.

Essa postura confirma a tese do caráter processual das regras sobre responsabilidade patrimonial.

Os bens públicos também são impenhoráveis, devendo-se aplicar o regime de precatórios para execuções contra a fazenda pública.

Os bens de terceiros que são submetidos à responsabilidade patrimonial podem ser divididos em grupos:

a) bens que pertenceram ao devedor e não pertencem mais: bens alienados em fraude à execução, fraude contra credores e já gravados pela penhora, bens hipotecados ao credor e depois alienados a terceiro, e bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real.

- b) bens do sócio, dispositivo aplicável a sócios solidários ou quando seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.
- c) bens do cônjuge, no limite de sua meação ou quando a dívida é contraída em benefício da família.

A **fraude contra credores** consiste em ato de disposição de bens orientado pela vontade e consciência de prejudicar credores, na medida em que provoca a insolvência do disponente, diminuindo seu patrimônio de forma a impedir a satisfação do crédito.

O requisito objetivo é o *eventus damni*, caracterizado pela insolvência do disponente devedor. Já o requisito subjetivo é o *consilium fraudis*, que é a intenção fraudulenta, a fraude bilateral, tanto do disponente devedor quanto do adquirente).

O prejudicado deve manejar a ação pauliana, processável pelo rito comum do processo de conhecimento e com natureza desconstitutiva do ato fraudulento. Para parte da doutrina, a procedência da ação pauliana geraria a anulação do negócio como um todo; outros sustentam que o negócio continuará existindo, apenas deixando de ser eficaz perante o processo executivo do credor que promoveu a ação, tal como acontece na fraude à execução.

A **fraude à execução** consiste em ato de maior gravidade, pois acarreta dano aos credores e atenta contra o eficaz desenvolvimento da atividade jurisdicional.

O ataque à fraude à execução dispensa ação específica, pois a lei simplesmente nega reconhecimento ao ato perante a execução fraudada.

Aliás, a lei dispensa o *consilium fraudis* e se satisfaz com a pendência de processo de conhecimento que se amolde aos incisos do art. 593.

A jurisprudência, no entanto, reputa indispensável a ciência, pelo adquirente, da existência da demanda, admitindo que, quando levada a registro público a pendência do processo, estabelecesse presunção absoluta de sua ciência pelo adquirente.

Quanto aos bens gravados com penhora, dispensa-se inclusive o requisito da insolvência, mas se exige a ciência pelo adquirente da penhora, que se presume de modo absoluto pelo seu registro.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

No processo civil brasileiro, a regra é que o pedido deve ser certo e determinado. Admitem-se algumas exceções, previstas no art. 286, que têm relação com a impossibilidade de o autor saber, de antemão, o *quantum* que lhe é devido ou o que lhe é devido.

Nesses casos, permite o sistema que se formule pedido genérico quando houver indeterminação quanto ao valor ou quanto ao objeto devido, sendo, a função da liquidação de sentença a de determiná-los.

Para ensejar o manejo do processo de execução, o título deve ser líquido, coisa com não acontece com a sentença nos casos de pedido genérico, sendo necessário determinar o valor da condenação ou individualizar o seu objeto através da liquidação antes da propositura da execução.

A liquidação de sentença é processo de conhecimento, autônomo e independente, tanto do processo de conhecimento em que se prolatou a sentença genérica, quanto do processo de execução de que se servirá a parte para extrair resultados concretos do provimento jurisdicional.

A liquidação de sentença se caracteriza pela limitação ao pedido formulado pela parte, decorrente do fato de que seu pedido é condicionado aos termos da condenação.

Nessa linha de raciocínio, prevalece a tese de que sua natureza jurídica é declaratória.

No processo de conhecimento anterior, em que se proferiu sentença ilíquida, a lide estava delimitada pelo pedido de condenação ao cumprimento de determinada obrigação, por exemplo. No processo de liquidação de sentença, o mérito está limitado pelo pedido de mensuração da extensão ou do valor dessa obrigação. Há um certo nexos de prejudicialidade entre a lide de liquidação e a anterior. Trata-se, todavia, apesar dessa limitação, de pedido absolutamente distinto, embora não possa desbordar dos limites fixados pela sentença liquidanda.

Obviamente, é vedada a rediscussão do processo anterior, nos termos do art. 610.

O CPC contempla, hoje, duas espécies de liquidação de sentença: a liquidação por artigos e a liquidação por arbitramento.

A liquidação por artigos se faz necessária quando, para se determinar o valor da condenação, exista necessidade de se alegar e provar fato novo.

Sob o enfoque da técnica processual, “fato novo” significa toda e qualquer ocorrência que se tenha dado depois da propositura da ação ou depois da realização de determinado ato processual.

A liquidação por artigos será necessária, portanto, quando houver necessidade de provar fato que tenha ocorrido depois da sentença, guardando relação direta com a determinação da extensão ou do *quantum* da obrigação, ou fato que, mesmo não sendo superveniente à sentença, não tenha sido objeto de alegação e prova no processo de conhecimento, apesar de se tratar de fato vinculado à obrigação resultante da sentença.

Exemplo do primeiro caso (fato superveniente) é sentença que condena o réu a indenizar os danos pessoais sofridos em razão de acidente de veículo. Na instrução do processo, a prova foi limitada à existência de danos pessoais (graves ferimentos na vítima, que exigiram a amputação do pé, por exemplo) e ao nexos de causalidade. Depois da sentença, todavia, constata-se que o réu deve ter toda a perna amputada, o que configura fato superveniente.

Exemplo do segundo caso (fato desconsiderado na instrução): determinada empresa de construção civil é condenada a ressarcir os danos decorrentes da ruptura de uma barragem que, numa fazenda, servia de bebedouro para gado. Toda a instrução, no processo de conhecimento, terá girado em torno de se provar a ruptura da barragem. A sentença condenou ao ressarcimento dos danos causados pela ruptura. Na liquidação, como prova de fato novo, provar-se-á o número de animais que morreram em razão do acidente com a barragem. Trata-se de fato ocorrido anteriormente à sentença ilíquida.

A liquidação por arbitramento é a modalidade de que se serve a parte quando a apuração do *quantum* da condenação dependa da realização de perícia por arbitramento. Trata-se de trabalho técnico, normalmente entregue aos cuidados de profissional especializado em determinada área do conhecimento científico, pelo qual se vai determinar a extensão ou o valor da obrigação constituída pela sentença ilíquida.

Um dos mais interessantes problemas que podem resultar do processo de liquidação está ligado à hipótese de se chegar, ao cabo da liquidação, a valor equivalente a zero.

Há duas hipóteses distintas em que o resultado zero pode ocorrer: I) a parte não produz a prova necessária ao cálculo do valor da condenação ilíquida, por exemplo, não consegue provar a existência de fato novo; II) a parte, realizando intensa e exauriente atividade probatória, não chega a qualquer valor diferente de zero.

No primeiro caso resta a dúvida de que, houvesse outras provas no processo, pudesse ser comprovada a extensão do dano.

No segundo caso, porém, não resta qualquer dúvida, na conclusão de que o prejuízo foi igual a zero, isto é, que o fato ocorrido (*na debeatur*) não foi propriamente um dano, juridicamente considerado, porque não gerou prejuízo para a vítima, embora tudo indicasse que deveria ter gerado.

Há autores que negam a possibilidade de um direito existir e não ter quantificação econômica. Em outros termos, a quantidade seria uma medida da existência, o que impediria a afirmação de que o valor a ser pago seja zero. Argumentam ainda que admitir a “liquidação zero” seria admitir a rescisão da sentença condenatória sem ação rescisória.

Outros, porém, admitem que o resultado da liquidação seja negar a existência do *quantum debeatur*, pois defender o contrário geraria a absurda constatação da natureza concreta da ação de liquidação de sentença, que seria o direito de obter um provimento obrigatoriamente favorável.

Seria absurdo obrigar o juiz a fixar um valor quando não está convencido de que seja o correto ou esteja convencido de que nada é devido, ferindo a sua independência e seu livre convencimento.

2.a - AÇÃO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

No início, a ação era considerada como o próprio direito material depois de violado. Desta forma nasceu o direito processual, e tal concepção exerceu grande influência, sobretudo até a metade do século XIX.

Esta teoria, pregada por *Beviláqua* e conhecida por *teoria civilista ou imanentista da ação*, entendia a ação como “elemento constitutivo do direito subjetivo”, sendo a manifestação do direito material após sofrer a lesão, podendo-se entender, por via de consequência, que, se não existe direito, não há ação.

A doutrina apontava a teoria civilista como base para o artigo 75 do Código Civil de 1916, que não teve correspondente no novo Código Civil de 2002.

A despeito disso, a interpretação moderna que se dava ao dispositivo na época de sua vigência dissidia de sua origem, sendo entendido como fonte de onde emana a garantia de tutela jurisdicional adequada.

Interpretar-se de forma distinta seria admitir que só haveria ações julgadas procedentes, pois não se poderia falar em improcedência da ação decorrente de um direito efetivamente existente.

Ovídio Baptista da Silva, diversamente, afirma que o dispositivo do artigo 75 estaria se referindo à denominada ação de direito material, distinta e precedente da ação de direito processual, significando que para todo o direito há uma ação genérica destinada a obter a sua realização, independentemente da atuação do Poder Judiciário.

À guisa de ilustração, seria a hipótese de o credor cobrar o crédito não satisfeito pelo devedor, como a carta da companhia de telefone para que se pague a dívida, ou, caso contrário, as medidas cabíveis seriam adotadas. Seria um momento lógico prévio.

A teoria civilista foi sendo superada a partir da polêmica *Windscheid x Müther*, onde o primeiro trouxe à tona a idéia de que a *actio* no Direito Romano e o moderno conceito de ação seriam inconfundíveis.

A partir daí, surgiram inúmeras teorias da ação, todas defendendo o caráter dualista, com a autonomia do direito de ação, significando um direito à prestação jurisdicional, em relação ao direito material.

A segunda teoria da ação, conhecida como *teoria concreta da ação ou teoria do direito concreto de agir*, que teria sido criada por *Adolf Wach*, surgiu em seqüência à polêmica acima mencionada, mas ainda possuía resquícios da teoria civilista, pois afirmava que o direito de ação só existiria se existisse também o direito material. Só haveria ação quando o resultado final do processo fosse favorável ao autor, já que a ação seria o direito de se obter em juízo uma sentença favorável.

Esta teoria deu ensejo a uma variante, a *teoria do direito potestativo de agir*, criada por *Chiovenda* em 1903, que também defende a ação como de natureza autônoma e concreta, mas segundo a qual a ação seria “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei”.

Para ela, a ação seria o “direito potestativo por excelência”, eis que seria um direito voltado contra o réu, em face de quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, não tendo o demandado nenhuma obrigação diante deste poder, ao qual simplesmente estaria sujeito.

A parte interessada poderia movimentar o Estado em exercício a um direito potestativo para sanar a lesão, e isso também significaria dizer que só existe ação quando existir também o direito material.

A partir das formulações acima expostas, surgiram críticas que não encontraram respostas adequadas, inicialmente apresentadas pelo alemão *Heinrich Degenkolb* e pelo húngaro *Alexander Plósz*, e deram ensejo à criação da *teoria abstrata da ação* ou *teoria do direito abstrato de agir*.

A primeira crítica fundou-se na hipótese em que a sentença julgasse a pretensão do autor improcedente, afirmando a inexistência do direito material. Neste caso, não haveria ação, mas o Estado-juiz teria sido provocado a atuar.

Além disso, também não se justificaria a existência da ação declaratória negativa, em que o interesse do autor se limita à declaração da inexistência de um direito. Na hipótese de o pedido do autor ser procedente, não haveria nenhum direito material de que o mesmo fosse titular, e, inexistindo direito material, também não existiria direito de ação.

Assim sendo, a teoria da ação como direito autônomo e abstrato explica o direito de ação simplesmente como o direito de provocar a atuação do Estado-juiz, sendo irrelevante a natureza do provimento jurisdicional. Seja de procedência ou de improcedência, sempre haverá ação.

Todavia, a teoria que prevalece entre os processualistas, conhecida como *teoria eclética*, afirma que a abstração do direito de ação não é absoluta, e decorre da influência de *Enrico Tullio Liebman* no direito brasileiro.

Para a teoria eclética, a ação existe ainda que o demandante não seja titular do direito material que afirma existir, mas a existência do direito de ação é restringida pela necessidade de preenchimento das condições da ação, categoria estranha ao mérito da causa.

As condições da ação seriam, portanto, requisitos de existência do direito de agir, devendo o processo ser extinto, sem o julgamento do mérito, se uma delas estiver ausente, hipótese que se denomina “carência de ação”.

Essa posição foi adotada pela grande maioria da doutrina, como Theodoro Júnior, Dinamarco, Greco Filho.

Entretanto, há que se afirmar que a teoria eclética, embora permaneça dominante, sofreu algumas alterações ao longo do tempo que a fizeram distanciar da sua concepção original, eis que alguns autores mais modernos, como Barbosa Moreira, afirmam que as condições da ação não são requisitos de existência do direito de ação, mas sim de seu legítimo exercício.

Esses autores afirmam que entender como requisito de existência implicaria dizer que o juiz pratica jurisdição quando indefere a inicial mesmo sem haver ação.

Deve-se ressaltar que é assente que nessa hipótese se pratica jurisdição, não havendo suporte para sustentar que o juiz estaria praticando um ato administrativo em caso de carência de ação.

Sendo assim, o direito de ação, como qualquer posição jurídica de vantagem, pode ser exercido de forma legítima ou de forma abusiva.

As condições da ação seriam requisitos do legítimo exercício da ação, e a carência de ação deverá ser vista não mais como inexistência, mas como abuso do direito de ação. A ação é irregular, e isso será reconhecido pelo juiz em provimento terminativo.

Ultrapassada a evolução acerca das teorias que procuram definir a natureza jurídica da ação, cumpre esclarecer que, de uma forma geral, a grande maioria dos processualistas define a ação como um direito público e subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional, na medida em que o Estado veda a autotutela.

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, faculta ao titular da pretensão resistida invocá-lo, a fim de que atue no caso concreto, já que se trata de atividade inerte.

A orientação se dá no sentido de que mesmo sendo o Estado interessado, em contrapartida ao direito de ação, ele tem o dever de prestar jurisdição.

Existem autores como Dinamarco e Alexandre Câmara, fundados nas ponderações de Liebman, que defendem que a ação não deve ser encarada como direito subjetivo, mas sim como poder jurídico, já que entre seu titular e o Estado inexiste conflito de interesses, elemento essencial para a configuração de um direito subjetivo.

Não se pode colocar o Estado como um adversário do autor, porque o Estado também é interessado em prestar jurisdição, então a ação seria um poder jurídico de movimentar o Estado para que ele preste jurisdição.

E o poder de ação se revela não apenas quando se dá início ao processo, mas ao longo de seu todo, sendo exercido toda vez em que se verifica alguma posição jurídica ativa no processo, seja pelo demandante, ou pelo demandado.

Nesse sentido, afirma-se o recurso e o direito de defesa como manifestações do poder de agir, não devendo o poder de ação ser confundido com a demanda, que é o ato de impulso inicial da atividade jurisdicional do Estado.

Sendo assim, pode-se conceituar ação como o poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional.

Ademais, a identificação dos elementos da ação se faz necessária, devendo cada ação levada a juízo ser particularmente observada, para que dela se extraiam elementos identificadores, de forma que possa ser considerada separadamente e distinguida das outras ações que também tenham sido propostas ou que possam vir a ser propostas futuramente.

A doutrina aponta três elementos identificadores: as partes, o pedido e a causa de pedir (*causa petendi*), em obediência ao §2º do art. 301 do CPC.

O problema da identificação das ações tem importância fundamental para os institutos da litispendência e da coisa julgada. Ocorrendo uma destas hipóteses, a demanda repetida deve ser extinta sem se apreciar o mérito, pois são fatos impeditivos do prosseguimento do processo.

Partes são autor e réu, quem pede e contra quem se pede o provimento jurisdicional. Não é suficiente a identificação das pessoas, é preciso verificar a qualidade com que alguém, de fato, esteja litigando.

A qualidade de parte implica sujeição àquilo que for decidido no processo, de forma que os efeitos subjetivos da coisa julgada alcançarão e um e outro dos sujeitos parciais, mesmo se tratando de parte ilegítima, enquanto não for excluída ou seja o processo extinto sem o julgamento do mérito.

O pedido é o objeto da ação, a matéria sobre a qual incidirá a atuação jurisdicional, o que o autor visa obter do Estado-juiz. O pedido imediato tem natureza processual, enquanto o pedido mediato vincula-se ao direito material subjacente à pretensão.

Por fim, Nelson Nery Junior prega que a causa de pedir deve ser entendida como os fatos (causa de pedir próxima) e os fundamentos de direito (causa de pedir remota). Há doutrina que conceitua a causa de pedir inversamente.

O CPC adotou a teoria da substanciação, pela qual são necessárias, além da fundamentação jurídica, a alegação e descrição dos fatos sobre os quais incide o direito alegado como fundamento do pedido.

Passando ao exame das condições da ação, frise-se inicialmente que Alexandre Câmara critica esta denominação, que não diria respeito propriamente à ação, uma vez que a ação existe mesmo que não sejam preenchidas, considerando mais próprio falar-se em “requisitos do provimento final”.

Em definição, são as três condições que permitem a regular admissibilidade da ação: interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido, sendo que a ausência de uma delas acarreta a chamada “extinção anômala do processo” através de prolação de sentença terminativa.

Por outro lado, deve-se salientar que Liebman, idealizador das condições da ação, a partir da 3ª edição de seu manual, aceitou a crítica de *Enrico Allorio*, e suprimiu a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação. A crítica sustenta que o cotejo do pedido no ordenamento jurídico só pode induzir a julgamento de mérito.

Mesmo sendo a existência da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação autônoma discutível, o certo é que está prevista expressamente no art. 267, VI do CPC, e assim deve ser tratada por enquanto.

Apesar disso, verifica-se que o próprio legislador adjetivo, no artigo 3º, adotou posição em sintonia com o entendimento final de Liebman, exigindo apenas legitimidade e interesse para a propositura da ação, devendo ser lido e interpretado em conjunto com dispositivo do art. 267, VI.

A lei nada diz, mas em doutrina há quem defenda a prioridade na análise das condições da ação pelo juiz no momento da prolação da sentença.

Especificamente quanto às condições da ação, não há também definição no sentido de qual delas deva ser analisada prioritariamente, mas há quem afirme, como Arruda Alvim, que se forem alegadas, o juiz deveria começar pela impossibilidade jurídica do pedido, que seria um vício mais grave.

Mas não há nenhuma atecnia em inverter-se a ordem de análise, sendo apenas um ponto de vista doutrinário.

A tendência dominante em sede doutrinária e jurisprudencial para a identificação das condições da ação é adotar a chamada *teoria da asserção*, ou seja, o juiz analisaria a existência das condições da ação conforme as afirmativas feitas pela parte, procurando evitar uma linha de confronto, no sentido de que se questionasse a própria análise das condições como pedido, em exame de mérito, significaria, em termos práticos, afirmar o retrocesso às teorias concretas da ação.

Entretanto, nem sempre a jurisprudência se inclui nesta teoria, verificando-se na prática casos em que se procede à análise concreta da questão.

Dinamarco, no entanto, seguindo as idéias de Liebman, afirma que a questão da legitimação tem que estar comprovada, assim como as outras condições, não sendo adepto da teoria da asserção. Ele afirma que cabe, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes.

A legitimidade das partes, ou *legitimatio ad causam*, define-se como a pertinência subjetiva da ação, isto é, é a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto.

Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo.

A legitimação se divide em ordinária e extraordinária.

A primeira se dá quando a pessoa, em seu nome, ativa ou passivamente, procura defender em juízo suposto direito.

O art. 6º do CPC consagra o caráter excepcional da legitimação extraordinária quando afirma que ninguém poderá pleitear em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio, salvo se autorizado por lei.

A legitimação extraordinária pode ser:

- a) exclusiva – apenas o legitimado extraordinário pode ir a juízo;
- b) concorrente – tanto o legitimado ordinário como o extraordinário podem demandar isoladamente, ou em conjunto, formando litisconsórcio facultativo;
- c) subsidiária – o legitimado extraordinário só pode ir a juízo diante da omissão do legitimado ordinário em demandar.

Além disso, a legitimação extraordinária também pode ser originária ou superveniente, citando-se como exemplos desta última o artigo 9º da Lei 4.171/65 em relação ao Ministério Público, e o artigo 159 §3º da Lei 6.404/76.

José Carlos Barbosa Moreira adota classificação distinta, dividindo a legitimidade extraordinária em autônoma e subordinada, sendo a primeira subdividida em autônoma e exclusiva e em autônoma e concorrente.

A legitimidade extraordinária subordinada seria a hipótese do assistente simples que, de acordo com o seu entendimento, seria parte secundária, apesar de tal questão ser controversa, fundando seu entendimento com base na redação do artigo 52 do CPC, e no fato de que ele atua em nome próprio em defesa do direito alheio (do assistido).

Athos Gusmão Carneiro e Antonio Claudio da Costa Machado não aceitam o assistente simples como legitimado extraordinário.

A legitimação autônoma implica a liberdade na condução do processo. A legitimação autônoma e concorrente significa que a atuação do legitimado extraordinário não exclui a atuação do titular do direito.

Ambos podem agir, inclusive concomitantemente, como em caso de mandado de segurança coletivo do sindicato. Nada impede ao interessado que ingresse com sua demanda individual, aplicando-se, em relação aos efeitos da coisa julgada, o artigo 104 do CDC por analogia.

A legitimação autônoma e exclusiva é admitida apenas em caráter excepcional.

Alexandre Câmara afirma que o sistema constitucional vigente, face o princípio da inafastabilidade do acesso ao judiciário, somente admite nos casos em que inexistam um titular do direito subjetivo ou da posição jurídica de vantagem afirmada.

Exemplo dos bens dotais em legitimação exclusiva do marido e que sequer havia sido recepcionado pela Constituição vigente.

Há autores que dão um outro sentido ao que seria a legitimação autônoma e exclusiva, como Antonio Claudio da Costa Machado, que afirma que seria aquela onde seria impossível o convívio dos legitimados.

A atuação do legitimado extraordinário excluiria a atuação simultânea do legitimado extraordinário. Caso o ordinário viesse a atuar, cessaria a participação do legitimado extraordinário.

Exemplo da atuação do curador especial em defesa do direito do réu revel.

Há autores que tratam a legitimação extraordinária e a substituição processual como sinônimos, no sentido de defesa, em nome próprio, de direito alheio.

Todavia, Barbosa Moreira restringe a substituição processual à hipótese de legitimação extraordinária autônoma.

Alexandre Câmara discorre no mesmo sentido, inadmitindo a substituição processual nos casos em que o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa do direito alheio, quando o legitimado ordinário atua em conjunto com ele.

O interesse de agir ou interesse processual, segundo Barbosa Moreira, é a utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante. É verificado pela presença do binômio necessidade/utilidade.

Inicialmente, isso implica dizer que o Estado não pode exercer as suas atividades senão quando a sua atuação se mostrar absolutamente necessária, ou seja, quando aquele que se considere titular de um direito, e não possa fazer valer seu interesse por ato próprio, em decorrência da proibição de autotutela, tiver que ir a juízo em busca de proteção.

O judiciário só deve atuar quando se demonstrar indispensável, na medida em que há conflito de interesses.

Exemplo do conselho de profissão, requerendo ao juiz que solicite documentos a empresas, quando faz parte da sua atribuição de fiscalização, em exercício de seu poder de polícia.

Há que se considerar, ainda, a existência de interesses que só podem ser tutelados judicialmente, através das chamadas “ações constitutivas necessárias”.

Além disso, deve ser pleiteado em juízo provimento que traga ao demandante alguma utilidade. Deve ser demonstrado que há utilidade prática, argumento muito utilizado em relação à cobrança de honorários em valor ínfimo.

Há autores, como Ada Pellegrini, Dinamarco e Araújo Cintra, que afirmam que o interesse se caracteriza pelo binômio necessidade/adequação.

A adequação implica que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada.

Exemplo da propositura da ação de reintegração de posse contra o locatário, ao invés de despejo, da propositura de execução sem título executivo, ou da condenatória com título executivo.

Deve haver correspondência entre a medida postulada e a situação concreta a ser reparada. Mas deve-se verificar se a inadequação da via não admite retificação, observando-se o preceito do artigo 295, V do CPC.

A possibilidade jurídica, como já afirmado, tem discutida a sua posição como condição autônoma da ação.

Aquele que vai a juízo em busca de algo juridicamente impossível, não pode esperar nenhuma utilidade do provimento pleiteado, razão pela qual faltaria interesse de agir.

No entanto, no direito positivo é tratada como condição autônoma, devendo-se considerar juridicamente impossível a demanda quando o pedido ou a causa de pedir sejam vedados pelo ordenamento jurídico, não podendo o Estado-juiz, ainda que os fatos narrados na inicial tenham efetivamente ocorrido, prestar a tutela jurisdicional pretendida.

Para aqueles que definem esta condição da ação como possibilidade jurídica do pedido, críticas são feitas no sentido de deve ser incluída também a causa de pedir, outro elemento objetivo de identificação das demandas.

Exemplo da dívida de jogo em que o pedido é o pagamento de quantia em dinheiro. O pedido, de condenação ao pagamento de certa quantia, é perfeitamente possível. Excluir a causa de pedir dessa condição da ação implicaria em admitir o julgamento de mérito e a improcedência do pedido para a hipótese. Nesse sentido, se manifesta Ada Pellegrini.

Dinamarco, porém, amplia o conceito desta condição da ação, para também incluir a causa de pedir, exigindo que também o fundamento do pedido seja juridicamente possível. Mais adequado seria “possibilidade jurídica da demanda”.

Além disso, Dinamarco e Greco Filho consideram como hipótese de impossibilidade jurídica da demanda aquela em que a vedação diga respeito ao elemento subjetivo da demanda, por exemplo, a vedação da execução por penhora em face da Fazenda Pública. Outros autores entendem esta hipótese como falta de interesse por inadequação do meio escolhido.

A doutrina moderna classifica as ações em:

- a) ação de conhecimento – onde o juiz resolve o conflito de interesses;
- b) ação de execução – o órgão jurisdicional satisfaz o direito do credor mediante constrição do patrimônio executado;
- c) ação cautelar – visa resguardar os efeitos de uma providência principal, em perigo por eventual demora, através de providências urgentes e provisórias.

Além disso, a classificação em ação de conhecimento se subdivide em meramente declaratória, constitutiva e condenatória, levando-se em conta a natureza do provimento.

Declaratórias são as ações em que o interesse do autor se limita à obtenção de uma declaração judicial sobre a existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a respeito da autenticidade ou falsidade de um documento. As ações constitutivas visam a constituir, modificar ou desconstituir determinada relação jurídica. Ambas não necessitam de execução posterior,

sendo que Dinamarco denominou as simples providências tomadas para dar efetividade a essas sentenças como “execução imprópria”.

As ações condenatórias buscam uma condenação do réu ao cumprimento de obrigação. Em regra, dependendo da corrente doutrinária adotada, autorizam execução posterior.

Há autores que incluem nessa classificação ação executiva *lato sensu* e a ação mandamental.

A executiva *lato sensu* é uma ação que gera uma sentença que parece condenatória, mas não necessita de execução, já possui carga executiva. Os defensores da corrente tradicional diriam que é uma sentença condenatória com uma peculiaridade que excluiria a execução. A corrente da executiva *lato sensu* exemplifica com a reintegração de posse e o despejo.

A ação mandamental foi trazida para a nossa doutrina por Pontes de Miranda, e seria aquela em que o juiz, ao invés de substituir-se às partes na solução da lide, emite uma ordem de autoridade, que, se não for especificamente cumprida por quem a receba, implica sujeição às penas de tipo penal. Exemplo típico é o mandado de segurança.

Hoje se fala também em ação inibitória, que envolveria tutela de prevenção. Exemplifica-se com o mandado de segurança preventivo.

2.b - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Dinamarco conceitua a audiência de instrução e julgamento como a sessão pública dos juízos de primeiro grau de jurisdição, da qual participam o juiz, auxiliares da Justiça, testemunhas, advogados e partes, com o objetivo de obter a conciliação destas, realizar a prova oral, debater a causa e proferir sentença.

Acrescenta ainda que, como se trata de uma sessão, é integrada por uma série de atos, sendo ela própria um ato processual complexo.

Como qualquer audiência, a AIJ é sempre um ato público, pelo simples fato de ser um ato do processo, e também é pública, no sentido de que deva ser realizada a portas abertas, ressalvados os casos de segredo de justiça e circunstâncias que possam conturbar os trabalhos.

O art. 447 do CPC determina que se realize uma tentativa de conciliação, a segunda no procedimento ordinário, devido à inclusão da audiência preliminar.

É falsa a impressão de que, ao instituir a audiência preliminar, a Reforma teria tido o efeito de abrogar a exigência de tentativa de conciliação na AIJ. A valorização dos meios alternativos de solução de conflitos é uma linha bem definida entre as ondas renovatórias do processo civil moderno e hoje a tentativa de conciliar está incluída, pela própria Reforma, entre os deveres fundamentais do juiz (art, 125, IV, CPC).

A prova oral, consistente no depoimento pessoal das partes, inquirição de testemunhas e, eventualmente, esclarecimentos dos peritos, é necessariamente realizada em audiência. A prova oral e as alegações finais compõe a instrução a ser feita em audiência, devendo-se ressaltar que a fase instrutória do processo pode ter começado bem antes, em caso de perícia ou inspeção judicial, ou pode resumir-se à instrução produzida em audiência.

As alegações finais são a fala dos defensores das partes, e deveriam consistir em examinar a prova e confrontá-la com os fatos alegados, interpretar a lei, invocar doutrina e jurisprudência e concluir com o pedido de procedência ou improcedência da demanda, extinção do processo etc. Para Dinamarco, é uma atividade de instrução, concebida a instrução como conjunto de atividades destinadas a formar a convicção do juiz.

A sentença a ser proferida pode ser de mérito ou terminativa, conforme o caso. Dinamarco afirma que é exagerada a afirmação da existência de uma fase decisória no procedimento ordinário brasileiro. A decisão da causa, seja por sentença de mérito, seja terminativa, é composta por um ato só, não por uma seqüência de atos que se pudessem agrupar em uma fase.

São os seguintes os atos a serem realizados na AIJ, eventuais ou não, em ordem:

- a) a proclamação pelo juiz;
- b) o pregão inicial pelo oficial de justiça;
- c) a tentativa de conciliação;
- d) a fixação dos pontos controvertidos de fato a serem objeto da prova oral;
- e) os esclarecimentos do perito e assistentes-técnicos;
- f) o depoimento pessoal do autor;
- g) o depoimento pessoal do réu;
- h) a inquirição das testemunhas arroladas pelo autor;
- i) a inquirição das testemunhas arroladas pelo réu;
- j) as alegações finais pelo defensor do autor;
- k) as alegações finais pelo defensor do réu;
- l) a sentença.

A proclamação pelo juiz é ato extremamente formal, previsto no art. 450 do CPC, que na prática se limita à determinação pelo juiz que o oficial de justiça faça o pregão.

O pregão consiste na chamada das partes e advogados, para que entrem na sala e tomem seus lugares. Deve ser feito em voz alta e clara, para evitar eventuais desatenções.

A tentativa de conciliação restringe-se aos direitos disponíveis. As partes são obrigatoriamente intimadas a comparecer à audiência para a conciliação, salvo nos casos de intimação feita ao advogado que tenha poderes suficientes para transigir, quando a presença da parte não será exigida.

A audiência será nula se não for feita a tentativa de conciliação, estando ausente a parte não intimada ou mal intimada. Todavia, como é próprio à teoria das nulidades processuais, essa nulidade só será pronunciada se tiver sido causa de prejuízo a uma das partes.

O CPC prevê que o juiz deva fixar os pontos controvertidos, sobre os quais incidirá a colheita da prova oral, através de mero despacho, que não comporta recurso, segundo Dinamarco. Todavia, este procedimento não é usualmente seguido, pois muitas vezes os juízes sequer lêem os autos antes da audiência.

A prova oral se inicia pelos esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos. Devem ser formuladas perguntas por escrito e com antecedência de cinco dias, que serão lidas pelo juiz e respondidas oralmente pelo perito. Após, ambos os defensores, sempre através do juiz, podem formular outras. Do mesmo modo se procede quanto aos assistentes técnicos, devendo o advogado da parte que indicou o assistente perguntar antes que seu colega.

Após se colhe o depoimento pessoal do autor, na ausência do réu, mediante perguntas do juiz e do advogado contrário (sempre através do juiz). Após é tomado o depoimento pessoal do réu, sendo permitida a presença do autor, visto que já depôs.

Em seguida são ouvidas as testemunhas arroladas pelo autor (antes) e pelo réu. São feitas perguntas pelo juiz, pelo advogado da parte que arrolou e por último pelo advogado da parte contrária (sempre através do juiz). O CPC fica a regra da incomunicabilidade das testemunhas (art. 413), pela qual proíbe que a testemunha, antes de depor, assista ou tome conhecimento do depoimento de outra.

Começam então os debates, que consistem nas alegações finais do advogado do autor e, depois, do réu. Cada fala tem a duração limitada a vinte minutos, podendo haver prorrogação por mais dez. Havendo litisconsortes, o prazo prorrogado será dividido entre todos., se não convencionarem de modo diverso (art. 454, §1º).

Na prática é muito utilizada a regra do art. 454, § 3º, pela qual o juiz pode facultar às partes o oferecimento de memoriais escritos em lugar das alegações orais. Note-se que não há direito das partes ao oferecimento de memoriais. Para Dinamarco, o correto é fixar prazos sucessivos, já que o réu deve ter o direito de conhecer as alegações do autor antes de apresentar as suas, assim como se dá em audiência. No entanto, é comum nos tribunais o entendimento de que sucessivo é o prazo para retirada dos autos, mas o prazo para entrega dos memoriais é comum.

Por fim, será proferida sentença, sendo muito comum que o juiz não se sinta em condições de decidir a causa naquele momento, determinando a conclusão do processo para sentença. Também é lícito ao juiz determinar a conversão do julgamento em diligência, caso determinados pontos não estejam suficientemente claros.

O CPC prevê que a AIJ é uma e contínua (art. 455), pelo que as atividades devem começar e terminar em uma só assentada, evitando-se quando possível interrupções que prejudiquem a concentração dos atos processuais e possam comprometer o bom entendimento dos elementos de instrução.

Designada a audiência, seu adiamento somente deve ocorrer por exceção. Uma das hipóteses de adiamento é a convenção das partes, pois prevalece aqui o princípio dispositivo, autorizando o manejo do ato processual por mera conveniência. Todavia, o adiamento por este motivo só pode ser deferido uma vez.

Também a impossibilidade de comparecimento, caso seja dos sujeitos necessários, como o juiz, membro do MP, testemunhas ou perito, leva sempre ao adiamento. Caso seja de alguma das partes, advogado ou assistente técnico, somente gera o adiamento se ocasionada por motivo justo.

Note-se que faltando testemunha intimada ou perito, deve-se adiar a audiência e determinar a condução coercitiva. Faltando advogado sem apresentar motivo justo antes da audiência, deve-se fazer a colheita da prova, mas se o profissional comprovar a justiça de sua ausência, deve-se anular a prova colhida sem sua presença. À parte ausente, caso intimada para prestar depoimento pessoal, deve-se aplicar a pena de confesso, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo adversário, caso o contrário não esteja demonstrado pela prova dos autos.

Também no caso de retardamento da entrega do laudo pericial deve-se adiar a audiência, para não ser comprometido o princípio da ampla defesa.

2.c - MANDADO DE INJUNÇÃO. HABEAS DATA.

MANDADO DE INJUNÇÃO

Criado pela Constituição de 1988, o mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição.

O objeto do mandado de injunção é uma omissão do Poder Público em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo e às normas programáticas que dependam de lei posterior para garantir sua aplicabilidade.

Assim, é sempre necessária lacuna na estrutura normativa, não servindo o mandado de injunção para pretender alterar lei ou ato normativa já existente.

Também é necessário que omissão de regulamentação se refira a norma constitucional, não admitindo o STF que se pretenda alegar em mandado de injunção omissão por não atender normas de convenções internacionais.

Além da omissão, outro requisito é a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, bem como o nexo de causalidade entre a omissão e a inviabilização.

A legitimidade ativa cabe a qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha um direito, liberdade ou prerrogativa inviabilizado pela omissão do Poder Público.

O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

Segundo o art. 24, parágrafo único, da lei 8038/90, enquanto não editada norma específica regulando o procedimento do mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas relativas ao mandado de segurança.

Deve-se ressaltar que o STF pacificou entendimento no sentido da impossibilidade de concessão de liminar no mandado de injunção, por ser imprópria ao instituto.

Cabe ao STF o julgamento do mandado de injunção quando a elaboração da norma for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q* da Constituição).

Já ao STJ cabe julgar o mandado de injunção nos casos do art. 105, I, *h*, da Constituição.

Há grande controvérsia quanto à natureza e efeitos da decisão do mandado de injunção.

Pode-se dividir inicialmente em duas correntes: concretista e não concretista.

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Há duas subdivisões: concretista geral e concretista individual.

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita, pois o Judiciário estaria ocupando a função do Legislativo ao regulamentar um direito com eficácia *erga omnes*.

Pela concretista individual, adotado pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa.

O Min. Néri da Silveira, já aposentado, tem posição mitigada, em que sustenta que o Judiciário deve fixar prazo ao órgão regulamentador para suprir a omissão, ao fim do qual deveria fixar as condições para exercício do direito pela parte autora.

A posição dominante no STF, no entanto, é a não concretista, que atribui ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, notificando o legislador de sua omissão e exortando-o a supri-la. Sendo esse o conteúdo possível da decisão do mandado de injunção, não há que se falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadores do exercício do direito, mas tão-somente deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante .

José Afonso da Silva adverte que a tese adotada pelo STF é equivocada, pois dá ao mandado de injunção o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Assim, o mandado de injunção seria uma mera ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária: caso os legitimados dessa ação se omitam no seu exercício, fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar.

Ainda segundo José Afonso, a tese é errônea e absurda, porque:

- 1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar;
- 2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade, por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?
- 3) o impetrante seria obrigado, para satisfazer seu direito, a utilizar a duas ações: primeiro o mandado de injunção, e após a regulamentação infraconstitucional, caso descumprida, ainda assim teria que voltar ao Judiciário por outra via.

HABEAS DATA.

O capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos de nossa Constituição não se limita a descrever posições jurídicas situadas no plano material: contempla igualmente uma série de remédios processuais cujo emprego se destina a assegurar praticamente, a um tempo, a integridade ou reintegração dos direitos e o cumprimento de deveres ou a imposição de sanções a quem os descumpra.

Dentre os remédios constitucionais foi acrescentado na Constituição de 1988 o *habeas data*, por sugestão, ao que consta, de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Parece dever-se ao ilustre professor da USP não só o acolhimento da matéria no bojo da Constituição como também o *nomem iuris* dado ao remédio processual, com inspiração em terminologia usada na doutrina espanhola, em sentido diverso, mas correlato.

A preocupação a que corresponde o instituto do *habeas data* é que a ninguém deve se negar o conhecimento do que os outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a exatidão de tais noções e, sendo o caso, retificar o respectivo teor, principalmente quando a utilização dos elementos coligidos seja capaz de causar dano material ou moral.

SUJEITOS PASSIVOS – em face de quem se asseguram o acesso aos dados armazenados e o direito à eventual retificação. A CRFB/88 fala em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. A questão é a abrangência maior ou menor da expressão “de caráter público”.

Art. 1º, parágrafo único da lei 9.507 define o que entidade de caráter público. A idéia essencial é da comunicabilidade a terceiros: se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados para seu próprio e exclusivo uso, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos. Note-se, porém, que a lei não reclama a transmissão atual contenta-se com a possibilidade dela. Isso reduz consideravelmente a área exclusiva da proteção, na qual só acharão espaço as situações em que fique clara a impossibilidade da comunicação a terceiros pela entidade depositária das informações.

Exemplos típicos de entidades “de caráter público” são os serviços de proteção ao crédito, cujos registros naturalmente se destinam à orientação dos respectivos usuários.

Pré requisito da tentativa extrajudicial

Antes de disciplinar o processo de *habeas data* na lei 9.507, nos arts. 2º a 4º o legislador cuidou do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados”; e ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com a prova da recusa em atender a tal requerimento sob pena de indeferir-la o juiz *in limine*, art. 10, *caput*. É certo que não se exige manifestação expressa do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará renúncia tácita.

Procedimento da tentativa extrajudicial.

Medida extrajudicial: pré-requisito da admissibilidade da ação de *habeas data*.

Se, em hipótese especial, o interessado já tiver ciência daquele conteúdo (por exemplo), mediante certidão que lhe haja sido expedida pela repartição administrativa, afigura-se evidente a possibilidade, que desde logo se lhe abre, de requerer diretamente a retificação a seu ver cabível.

No comum dos casos, pedirá o requerente que se lhe exibam os elementos constantes do registro ou banco de dados. É para a decisão sobre esse pedido que o art. 2º, fine, marca o prazo de 48 horas. Não diz a lei, porém, que consequência acarreta a inobservância de tal prazo, nem a do prazo de 24 horas fixado para a comunicação da decisão ao requerente. Note-se que, para caracterizar a recusa tácita, e por conseguinte, abrir a via judicial ao interessado, é mister que decorram “mais de dez dias sem decisão”(art. 8º, parágrafo único, I). O art. 6º do texto aprovado pelo Congresso Nacional cominava multa para o “descumprimento do disposto nos artigos anteriores”, entre os quais certamente se incluía o art. 2º, mas semelhante dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República.

Deferido o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, o depositário “marcará dia e hora par que o requerente tome conhecimento das informações”(art. 3º, *caput*). Então, uma de duas: ou estas se afiguram exatas, ou não. No 1º caso, *tollitur quaestio*, no 2º, “o interessado,

Uem petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação” (art. 4º, §1º). Concebe-se que este embora não descubra propriamente inexatidão queira fazer constar do registro ou do banco de dados explicação ou contestação” a respeito, “justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado”. Em tal hipótese, a explicação “será anotada no cadastro do interessado”(art. 4º, §2º).

A recusa da entidade ou órgão depositário, em qualquer caso – indeferindo o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, ou rejeitando o pedido de retificação, ou ainda, negando-se a inserir a “explicação ou contestação” -, justifica o exercício, pelo interessado, da ação de *habeas data*.

A AÇÃO DE HABEAS DATA.

Casos de cabimento correspondente as hipóteses de recusa da entidade ou órgão depositário:

- dar conhecimento ao impetrante das informações a este relativas;
- retificar os dados inexatos;
- fazer a anotação pleiteada.

Observa-se que a lei 9.507 ampliou em certa medida o âmbito do remédio previsto no art. 5º, LXXII, CF. Só se refere esse dispositivo ao “conhecimento de informações” (alínea a) e à “retificação de dados” (alínea b). O legislador ordinário aditou uma terceira possibilidade: a da anotação, nos assentamentos da entidade ou órgão, da “contestação ou explicação” do interessado. Por via indireta, alargou a franquia constitucionalmente deferida: não se reconhece apenas um direito ao conhecimento de dados ou à retificação dos dados, mas também a anotação de contestações ou explicações. Sublinhe-se que anotar contestação ou explicação não é o mesmo que retificar dados constantes do banco ou registro: na retificação, modifica-se (ou, eventualmente, cancela-se) algo; na anotação, acrescenta-se algo que consta do banco ou registro.

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir ou restringir o campo de atuação do *habeas data*, delimitado na Carta Política.

Legitimação ativa para a causa

Informações relativas à pessoa do impetrante, não se compreendendo apenas aquilo que distingue o impetrante, em sua singularidade ontológica de todos os outros indivíduos da espécie (características físicas psíquicas do interessado), mas também os mais variados aspectos de sua vida de relação na sociedade (situação patrimonial, condição jurídica, sua participação em sociedades ou associações).

Nada importa que se cogite de pessoa física ou jurídica; o texto constitucional não distingue, e com referência ao mandado de segurança foi sempre esse entendimento dominante.

As espécies de pedido e a estrutura do processo

Em relação ao procedimento prévio perante a entidade ou órgão depositário das informações a lei 9.507, em termos expressos, a possibilidade do respectivo desdobramento em duas fases: uma destinada a dar a conhecer ao requerente a teor dos dados constantes do registro ou banco, art. 3º; outra, eventual, em que se tratará da retificação dos dados porventura inexatos, ou da anotação de explicações ou contestação, fornecida pelo interessado, art. 4º, caput e §2º.

Na disciplina do processo não se enxerga a previsão de desdobramento análogo. Subsiste, pois, o problema: como proceder na hipótese de julgando procedente o pedido de acesso aos dados, e exibidos estes, parecer ao impetrante necessário que se retifiquem, ou que se insira nos assentamentos “explicação ou contestação”? Afirma Barbosa Moreira que não vê outra saída que não o prosseguimento do processo, para esse outro fim, com repetição das providências destinadas a assegurar o contraditório sobre o novo *thema decidendum* (art. 9º). Há desvantagens óbvias, entre elas a de gerar possibilidade de duas sentenças, à feição do que ocorre no processo da ação de prestação de contas (art. 915 CPC), mas afirma Barbosa Moreira que não vislumbra alternativa melhor.

Procedimento

As lacunas do procedimento do *habeas data*, Lei 9.507, devem ser complanadas mediante aplicação analógica das disposições da lei 1533/51 que dispõe sobre mandado de segurança, Naturalmente não se exclui – do mesmo modo que no mandado de segurança – a aplicabilidade subsidiária das regras comuns no CPC, em tudo que não tiver disciplina específica na lei 9.507.

Entre os documentos indispensáveis para instruir a petição inicial, além dos requisitos habituais, arts. 282 e 283, CPC) temos a prova da recusa expressa do impetrado ao acesso às informações, à retificação, à anotação, ou a prova do decurso *in albis* do prazo legalmente marcado (recusa tácita), art 8º, I a III).

O art. 10 *caput* estabelece que do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15. Infeliz a redação: chama de despacho ato que, pondo fim ao processo no nascedouro, a observar-se a terminologia do CPC, art. 162, §1º sem dúvida constitui sentença tanto quanto a decisão concessiva ou denegatória do *habeas data*, de que fala o art. 15.

Deferida que seja a petição ab initio ou após a emenda ou complementação tempestiva o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a Segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, afim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias (art. 9º). “Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como prova da sua entrega a este ou recusa seja de recebê-lo, seja de dar recibo”, art. 11. Ao cabo do decêndio fixado no art. 9º, haja sido apresentada ou não resposta (que a lei denomina informações), encaminham-se os autos ao MINISTÉRIO PÚBLICO, para que emita parecer em 5 dias, e em seguida ao juiz, para que decida, também num quinqüídio.

Sentença

A sentença concessiva ou denegatória do *habeas data* em primeiro grau é impugnável por apelação. O recurso possui apenas efeito devolutivo, desprovido portanto de efeito suspensivo. Significa que o impetrado deve cumprir a sentença incontinenti, tão logo lhe seja comunicado o respectivo teor, ver art. 14 da lei 9.507.

Diversamente do que se dá com o mandado de segurança, ex vi do art. 12, parágrafo único, lei 1.533, não existe para o *habeas data*, determinação legal de que a sentença concessória da medida fique obrigatoriamente sujeita a revisão em primeiro grau de jurisdição; mas se o impetrado vencido for órgão da União, do Estado ou do Município, será de rigor o reexame, por aplicação subsidiária da regra do art. 475, I, CPC.

Julgado procedente o pedido o órgão judicial emite uma ordem dirigida ao coator, para que no dia e hora fixados, apresente as informações requeridas ou a prova da retificação ou anotação (art.

13). À luz da classificação adotada por parte expressiva da doutrina brasileira, estamos aqui diante de sentença tipicamente mandamental.

A omissão voluntária e injustificada em cumprir a ordem pode configurar crime de desobediência por parte do agente responsável (Código Penal, art. 330). Não fica afastada a imposição de multa diária ao impetrado com base no art. 461, §4º, CPC: invidiosa, ao nosso ver, a analogia, pois aqui também se cogita de ação cujo objeto é o cumprimento de obrigação (lato sensu) de fazer.

Suspensão provisória do cumprimento da ordem

A lei 4.348 no tocante ao mandado de segurança abriu à pessoa jurídica de direito público interessada a faculdade de requerer ao presidente do tribunal competente para julgar o recurso a suspensão provisória da “execução” da ordem favorável ao impetrante, por hipótese concedida *in limine litis*, quer na sentença. O legislador tomou cautela ao restringir expressamente a possibilidade de suspensão aos casos em que necessária para evitar grave dano à ordem, à saúde, a segurança e à economia públicas.

O legislador fez previsão do mesmo tipo no habeas data, art.16. Anote-se que não há como se desfazer a revelação ao impetrante de dado constante de registro ou banco. Porém desprezou o legislador o cuidado de indicar as hipóteses que legitimam a suspensão. Não soa razoável que se tenha querido deixar a suspensão da ordem à inteira discricção do presidente do Tribunal. Afirma Barbosa Moreira que neste particular há lacuna da lei 9.507 a ser contemplada mediante a aplicação das disposições análogas correspondentes. A decisão do presidente do tribunal comporta impugnação por agravo para o próprio tribunal

Coisa julgada

A disciplina da matéria não discrepa da consagrada no CPC. Há coisa julgada material quando examinado o mérito, impedindo qualquer reapreciação judicial.

Competência originária

Divide-se a competência entre a justiça federal e estadual no grau inferior, devendo-se destacar as hipóteses de competência originária dos Tribunais:

- Tribunal Regional Federal habeas data contra o próprio tribunal ou órgão inferior da justiça federal, art. 108, I, “c”
- Superior Tribunal de Justiça para os habeas data contra Ministro de Estado ou o próprio tribunal, art. 105, I, b
- Supremo Tribunal Federal para os habeas data contra o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República ou o próprio tribunal

A alínea “e” do art.20 trata de hipótese não contemplada expressis verbis na Carta Política da União: a da competência originária de tribunal estadual. Na conformidade da cláusula final, a matéria ficará sujeita ao disposto na Constituição do Estado – o que se harmoniza com a regra do art. 125, §1º, CF.

Competência recursal

- Decisão emanada de juiz federal competente para julgar a apelação será o TRF, art. 108, II

- Decisão proferida em única instância por qualquer dos tribunais superiores, e denegatória, o recurso cabível é o ordinário, e a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, art. 102, II, a. Na interpretação do art. 102, II, a e 105, II, b da CF, que usam adjetivo com relação as decisões em mandado de segurança, os tribunais têm atribuído à expressão sentido largo, a compreender não só as decisões desfavoráveis de meritis ao impetrante, mas também as que extinguem o processo do mandado de segurança sem apreciação do mérito. Tudo faz prevalecer que igual entendimento prevalecerá no habeas data.

O art. 20, II, b, lei 9.507 estabelece que o julgamento do habeas data em compete em grau de recurso ao STJ quando a decisão for proferida em única instância pelos TRF. O dispositivo gera problemática de difícil solução. Não se sabe se pretendeu somente à semelhança de vários outros do art. 20 – reiterar previsão constitucional, ou se visou abrir a via recursal não contemplada na Lei Maior. Neste último caso, expõe-se à arguição de inconstitucionalidade, desde que se adote a premissa de que a competência do STJ se acha exaustivamente definida na CF e não pode ser ampliada por lei ordinária. No caso de reiterar previsão constitucional a única possibilidade consiste em entendê-lo como referente ao recurso especial; mas os pressupostos de cabimento, tais como enunciados na lei 9.507, não coincidem com os constitucionalmente estabelecidos.

É também cabível o recurso extraordinário nas hipóteses estabelecidas na CF.